Cadernos Sistematizados

Direito Administrativo

De acordo com a Leis 14.129/2021, 14.133/2021 e 14.230/2021

1 PARTE

Edição 2022.1

www.cadernossistematizados.com.br

DIREITO ADMINISTRATIVO – PARTE I

APRESENTAÇÃO 18
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO 19
1. CONCEITOS INICIAIS 19
2. ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO 20
3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 20
3.1. DEFINIÇÃO 20
3.2. TEORIA EXEGÉTICA OU LEGALISTA (ESCOLA FRANCESA) 21
3.3. TEORIA DAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS (ESCOLA DO *PUISSANCE PUBLIQUE*) 21
3.4. ESCOLA DO SERVIÇO PÚBLICO 21
3.5. CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO 22
3.6. CRITÉRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS 22
3.7. CRITÉRIO TELEOLÓGICO 22
3.8. CRITÉRIO RESIDUAL (NEGATIVO) 23
3.9. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DA ATIVIDADE JURÍDICA E ATIVIDADE SOCIAL DO ESTADO 23
3.10. CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 23
3.11. PARA RECORDAR 24
Critério das Relações Jurídicas 25
Critério Teleológico 25
Critério da Distinção entre a Atividade Jurídica e Social do Estado 25
Critério da Administração Pública 25
4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 25
5. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR 26
6. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 28
6.1. RECONHECIMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DESIGUALDADE ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS 28
6.2. RECONHECIMENTO DE UMA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO 28
6.3. RECONHECIMENTO DE PODERES DISCRICIONÁRIOS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO 29
6.4. APLICAÇÃO DA LINDB 29
7. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO 30
7.1. LEI 30
7.2. DOUTRINA 30
7.3. JURISPRUDÊNCIA 30
7.4. COSTUMES 31

7.5. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO....31
7.6. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO....31
8. ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO....32
8.1. ESTADO....32
8.1.1. Estado Liberal....32
8.1.2. Estado Social....32
8.1.3. Estado Democrático de Direito ou Pós Social....33
8.1.4. Funções do Estado....33
8.1.5. Função de Governo ou Função Política....34
8.2. GOVERNO....34
8.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....35
8.3.1. Administração em sentido amplo....35
8.3.2. Administração em sentido estrito....35
9. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS....36
9.1. CONCEITO....36
9.2. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SISTEMA FRANCÊS)....36
9.3. JURISDIÇÃO ÚNICA (SISTEMA INGLÊS)....37
REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO....38
1. REGIMES JURÍDICOS DA ADMINISTRAÇÃO....38
2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO....39
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO....39
3.1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA HELY LOPES MEIRELLES....40
3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO, EXPRESSOS E IMPLÍCITOS PARA CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO....40
3.3. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVO PARA JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO....41
3.4. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PARA MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO....42
PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....43
1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO....43
2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO....44
3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE....45
3.1. RESERVA DE LEI X PRINCÍPIO DA LEGALIDADE....46
4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE....47
4.1. CONCEITO....47
4.2. NEPOTISMO....48
4.3. IMPESSOALIDADE X FINALIDADE....49

4.4. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA 50
5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA 52
6. PRINCÍPIO DA MORALIDADE 53
7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 55
7.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL 55
7.2. SITUAÇÕES EM QUE O ADMINISTRADOR NÃO PRECISA PUBLICAR (EXCEÇÕES À PUBLICIDADE) 57
7.3. PUBLICIDADE X PUBLICAÇÃO 58
7.4. DEVER DE PUBLICAR X PROMOÇÃO PESSOAL 58
8. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 60
8.1. CONCEITO 60
8.2. EFICIÊNCIA X DESPESAS COM PESSOAL 61
8.3. LEGALIDADE X EFICIÊNCIA 63
8.4. EFICIÊNCIA X EFICÁCIA X EFETIVIDADE 63
8.5. EFICIÊNCIA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO 63
8.6. LEI 14.129/2021 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 64
8.6.1. Considerações iniciais 64
8.6.2. Aplicação 64
8.6.3. Princípios e diretrizes do Governo Digital 65
8.6.4. Conceitos utilizados pela Lei 66
8.6.5. Digitalização da Administração Pública 67
8.6.6. Governo Digital 68
8.6.7. Número suficiente para identificação 69
8.6.8. Governo como plataforma 70
8.6.9. Mecanismo de interoperabilidade 71
8.6.10. Publicidade 71
8.6.11. Domicílio eletrônico 72
8.6.12. Laboratórios de inovação 72
8.6.13. Governança, gestão de riscos, controle e auditoria 73
8.6.14. Vigência 74
9. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE 74
10. PRINCÍPIO DO CONTROLE OU TUTELA 74
11. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA 75
12. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA 78
13. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO 79
13.1. CONCEITO 79

13.2. CORTE DE SERVIÇO PÚBLICO 79
13.3. DIREITO DE GREVE AO SERVIDOR PÚBLICO 81
13.4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 83
14. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE 84
14.1. NOÇÕES GERAIS 84
14.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO "DESDOBRAMENTO" DA RAZOABILIDADE 85
15. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO 87
16. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ 88
16.1. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA 88
16.1.1. Efeito Positivo 88
16.1.2. Efeito Negativo 89
16.2. LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA 89
16.2.1. Má-fé 89
16.2.2. Meras expectativas 89
17. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA 89
17.1. EXIGÊNCIAS PARA QUE A AMPLA DEFESA ACONTEÇA 90
17.2. GARANTIA DE INFORMAÇÃO 90
17.3. PRODUÇÃO DE PROVAS 90
17.4. DEFESA TÉCNICA 90
17.5. DIREITO DE RECURSO 91
18. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE/LEGALIDADE/VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 92
19. PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO 92
PODERES DA ADMINISTRAÇÃO 94
1. CONCEITO 94
2. FUNDAMENTO 94
3. CARACTERÍSTICAS 94
3.1. EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO 94
3.2. IRRENUNCIÁVEL 95
3.3. EXERCÍCIO NOS LIMITES DA LEI 95
4. USO E ABUSO DE PODER 95
4.1. EXCESSO DE PODER 96
4.2. DESVIO DE FINALIDADE ("DESVIO DE PODER") 96
4.3. EFEITOS DO ABUSO DE PODER 97
5. ESPÉCIES DE PODERES 98

5.1. PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO (GRAU DE LIBERDADE) 98
5.1.1. Considerações 98
5.1.2. Poder Vinculado 98
5.1.3. Poder Discricionário 98
5.1.4. JSCF: conceitos indeterminados ≠ discricionariedade 99
5.1.5. Controle Judicial 99
5.2. PODER DISCIPLINAR (PD) 99
5.2.1. Conceito 99
5.2.2. Característica 99
5.2.3. Meios de exercício do Poder Disciplinar em face de SERVIDORES PÚBLICOS 100
5.2.4. Súmulas 343 STJ X SV 5 STF 101
5.2.5. Jurisprudência 101
5.3. PODER HIERÁRQUICO (*"DO HIERARCA" - CABM*) 102
5.3.1. Conceito e características 102
5.3.2. Subordinação # Vinculação 103
5.3.3. Poderes decorrentes da hierarquia 103
5.4. PODER REGULAMENTAR ("NORMATIVO") 105
5.4.1. Introdução 105
5.4.2. Regulamento 106
5.5. PODER DE POLÍCIA 110
5.5.1. Conceito e características 110
5.5.2. Fundamento do Poder de Polícia 112
5.5.3. Poder de polícia originário e delegado 112
5.5.4. Atributos do poder de polícia (características) 115
ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 118
1. FORMAS DE PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA 118
1.1. CENTRALIZAÇÃO 118
1.2. DESCENTRALIZAÇÃO 118
1.3. DESCONCENTRAÇÃO 118
1.4. DESCONCENTRAÇÃO X DESCENTRALIZAÇÃO 118
2. INSTRUMENTOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 119
2.1. OUTORGA 119
2.2. DELEGAÇÃO 120
2.2.1. Delegação Legal 120
2.2.2. Delegação via contrato administrativo 120
2.2.3. Delegação via ato administrativo 120

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXTROVERSA E INTROVERSA....121
4. TEORIAS QUE EXPLICAM A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SEUS AGENTES....121
4.1. TEORIA DO MANDATO....121
4.2. TEORIA DA REPRESENTAÇÃO....122
4.3. TEORIA DO ÓRGÃO OU DA IMPUTAÇÃO....122
5. ÓRGÃO PÚBLICO....122
5.1. PREVISÃO LEGAL....122
5.2. CONCEITO....123
5.3. ÓRGÃO PÚBLICO PODE CELEBRAR CONTRATO?....123
5.4. COMO PODE O ÓRGÃO PÚBLICO NÃO TER PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS TER O CNPJ?....124
5.5. OP NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PODE IR A JUÍZO?....124
6. CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS....124
6.1. DE ACORDO COM A POSIÇÃO ESTATAL....124
6.1.1. Independentes....125
6.1.2. Autônomos....125
6.1.3. Superiores....125
6.1.4. Subalternos....125
6.2. DE ACORDO COM A ESTRUTURA....125
6.2.1. Simples (não tem ramificação)....125
6.2.2. Compostos (tem ramificação)....126
6.3. DE ACORDO COM A ATUAÇÃO FUNCIONAL....126
6.3.1. Singular....126
6.3.2. Colegiado....126
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....127
1. CONCEITO....127
2. PRERROGATIVAS....127
3. CARATERÍSTICAS GERAIS (servem para todas pessoas da administração indireta)....127
3.1. AS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. 128
3.2. CRIAÇÃO OU EXTINÇÃO DAS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DEPENDE DE LEI. 128
3.3. CADA PESSOA JURÍDICA DA INDIRETA TEM UMA FINALIDADE ESPECÍFICA PREVISTA EM LEI. (PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE)....129
4. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades De Economia Mista, Empresas Públicas....129
4.1. NÃO TEM FINS LUCRATIVOS....129

4.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA TEM RELAÇÃO DE CONTROLE COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. 129
4.2.1. Poder Legislativo controlando 130
4.2.2. Poder Judiciário controlando 130
4.2.3. Poder Executivo controlando 130
5. FUNDAÇÃO 131
5.1. CONCEITO 131
5.2. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO 131
5.3. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO 131
5.4. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO 131
5.5. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PARTICULAR 131
6. AUTARQUIA 132
6.1. CONCEITO 132
6.2. REGRAS DO REGIME JURÍDICO DA AUTARQUIA 132
6.2.1. Atos da autarquia 133
6.2.2. Contratos da autarquia 133
6.2.3. Responsabilidade civil da autarquia 133
6.2.4. Bens autárquicos 134
6.2.5. Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia 135
6.2.6. Procedimentos financeiros das autarquias 135
6.2.7. Prescrição para autarquia 136
6.2.8. Privilégios tributários das autarquias 136
6.2.9. Privilégios processuais das autarquias 136
6.2.10. Regime de pessoal das autarquias 138
6.3. CONSELHOS DE CLASSE 139
6.4. OAB 140
6.5. AUTARQUIAS TERRITORIAIS 145
6.6. AUTARQUIA DE REGIME ESPECIAL 146
6.6.1. Conceito e histórico 146
6.6.2. Agência reguladora 146
6.6.3. Exemplos de agências reguladoras para regular serviços públicos 148
6.6.4. Exemplos de agências reguladoras para fiscalizar bens públicos 148
6.6.5. Agências executivas 149
7. EMPRESAS ESTATAIS (Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública) 151
7.1. INTRODUÇÃO 151
7.2. EMPRESA PÚBLICA (CARACTERÍSTICAS GERAIS) 152

7.3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA 152
7.4. REGIME APLICÁVEL x ATIVIDADE NA EP e SEM 153
7.5. REQUISITO DA TRANSPARÊNCIA 154
7.6. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E CONSELHO FISCAL 155
7.7. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS: EP E SEM 156
7.7.1. Licitação das EP e SEM 156
7.7.2. Contratos das Empresas Estatais 164
7.7.3. Falência das EP e SEM 170
7.7.4. Responsabilidade civil do estado nas EP e SEM 170
7.7.5. Bens das EP e SEM 171
7.7.6. Regime tributário das EP e SEM 171
7.7.7. Regime de pessoal das EP e SEM 172
7.7.8. Empresa de Correios e Telégrafos (EP) 175
7.7.9. Petrobrás (SEM) 176
7.7.10. Precatórios 178
8. CONVÊNIOS e CONSÓRCIOS PÚBLICOS 179
8.1.1. Noção geral 179
8.1.2. Consórcio Administrativo (extinto) x Convênio x Consórcio Público 180
8.2. CONVÊNIOS 180
8.2.1. Conceito 180
8.2.2. Previsão constitucional 180
8.2.3. Previsão legal 182
8.2.4. Tipos de convênios 182
8.2.5. Características dos convênios 183
8.2.6. Convênios X Contratos administrativos 184
8.2.7. Convênios x Antigos Consórcios Administrativos 184
8.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05) 184
8.3.1. Conceito 184
8.3.2. Consórcios Públicos x Consórcios Administrativos (extintos)/Convênios 185
8.3.3. Protocolo de intenções 185
8.3.4. Natureza jurídica dos consórcios públicos 186
8.3.5. Personalidade jurídica 187
8.3.6. Características dos consórcios públicos 188
8.3.7. Contrato de programa e contrato de rateio 190
8.4. RESUMO: CONVÊNIOS X CONSÓRCIOS 191
9. ENTES DE COOPERAÇÃO 193

9.1. INTRODUÇÃO 193
9.2. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO (SISTEMA “S”) 193
9.3. ENTIDADES DE APOIO 194
9.4. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) 195
9.4.1. Conceito 195
9.4.2. Quem concede a qualificação de OS? 195
9.4.3. Requisitos 196
9.4.4. Área de atuação 196
9.4.5. Contrato de gestão 197
9.4.6. Incentivos 198
9.4.7. ADI 1923/DF 198
9.5. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP) 201
9.5.1. Noções Gerais 201
9.5.2. Dispositivos importantes da Lei 9790/90 (LOSCIP) 201
9.6. QUADRO ESQUEMÁTICO: CONSÓRCIOS PÚBLICOS, ENTIDADE DE APOIO, SISTEMA “S”, OS, OSCIP. 202
ATOS ADMINISTRATIVOS 205
1. FATO JURÍDICO E FATO ADMINISTRATIVO 205
1.1. INTRODUÇÃO 205
1.2. FATO ADMINISTRATIVO # ATO ADMINISTRATIVO 205
1.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS 205
2. ATO ADMINISTRATIVO 207
2.1. CONCEITO 207
3. CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO (REQUISITOS DE VALIDADE) 207
3.1. INTRODUÇÃO 207
3.1.1. Doutrina majoritária e tradicional 207
3.1.2. Classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo 208
3.1.3. Previsão legal 209
4. ESTUDO DOS ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A DOUTRINA MAJORITÁRIA 209
4.1. SUJEITO/COMPETÊNCIA 210
4.1.1. Obrigatória 210
4.1.2. Irrenunciável 210
4.1.3. Imodificável 210
4.1.4. Não é transacionável 211

4.1.5. Imprescritível 211
4.1.6. Improrrogável 211
4.1.7. Excepcionalmente prorrogável 211
4.2. FORMA DO ATO 212
4.2.1. Considerações 212
4.2.2. Silêncio administrativo 213
4.2.3. Processo administrativo 214
4.2.4. Motivação 215
4.2.5. Espécies de vícios de forma 218
4.3. MOTIVO 218
4.3.1. Conceito e requisitos 218
4.3.2. Teoria dos Motivos Determinantes 219
4.3.3. Tredestinação 220
4.4. OBJETO 220
4.5. FINALIDADE 221
4.5.1. Conceito 221
4.5.2. Finalidade X Objeto 221
5. ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS X ELEMENTOS DOS ATOS 221
6. MÉRITO ADMINISTRATIVO 222
6.1. CONCEITO 222
6.2. CONTROLE DO MÉRITO PELO JUDICIÁRIO 223
6.2.1. Como se dá esse controle? 223
6.2.2. O PJ pode rever o MOTIVO e o OBJETO do ato discricionário? 223
6.2.3. A forma do ato administrativo é sempre elemento vinculado? 223
7. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO 224
7.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE 224
7.2. AUTOEXECUTORIEDADE 225
7.3. IMPERATIVIDADE (“PODER EXTROVERSO” – CABM) 226
7.4. TIPICIDADE 226
8. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 227
8.1. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS 227
8.1.1. Atos gerais (normativos) 227
8.1.2. Atos individuais (específicos ou concretos) 227
8.2. QUANTO AO ALCANCE DO ATO (DENTRO OU FORA DA ADMINISTRAÇÃO) 227
8.2.1. Ato interno 227
8.2.2. Ato externo 227

8.3. QUANTO AO GRAU DE LIBERDADE 227
8.3.1. Ato vinculado 228
8.3.2. Ato discricionário 228
8.4. QUANTO À FORMAÇÃO DO ATO 228
8.4.1. Ato simples 228
8.4.2. Ato complexo 228
8.4.3. Ato composto 228
8.5. QUANTO ÀS PRERROGATIVAS: ATO DE IMPÉRIO E DE GESTÃO 229
8.5.1. Ato de Império 229
8.5.2. Ato de gestão 229
8.6. QUANTO AOS EFEITOS 229
8.6.1. Atos constitutivos 229
8.6.2. Atos declaratórios 229
8.6.3. Atos enunciativos 229
8.7. QUANTO À FORMA DE EXTERIORIZAÇÃO 229
8.7.1. Decretos e regulamentos 230
8.7.2. Resoluções, deliberações e regimentos 230
8.7.3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos 230
8.7.4. Alvarás 231
8.7.5. Ofícios 231
8.7.6. Pareceres 231
8.7.7. Certidões, atestados e declarações 232
8.7.8. Despachos 232
8.8. QUANTO AO CONTEÚDO 232
8.8.1. Licença 232
8.8.2. Permissão 233
8.8.3. Autorização 233
8.8.4. Admissão 233
8.8.5. Aprovação, homologação e visto 233
8.8.6. Atos sancionatórios 233
8.8.7. Atos funcionais 233
9. FORMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (PERFEIÇÃO, VALIDADE, EFICÁCIA) 233
9.1. PERFEIÇÃO 233
9.2. VALIDADE 234
9.3. EFICÁCIA 234

10. EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (TÍPICOS, ATÍPICOS, REFLEXOS, PRODRÔMICOS) 234
10.1. EFEITOS TÍPICOS 234
10.2. EFEITOS ATÍPICOS: REFLEXOS E PRODRÔMICOS 235
11. EXTINÇÃO (RETIRADA OU DESFAZIMENTO) DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 236
11.1. EXTINÇÃO NATURAL 236
11.2. EXTINÇÃO OBJETIVA 236
11.3. EXTINÇÃO SUBJETIVA 236
11.4. RENÚNCIA DO TITULAR DO DIREITO 236
11.5. AÇÃO DO PODER PÚBLICO 236
11.5.1. Cassação 236
11.5.2. Caducidade 237
11.5.3. Contraposição 237
11.5.4. Anulação 237
11.5.5. Revogação 240
LEI 14.133/2021 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES 242
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 242
2. ESTRUTURA 243
3. TENDÊNCIAS 244
4. ABRANGÊNCIA DA LEI 14.133/2021 245
5. INAPLICABILIDADE 246
6. REGRAS PECULIARES 247
7. APLICAÇÃO 248
8. TRATAMENTO DIFERENCIADO 249
9. PRINCÍPIOS 249
9.1. PRINCÍPIO DA COMPETIVIDADE 250
9.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE 251
9.3. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL 251
9.4. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO 251
9.5. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO 253
9.6. PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO 253
9.7. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL 254
9.8. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA 255
9.9. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DA CELERIDADE E DA ECONOMICIDADE 257
9.10. PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES 257
10. OBJETIVOS 258

11. REGRAS DE VIGÊNCIA E TRANSIÇÃO 259
12. IMPEDIMENTOS 260
13. CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS 265
14. COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS 267
15. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO 268
16. MARGEM DE PREFERÊNCIA 270
17. OBJETO DA LICITAÇÃO 272
17.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 272
17.2. COMPRAS 272
17.2.1. Previsão legal 272
17.2.2. Conceito 275
17.2.3. Planejamento 275
17.2.4. Termo de referência 276
17.2.5. Parcelamento 276
17.2.6. Indicação de marca 276
17.3. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA 278
17.4. SERVIÇOS EM GERAL 281
17.5. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS 283
17.6. ALIENAÇÃO DE BENS 284
18. FASES DA LICITAÇÃO 287
18.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 287
18.2. FASE INTERNA OU PREPARATÓRIA 289
18.2.1. Conceito 289
18.2.2. Etapas 289
18.2.3. Papel dos Órgãos da Administração 294
18.2.4. Audiência pública 295
18.3. FASE EXTERNA 295
18.3.1. Publicação do edital 295
18.3.2. Apresentação das propostas 296
18.3.3. Julgamento 298
18.3.4. Habilitação 302
18.3.5. Encerramento da licitação 305
19. MODALIDADES DE LICITAÇÃO 305
19.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 305
19.2. PREGÃO 306
19.3. CONCORRÊNCIA 306

19.4. CONCURSO 307
19.5. LEILÃO 308
19.6. DIÁLOGO COMPETITIVO 309
20. CONTRATAÇÃO DIRETA 310
20.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 310
20.2. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 312
20.3. DISPENSA DE LICITAÇÃO 314
20.4. LICITAÇÃO DISPENSADA 322
21. PROCEDIMENTOS AUXILIARES 324
21.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 325
21.2. CREDENCIAMENTO 325
21.3. PRÉ-QUALIFICAÇÃO 326
21.4. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) 327
21.5. SRP – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS 327
21.6. REGISTRO CADASTRAL 330
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021) 332
1. VISÃO GERAL 332
2. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS 332
3. GARANTIAS 336
4. ALOCAÇÃO DE RISCOS 338
5. CLÁUSULAS EXORBITANTES 339
5.1. ALTERAÇÃO DO CONTRATO 339
5.2. EXTINÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO 340
5.3. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO 341
5.4. APLICAÇÃO DE SANÇÕES 343
5.5. OCUPAÇÃO PROVISÓRIA 344
5.6. APLICAÇÃO DIFERIDA DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO 344
6. DURAÇÃO DO CONTRATO 345
6.1. PREVISÃO LEGAL 345
6.2. CONTRATOS POR PRAZO CERTO x CONTRATOS POR ESCOPO 346
6.3. REGRA GERAL 347
6.4. PRAZOS DIFERENCIADOS 347
7. EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 349
8. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS 351
8.1. ARBITRAGEM 351
8.2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO 352

8.3. COMITÊ DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS 352
9. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL 353
10. INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS 354
10.1. INFRAÇÕES 354
10.2. SANÇÕES 356
10.2.1. Advertência 356
10.2.2. Multa 356
10.2.3. Impedimento de licitar e de contratar 357
10.2.4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar 358
10.3. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE RESPONSABILIZAÇÃO 358
10.4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 359
10.5. REABILITAÇÃO 359
11. CONTROLE 359
12. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP) 362
ANTIGA LEI DE LICITAÇÃO: LEI 8.666/93 364
1. PREVISÃO LEGAL 364
2. CONCEITO 364
3. SUJEITOS À LICITAÇÃO 364
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL 364
3.2. AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA 365
3.3. OS “FUNDOS ESPECIAIS” 366
3.4. OS “DEMAIS ENTES CONTROLADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELO PODER PÚBLICO” 366
4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA 366
5. OBJETO DA LICITAÇÃO 367
5. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO 367
5.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 368
5.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE 368
5.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE 369
5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE 369
5.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 371
5.6. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA 371
5.7. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO 371
5.8. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO 372
5.9. PRINCÍPIO DO SIGILO DE PROPOSTA 372
5.10. PRINCÍPIO DO FORMALISMO PROCEDIMENTAL 373

5.11. PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO OBRIGATÓRIA....373
6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO....373
6.1. PREVISÃO LEGAL....374
6.2. CONCORRÊNCIA (REGRA: QUANTO AO VALOR)....374
6.2.1. Conceito....374
6.2.2. Regra....374
6.2.3. Exceções....375
6.2.4. Participantes....376
6.2.5. Prazo de intervalo mínimo....377
6.3. TOMADA DE PREÇOS (REGRA: QUANTO AO VALOR)....377
6.3.1. Conceito....377
6.3.2. Participantes da modalidade tomada de preços....378
6.3.3. Prazo de intervalo mínimo....378
6.4. CONVITE (REGRA: QUANTO AO VALOR)....378
6.4.1. Participantes....379
6.4.2. Intervalo mínimo....379
6.4.3. Comissão de licitação do convite....380
6.5. ESQUEMA DE VALORES (CONVITE x TOMADA x CONCORRÊNCIA)....380
6.5.1. Vedação do Fracionamento de despesas....381
6.6. LEILÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)....382
6.6.1. Conceito....382
6.6.2. Quem faz o leilão?....383
6.6.3. Procedimento do leilão....383
6.6.4. Prazo de intervalo mínimo....383
6.7. CONCURSO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)....383
6.7.1. Conceito....383
6.7.2. Procedimento....384
6.7.3. Comissão....384
6.7.4. Prazo de intervalo mínimo....384
6.8. PREGÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)....384
6.8.1. Conceito....384
6.8.2. Prazo de intervalo mínimo....385
7. CONTRATAÇÃO DIRETA (DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO)....386
7.1. INTRODUÇÃO....386
7.2. DISPENSA....387
7.2.1. Conceito e espécies....387

7.2.2. Hipóteses de licitação dispensável....388
7.3. INEXIGIBILIDADE....396
7.3.1. Conceito e previsão legal....396
7.3.2. Pressupostos cumulativos de viabilidade da competição....397
8. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO....399
8.1. FASE INTERNA DA LICITAÇÃO....399
8.1.1. Formalização do processo....400
8.1.2. Elaboração do edital (art. 40 da Lei)....401
8.2. FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO....403
8.2.1. Publicação do edital....403
8.2.2. Recebimento dos envelopes....406
8.2.3. Fase de habilitação (ou fase de qualificação)....407
8.2.4. Fase de classificação e julgamento....412
8.2.5. Homologação....414
8.2.6. Adjudicação....414
8.2.7. Revogação, anulação e desistência da licitação....416
8.3. PROCEDIMENTO INVERTIDO DO PREGÃO....417
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 8.666/93....419
1. INTRODUÇÃO....419
2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO....419
3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO....419
3.1. PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO....419
3.2. FORMAL....420
3.3. CONSENSUAL....420
3.4. COMUTATIVO....420
3.5. ADESÃO....420
3.6. PERSONALÍSSIMO....420
4. FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO....421
4.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICITAÇÃO....421
4.2. ESCRITO EM REGRA....421
4.3. PUBLICAÇÃO....422
4.4. INSTRUMENTO DO CONTRATO....422
5. CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO....423
5.1. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS (ART. 55)....423
5.1.1. Análise do art. 55....423
5.1.2. Quanto à cláusula necessária de garantia (art. 55, VI)....424

5.1.3. Quanto à cláusula necessária de prazo do contrato (art. 55, IV) 425
5.2. CLÁUSULAS EXORBITANTES (ART. 58) 427
5.2.1. Previsão legal e conceito 427
5.2.2. Art. 58, inciso I: Alteração unilateral do contrato (art. 65) – OBS: estudaremos aqui a alteração bilateral também por conveniência). 428
5.2.3. Art. 58, inciso II: Rescisão unilateral do contrato (hipóteses no art. 78 I a XII e XVII) 432
5.2.4. Art. 58, inc. III: Fiscalização do contrato pela Administração (art. 67) 433
5.2.5. Art. 58, inc. IV: Aplicação de sanções pela Administração (art. 87) 434
5.2.6. Art. 58, inc. V: Ocupação provisória dos bens pela Administração 435
5.3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS 435
6. EXTINÇÃO CONTRATUAL 436
6.1. CONCLUSÃO DO OBJETO 437
6.2. ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL 437
6.3. “RESCISÃO” 437
6.3.1. Rescisão administrativa (unilateral) 437
6.3.2. Rescisão judicial 437
6.3.3. Rescisão amigável ou consensual 438
6.3.4. Rescisão de pleno direito 438
6.3.5. Rescisão por arbitragem 438
6.4. ANULAÇÃO 438

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. Quanto mais contato temos com uma mesma fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que ajuda na memorização e na compreensão da matéria.

O Caderno de Administrativo está dividido em duas partes. Possui como base as aulas da Prof. Fernanda Marinella (LFG) somada às aulas do Prof. Barney Bichara (G7), complementado com as aulas do Professor Rafael Oliveira (Curso FORUM).

Em virtude da vigência concomitante das Leis 8.666/93 e da Lei 14.133/2021 pelo prazo de dois anos, procuramos mencionar os dois diplomas legislativos. Há um capítulo exclusivo sobre a Nova Lei de Licitações, mas não excluímos o regramento da antiga.

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

No Caderno constam os principais artigos de lei, mas, ressaltamos, que é necessária leitura conjunta do seu Vade Mecum, muitas questões são retiradas da legislação.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + súmulas + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. CONCEITOS INICIAIS

Antes de começarmos o estudo acerca do Direito Administrativo e de seus institutos, pertinente destacarmos alguns conceitos iniciais. Vejamos:

- **Direito** – consiste em um conjunto de normas impostas coativamente por um Estado politicamente organizado, com a função de disciplinar a coexistência pacífica entre os seres que convivem em sociedade.
- **Direito interno** – estabelece os princípios jurídicos vigentes em cada Estado, respeitado os limites de sua soberania.
- **Direito internacional** – regras superiores aceitas reciprocamente pelos Estados, visando harmonia entre as Nações, bem como os indivíduos que as compõem nas suas relações externas.

Salienta-se que o Direito (hoje, apenas para fins didáticos) é dividido ainda em Direito Privado e Direito Público.



- **Ordem Pública** – são regras imperativas e inafastáveis pela vontade das partes, ou seja, mesmo que as partes queiram tais regras não poderão deixar de ser aplicadas.

É importante que fique claro: Ordem Pública não é sinônimo de Direito Público, o leque de normas de ordem pública é mais amplo do que o Direito Público. Há, inclusive, normas de ordem pública que são aplicadas ao Direito Privado, a exemplo dos impedimentos para o casamento.

Obs.: TODO o direito público é de ordem pública, mas nem toda ordem pública é de direito público, uma vez que também pode ser de direito privado.

2. ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo, como ramo autônomo, ganhou seus primeiros contornos com a Revolução Francesa, de 1789, e com o surgimento do Estado de Direito. Até então, vigorava o Estado Absolutista, com a confusão entre a figura do rei e do Estado ("O Estado sou EU"), que se autoproclamava um representante de Deus na terra. Consequentemente, entendia-se que o rei/Estado não cometia erros, não havia responsabilidade pelos seus atos.

Após a Revolução Francesa, o Estado passa a ser limitado pelo direito, basicamente em três aspectos:

- Princípio da legalidade – o Estado só poderia agir quando expressamente autorizado pela lei (até hoje prevalece);
- Princípio da separação de poderes – há a descentralização do poder, que passa a ser exercido por três órgãos (Legislativo, Judiciário e Executivo). Incidindo o sistema de freios e contrapesos;
    - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – reconhecimento de direitos fundamentais que deveriam ser promovidos e protegidos pelo Estado. Eventual violação a tais direitos poderia gerar a responsabilidade do Estado.

Considera-se a Lei 28 *pluviose* do ano de VIII de 1800 como a "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, tendo em vista que previa normas de organização administrativa e de solução de conflitos contra a Administração Pública.

O julgamento do caso Arrêt Blanco, em 1873, é apontado pela doutrina brasileira como o marco inicial do Direito Administrativo, pois foi a primeira vez que o Tribunal Francês afirmou que se tratava de um ramo autônomo do direito, criando premissas para o julgamento da responsabilidade civil do estado.

3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1. DEFINIÇÃO

Segundo Rafael Oliveira, trata-se do ramo do Direito Público que tem por objeto as regras e os princípios aplicáveis à atividade administrativa (prestada pelo próprio Estado ou por particulares quando prestam serviço público) preordenada à satisfação dos direitos fundamentais.

Já Fernanda Marinella entende que é o ramo do Direito Público Interno que tem como objeto a busca pela coletividade e pelo interesse público.

Perceba que os dois conceitos mencionados acima possuem objetos diversos, pois não há na doutrina consenso sobre a definição do objeto do Direito Administrativo. Prova disso é que, ao longo do tempo, inúmeros critérios foram utilizados para conceituar o Direito Administrativo.

A seguir iremos analisar as nove teorias mais cobradas em concursos públicos que tentam definir o objeto do Direito Administrativo, são elas:

- Teoria Exegética ou Legalista (Escola Francesa);
- Teoria das Prerrogativas Públicas;
- Escola do Serviço Público;
- Critério do Poder Executivo;
- Critério das Relações Jurídicas;
- Critério Residual ou Negativo;
- Critério Teleológico;
- Critério da Distinção da Atividade Jurídica e Atividade Social do Estado;
- Critério da Administração Pública (Adotado pelo Brasil).

3.2. TEORIA EXEGÉTICA OU LEGALISTA (ESCOLA FRANCESA)

Em um primeiro momento, os doutrinadores limitavam-se a compilar as leis existentes e a interpretá-las com base na jurisprudência dos tribunais administrativos. Entendiam o Direito Administrativo como sinônimo de direito positivo (Cretella Júnior). Limitava-se ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo que, no contexto imperial, era representado pela Constituição.

Crítica: O Direito Administrativo não se esgota na lei, é muito mais amplo. Há, por exemplo, a incidência de inúmeros princípios.

3.3. TEORIA DAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS (ESCOLA DO *PUISSANCE PUBLIQUE*)

A Administração Pública poderia atuar tanto segundo o regime jurídico de direito público quanto segundo o regime de direito privado. No primeiro caso, a administração seria autoridade e o Direito Administrativo seria o conjunto de princípios e regras que disciplina a atuação do Estado na qualidade de Poder Público, ou seja, o Estado irá atuar segundo o regime jurídico de direito público. Em relação ao regime de direito privado, não caberia atuação ao Direito Administrativo.

Crítica: não foi satisfatória, pois retirava do objeto do Direito Administrativo atos praticados pela administração pública, mesmo que sob o regime de direito privado (atos de gestão).

3.4. ESCOLA DO SERVIÇO PÚBLICO

Esta escola ganhou grande relevo, à época o “Estado-providência” assumiu inúmeros encargos que, antes atribuídos ao particular, passaram a integrar o conceito de serviço público. O

direito estudava **SERVIÇO PÚBLICO**, e o serviço público **representava TODA atividade do estado**, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita essa atividade.

Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento do serviço público. Entendido em sentido amplo, seria toda atividade estatal voltada ao fim público.

Crítica: não foi acolhida pela doutrina brasileira. A expressão serviço público não serve para definir o objeto do Direito Administrativo, isto porque pelo significado de alguns ultrapassa seu objeto e pelo de outros, exclui matérias a ele pertinentes. O conceito não faz nenhuma distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público que é a atividade material.

3.5. CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO

O direito administrativo é o conjunto de princípio e regras que disciplina a organização e o funcionamento do Poder Executivo.

Preocupa-se tão somente com o Poder Executivo.

Crítica: não foi acolhido no Brasil. Judiciário e Legislativo também podem estar na atividade de administrar. Além disso, o poder executivo exerce, além de sua função específica, as funções de governo, que não faz parte do objeto de estudo do Direito Administrativo.

Os próximos critérios foram aceitos, mas considerados INSUFICIENTES.

3.6. CRITÉRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

O direito administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina **todas** as relações jurídicas do estado (Administração – administrados).

OBS*:* Há relações que não dizem respeito ao direito administrativo, como as relações privadas estabelecidas pelo estado/privado (exemplo: empresas, comércio). Não se pode excluir as relações privadas em detrimento das relações públicas.

Crítica: Preocupa-se com algumas relações jurídicas do estado, mas não com todas. Sendo ainda insuficiente, porque reduzindo o objeto do Direito Administrativo às relações entre administração e administrados, exclui a organização interna da Administração Pública, a atividade que ela exerce e os bens que se utiliza.

3.7. CRITÉRIO TELEOLÓGICO

Direito Administrativo nada mais é do que um conjunto harmônico de princípios e regras que regulam a atividade material e concreta do Estado para o cumprimento de seus fins.

É o critério adotado por Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, pai do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Crítica: é um critério insuficiente, precisa de complemento.

3.8. CRITÉRIO RESIDUAL (NEGATIVO)

O Direito Administrativo é definido por exclusão, não se preocupa com a atividade legislativa, nem com a atividade jurisdicional, então o "resto" seria Direito Administrativo. De acordo com esta corrente, o Direito Administrativo tem por objeto as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas a legislação e a jurisdição.

Em sentido POSITIVO, o Direito Administrativo compreende todos os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a efetivação dos seus fins; todavia, no sentido NEGATIVO, o Direito Administrativo seria definido excluindo-se das atividades do Estado a legislação e a jurisdição e ainda as patrimoniais, regidas pelo direito privado.

Assim, Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade estatal excluindo as de natureza legislativa e jurisdicional.

Crítica: não está errado, a exclusão acontece, mas está incompleto ainda, pois não diferenciava atividade administrativas de outras atividades, tais como a política.

3.9. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DA ATIVIDADE JURÍDICA E ATIVIDADE SOCIAL DO ESTADO

Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade administrativa, bem como os sujeitos incumbidos de prestá-la.

Não se estuda atividade social do estado. Estuda-se a atividade jurídica. Exemplo: a escolha da política pública não é atividade do direito administrativo é da relação social, econômica. O que interessa ao Direito Administrativo é a atividade JURÍDICA na implementação da política, o Direito Administrativo viabiliza sua implementação.

Cretella Júnior: "DA é o ramo do direito público interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral".

3.10. CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hely Lopes Meireles. Direito Administrativo é um conjunto harmônico de princípios e regras, que vai disciplinar os **órgãos, os agentes, a atividade administrativa** (independentemente de quem a exerça: PE, PJ ou PL), realizando de forma DIRETA, CONCRETA e IMEDIATA, os fins desejados pelo Estado (quem define os fins do estado é o Direito Constitucional, aqui será materializado o que foi preconizado pelo Direito Constitucional).

DiPietro: o Direito Administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

O conceito de Hely, na verdade foi uma compilação dos conceitos aceitos no Brasil, mas que eram insuficientes. Veja:

Funções do estado:

"Direta": não precisa de provocação. Por exemplo: desapropriação. Diferente de indireta, que precisa de provocação, por exemplo, a jurisdição: separação judicial (critério negativo).

"Concreta": produz efeitos concretos, materializa. Exemplo: nomeação para um cargo. Não se preocupa com a função abstrata do estado, como por exemplo, a função legislativa (critério negativo).

"Imediata": refere-se à função jurídica do estado, diferente da mediata, que traz a função social do estado (critério da distinção da atividade jurídica e da atividade social).

O *Regime Jurídico Administrativo* é formado pelo conjunto harmônico de princípios e regras.

Salienta-se que Celso Antônio Bandeira de Mello faz ressalvas ao conceito aqui adotado. Segundo esse doutrinador, o Direito Administrativo não pode ser um conjunto de normas e princípios que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem, porque consideraria a integralidade de tudo o que estivesse compreendido na função administrativa, o que não ocorre, tendo em vista que uma parcela dessas atividades é tratada por outros ramos, como o Direito Tributário, o Financeiro, o Previdenciário e outros. O autor pede cuidado com a integralidade e alerta para a existência de função administrativa fora do Direito Administrativo.

3.11. PARA RECORDAR

Com o intuito de facilitar a assimilação do tema, observe a tabela com um resumo sucinto das escolas.

CRITÉRIO	DEFINIÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	OBSERVAÇÃO
Escola das Prerrogativas Públicas	É o conjunto de princípios e regras que disciplinam as normas políticas reconhecedoras das políticas públicas.	Abrange a denominada Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão e prevê a limitação da responsabilidade estatal.
Escola do Serviço Público	É o conjunto de princípios e regras que disciplinam a organização e o funcionamento do Serviço Público.	A atuação estatal voltada para a realização do bem comum não se resume às prestações de serviços públicos, mas diz respeito também a outras atividades voltadas para o bem comum.
Critério do Poder Executivo	É um ramo do Direito, isto é, um conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento do Poder Executivo.	O Direito Administrativo não se resume ao Poder Executivo.
Critério das Relações Jurídicas	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização jurídica existente entre a administração e o administrado.	Todos os ramos do Direito Público disciplinam a mesma relação (entre Estado e cidadão).
Critério Teleológico	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade material e concreta desempenhada pelo Estado para realização dos seus fins (atividade administrativa).	Adotada por Osvaldo Aranha Bandeira de Melo
Critério Residual ou Negativo	É o ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento da atividade estatal, que não tivesse natureza legislativa ou jurisdicional.	Direito Administrativo ampara objeto extremamente amplo.
Critério da Distinção entre a Atividade Jurídica e Social do Estado	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento da atividade administrativa e dos sujeitos encarregados de prestar essa atividade.	Adotada por José Cretella Júnior.
Critério da Administração Pública	É o ramo do Direito que tem como objeto a administração pública. Isto é, o conjunto de regras e princípios que disciplinam a organização e funcionamento da administração pública.	Adotada pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88), ao reservar um capítulo apenas para a Administração, separadamente dos Poderes.

4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Após a 2ªGM, houve uma constitucionalização do direito, inclusive do Direito Administrativo. Aqui, importante destacarmos dois grandes marcos: pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

a) PÓS-POSITIVISMO

O Estado que age apenas observando a legislação não é Democrático, isso porque a escravidão, por exemplo, era baseada na lei, assim como o holocausto. Desta forma, observar a lei não é suficiente para garantir um Estado Democrático, deve-se observar princípios que vão além das leis, a fim de assegurar a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais.

b) NEOCONSTITUCIONALISMO

Para o Direito Administrativo, parte da premissa de que os princípios possuem força normativa, mesmo sem previsão legal.

Observe exemplo da força normativa dos princípios da jurisprudência do STF:

> *STF RE – A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.*
>
> *STF RE 570908 I - O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independente do exercício desse direito; II - A ausência de previsão legal não pode restringir o direito ao pagamento do terço constitucional aos servidores exonerados de cargos comissionados que não usufruíram férias.*
>
> *STF RE 592581 - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais **para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral**, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*

5. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

A competência para legislar sobre Direito Administrativo é de todos os entes da federação, trata-se de uma competência comum. Administração será a União, o Estado, o DF e o Município cada qual dentro de sua competência constitucional. Por exemplo, quando se fala em gás canalizado, a Administração é o Estado; quando se fala em coleta de lixo, a Administração Pública é o Município.

A competência legislativa, em matéria de Direito Administrativo, decorre do sistema federalista positivado na CF/88, cada ente é autônomo, possuindo competência para se auto-organizar.

> *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

A autonomia se desdobra em três regras:

CAPACIDADE DE AUTO CONSTITUIÇÃO	CAPACIDADE DE AUTOGOVERNAR	CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO
Cada ente federado possui capacidade para auto constituir, por isso há Constituição federal, Constituição Estadual e Lei Orgânica	Cada ente federado possui capacidade para seu governo, por isso há eleições nacionais, estaduais e municipais	Cada ente federado possui autonomia para organizar suas atividades, seus bens e serviços, seu orçamento etc.

A doutrina escolheu como parâmetro a lei federal. Assim, ao estudar a organização da Administração Pública, analisa-se uma lei federal, mas cada Estado e Município possuem suas próprias leis que tratam sobre os mais variados assuntos de Direito Administrativo.

Por exemplo, a Lei 8.112/90, Estatuto do Servidor Público Federal, é aplicada apenas para a União, não se aplica aos Estados e Municípios. Nada impede, contudo, que o Estado edite uma lei prevendo que irá aplicar a Lei 8.112/90 aos seus servidores. Além disso, conforme entendimento do STF, o uso de analogia não viola o Princípio da Legalidade, sendo possível que um Município que não tenha, por exemplo, lei sobre processo administrativo, utilize a lei federal.

Observe a Súmula 633 do STJ:

> *Súmula 633, STJ: A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, **se inexistente norma local e específica que regule a matéria**.*

Há casos em que a CF afirma que compete à União legislar, estabelecendo a extensão da sua competência legislativa, como exemplo o art. 22, II e XXV da CF. Perceba, portanto, que apenas a União irá legislar sobre desapropriação, mas isso não impede que os Estados/DF e Municípios desapropriem.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *II - Desapropriação;*
> *(...)*
> *XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*

Em outros casos, a CF determina a competência da União para legislar sobre regras gerais, como ocorre no art. 22, XXVII, *in verbis:*

> *Art. 22, XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

Como se percebe, houve uma limitação da extensão da competência da União quando o assunto for licitação e contratação, já que irá tratar das normas gerais, os Estados/DF e Municípios poderão legislar especificamente sobre estes assuntos.

6. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é um conjunto de princípios e regras regidos pelo regime jurídico de direito público, o qual requer regras de interpretação próprias, como veremos nos próximos itens.

6.1. RECONHECIMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DESIGUALDADE ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS

A Administração e os administrados encontram-se em posições jurídicas diversas. Trata-se de uma relação jurídica desigual, definida por um traço de verticalidade, já que a Administração ostenta a qualidade de Poder Público, com prerrogativas e superioridade.

Isto ocorre porque os interesses são diferentes, de um lado há o interesse público e de outro o interesse privado. Em razão da supremacia, o interesse público deve predominar sobre o interesse particular.

Desta relação decorrem os poderes administrativos. No dizer de Celso de Mello: "*quem quer os fins oferece os meios".* A ordem jurídica oferece à Administração meios para submeter a vontade individual ao bem-estar coletivo, através dos poderes administrativos (poder de polícia, poder disciplinar, poder regulamentar, poder hierárquico).

Cita-se, como exemplo, o art. 58 da Lei 8.666/93, o qual prevê espécies de cláusulas exorbitantes aplicadas aos contratos administrativos.

6.2. RECONHECIMENTO DE UMA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os atos da Administração Pública possuem fé-pública, ou seja, ao praticar determinado ato presume-se que é verdadeiro e legítimo.

Por exemplo, ato administrativo de crédito tributário, IPTU. A competência é do Município, possuindo como base de cálculo o valor venal do imóvel, que é definido pelo Município, presume-se que é um ato legítimo, praticado conforme a lei.

Ressalta-se que a presunção é relativa, admitindo prova em contrário. Desta forma, o contribuinte, no exemplo acima, poderá demostrar que o valor venal está equivocado, afasta a presunção e faz um novo cálculo.

O art. 156, IV da Lei 14.133/2021 (art. 87, IV da Lei 8.666/93) ao prever a declaração de idoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, no caso de inexecução de contrato, é um exemplo deste reconhecimento, a simples declaração da Administração já impede a contratação com qualquer outro ente administrativo, o ato presume-se verdadeiro e legítimo.

6.3. RECONHECIMENTO DE PODERES DISCRICIONÁRIOS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO

Por poder discricionário, também chamado de discricionariedade, entende-se a liberdade que a lei confere à Administração para ponderar o binômio oportunidade e conveniência, decidindo aquilo que melhor satisfaça o interesse público.

1ª Hipótese: Quando há expressa previsão legal

A lei prevê que o administrador poderá atuar com discricionariedade. Por exemplo, quando ocorre a nomeação para cargo em comissão (livre nomeação e livre exoneração) ou quando a lei prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável (art. 75 da Lei 14.133/2021/ art. 24 da Lei 8.666/93).

2ª Hipótese: Quando a lei não é capaz de descrever todas as situações enfrentadas pela Administração

A Administração faz o que a lei determina. Contudo, há casos em que a lei não foi capaz de descrever todas as formas de atuação da Administração, que poderá usar seu poder discricionário para decidir.

Exemplo: perigo iminente – vários são os casos e hipóteses de perigo iminente. Caberá à administração olhar o caso concreto e apontar o que seja ou não, a partir de um juízo de oportunidade e conveniência.

3ª Hipótese: Quando a lei atribui uma competência, mas não descreve o modo de exercê-la. Aqui, a discricionariedade está na forma como a competência será exercida, já que a lei não fixa o modo de exercê-la.

Cita-se, como exemplo, o art. 261 do CTB, o qual prevê os casos em que será imposta a penalidade de suspensão do direito de dirigir. Note que caberá à Administração definir o período de suspensão, a lei atribui a competência, mas não fixa o modo como deverá ser exercida.

OBS.: o poder discricionário é limitado pelo princípio da legalidade, pela razoabilidade, pela proporcionalidade e pelo controle judicial.

6.4. APLICAÇÃO DA LINDB

Em 2018, a LINDB foi alterada a fim de incluir regras de interpretação na esfera administrativa.

> *Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*

7. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Considerando que o direito não é uma ciência natural e sim resultado de uma construção social, as fontes do direito são os meios pelos quais o direito se revela e se torna obrigatório.

7.1. LEI

Principal fonte, é a fonte primária.

Trata-se de lei em SENTIDO AMPLO: CF, MP, LC, LO, LD (lei delegada), toda e qualquer espécie normativa.

OBS: STF - hierarquia: CF → LC/LO → Regulamentos, atos administrativos – STF chamou de estrutura escalonada, hierarquizada, esta estrutura guarda uma relação de "***compatibilidade vertical"***, isto nada mais é do que reconhecer que as normas inferiores devem ser compatíveis com as normas superiores e todas com a CF. Se o ato contraria a lei, ele é um ato Ilegal (se a lei contraria a CF há a inconstitucionalidade direta). Se ele desrespeitou a relação de compatibilidade vertical, ele é também um ato inconstitucional (inconstitucionalidade reflexa/oblíqua).

7.2. DOUTRINA

Resultado do trabalho dos estudiosos. Não vincula, diretamente, a atuação do Estado, mas influencia as decisões dos julgadores, tanto que muitas decisões são justificadas por meio da opinião técnica de doutrinadores relevantes.

7.3. JURISPRUDÊNCIA

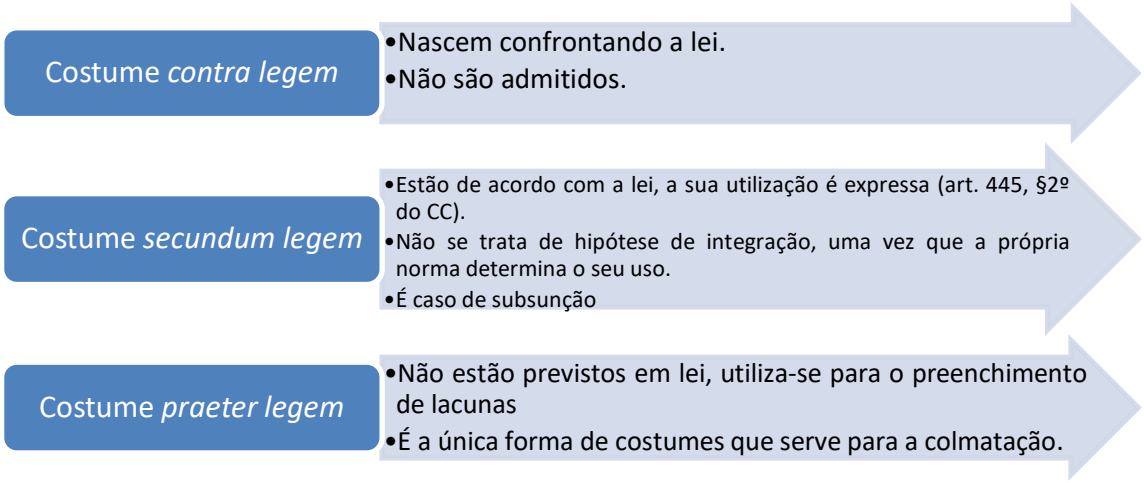
Trata-se do reflexo de decisões reiteradas dos tribunais. Quando a jurisprudência está consolidada, cristalizada, o tribunal editará uma súmula, que servirá como documento de orientação (sinalizar), salvo quando for uma súmula vinculante (a partir da EC/45).

Há, ainda, a repercussão geral que tem poder vinculante. O STF julga o *Leading case* e, posteriormente, as instâncias inferiores, em casos idênticos, deverão aplicar o entendimento do Supremo.

No Direito Administrativo há inúmeras decisões importantes em repercussão geral, por isso é importante ficar atento ao site do STF.

7.4. COSTUMES

Também denominado de direito consuetudinário, significa a prática habitual de determinada conduta pelo povo, acreditando ser ela obrigatória.



7.5. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Compõe a base, o alicerce da nossa ciência. Na sua maioria são regras implícitas no nosso ordenamento. Exemplo: é vedado no Brasil enriquecimento ilícito; ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza; quem causar dano a outrem terá de indenizar, não está escrito, mas são princípios gerais do direito.

7.6. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Os precedentes administrativos também devem ser considerados como fontes do Direito Administrativo. O precedente administrativo pressupõe a prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares. A força vinculante do precedente administrativo decorre da necessidade de segurança jurídica, de vedação da arbitrariedade, de coerência e de aplicação igualitária da ordem jurídica.

Apenas em duas situações, a Administração poderia se afastar do precedente:

a) quando o ato invocado como precedente for ilegal;

b) quando o interesse público, devidamente motivado, justificar a alteração do entendimento administrativo.

Ganha força com a introdução do art. 30 à LINDB:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

8. ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO

8.1. ESTADO

O Estado é uma pessoa jurídica de direito público com direitos e obrigações.

Antigamente, vigorava no Brasil a Teoria da Dupla Imputação, em que a Pessoa Jurídica do Estado, a depender das atividades desempenhadas, poderia ser de direito público (no desempenho das atividades públicas) e de direito privado (nas atividades regidas pelo direito privado). Atualmente, não se fala mais em dupla imputação, as atividades do Estado são regidas pelo direito público.

A seguir iremos analisar as espécies de Estado: liberal, social, democrático de direito ou pós-social.

8.1.1. Estado Liberal

Caracteriza-se pela ausência de intervenção estatal na ordem econômica e social. O Estado existe para garantir, basicamente, os direitos de primeira geração (propriedade, segurança).

O “papel restrito” do Estado, no Estado Liberal, é decorrente do contexto histórico que se vivia. Lembre-se que com a Revolução Francesa saímos do absolutismo. Obviamente, era impossível que o Estado fosse totalmente excluído (viveríamos em um estado de natureza – “O Homem é o Lobo do Homem”), por isso seu papel ficou restrito aos direitos de primeira geração.

O Estado Liberal tem forte influência nos EUA.

Marcado pelo Poder de Polícia.

8.1.2. Estado Social

O Estado Liberal acabou gerando inúmeras desigualdades, entrando em crise (nos EUA foi a de 1929), já que não conseguiu satisfazer todos os anseios da sociedade.

Na Europa, após as Guerras Mundiais, o Estado estava quebrado, era preciso um novo modelo de Estado. Optou-se, então, por um Estado Social marcado pelo intervencionismo na economia e no campo social, com a finalidade de reduzir desigualdades e de garantir direitos básicos à população (educação, saúde e outros direitos de segunda geração).

Note que o Estado Social é um prestador de serviços, sua atuação é positiva para garantir os direitos fundamentais. Há um aumento na máquina administrativa (contração de pessoas, criação de órgãos, hospitais, escolas), consequentemente, os custos do Estado acabam ficando elevados.

Marcado pela prestação de serviços públicos.

8.1.3. Estado Democrático de Direito ou Pós-social

Novamente, o Estado entra em crise, tendo em vista que acaba gastando mais do que arrecadava e, ainda, não possuía eficiência na prestação dos serviços.

No Brasil, na década de 90, com as EC 6 e 7 (abriram a economia para o capital estrangeiro) e as EC 5, 8 e 9 (atenuaram alguns monopólios estatais), bem como os programas nacionais de desestatização que visavam diminuir a interferência do Estado, há o início da transformação de uma Administração Pública burocrática para uma Administração Pública gerencial ou de resultados, voltada para efetividade dos direitos fundamentais, caminha-se para um Estado Democrático de Direito. Outro marco importante foi a EC 19/98 que introduziu o princípio da eficiência ao texto constitucional.

O Estado Democrático de Direito visa a diminuição da interferência do Estado, transferindo algumas atividades para a iniciativa privada, mas se criam mecanismos que irão regular a atividade do mercado.

Marcado pelo Poder Regulamentador.

8.1.4. Funções do Estado

O Estado exerce uma função pública, significa dizer que sua atividade é exercida em nome de outra pessoa: O POVO.

FUNÇÃO TÍPICA – é a função principal de cada Poder, assim:

- Poder Legislativo – função típica é legislar através da elaboração de leis, função normativa que possui como principal característica o fato de ser abstrata, de estabelecer normas gerais e de produzir inovações primárias no mundo jurídico;
- Poder Executivo – função típica é administrar, basicamente, corresponde à conversão da lei em ato individual e concreto. Não inova o ordenamento jurídico, é direita (não depende de provocação) e pode ser revertida pelo Poder Judiciário (não produz coisa julgada).
- Poder Judiciário – função típica é jurisdicional, representa a aplicação coativa de leis aos litigantes, estabelece regras concretas, não produzindo inovações primárias no mundo jurídico. É uma função indireta, uma vez que depende de provocação e causa imutabilidade jurídica, ou seja, impossibilidade de mudança, produzindo coisa julgada.

FUNÇÃO ATÍPICA – é a atuação do Poder em uma função diversa da principal. Por exemplo:

- Senado julgando Presidente da República (exerce função jurisdicional);
- Tribunal de Justiça realizando concurso público (exerce função administrativa);
- Presidente da República editando medida provisória (exerce função legislativa).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, é possível uma função, em certo momento considerada típica em razão de uma alteração do ordenamento jurídico vigente, converter-se em atípica, sendo o inverso também possível. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o inventário e o divórcio feitos em cartório.

8.1.5. Função de Governo ou Função Política

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua uma quarta função, a função política ou de governo, a qual surge da existência de certos atos jurídicos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções. Por exemplo, a iniciativa de lei do Poder Executivo, a sanção e o veto, a declaração do estado de sítio e do estado de defesa, a decretação de calamidade pública e a declaração de guerra, entre outros.

Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito ao interesse da sociedade, não afetem direitos subjetivos. São exemplos de atos políticos: convocação extraordinária do CN, nomeação das CPI's nomeações de Ministros dos Estados, relações com Estados estrangeiros, declaração de guerra e de paz, atos decisórios que implicam a fixação de metas, diretrizes e planos governamentais (estes serão executados pela Administração Pública – em sentido estrito – no exercício da função administrativa propriamente dita).

8.2. GOVERNO

É um dos elementos do Estado, juntamente com povo e território.

Trata-se do comando, da direção do Estado, na maioria das vezes, está nas mãos do chefe do executivo. Importante consignar que o Governo possui dois sentido, quais sejam:

- Em sentido subjetivo, Governo são os órgãos constitucionais (executivo e legislativo) incumbidos da atividade política.
- Em sentido objetivo, Governo é a própria atividade política, uma das atividades do Estado.

Para que o Estado seja independente, o governo precisa ter SOBERANIA, ou seja, independência na ordem internacional e supremacia na ordem interna.

8.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública possui vários significados, muitas vezes é utilizada como sinônimo de atividade administrativa ou como sinônimo da máquina administrativa (bens, agentes etc.).

8.3.1. Administração em sentido amplo

Neste sentido, refere-se a Governo e à administração em sentido estrito.

8.3.2. Administração em sentido estrito

Aqui, refere-se à administração pública livre da ideia de Governo. É o objeto do Direito Administrativo.

Possui dois critérios para sua definição, vejamos:

CRITÉRIO FORMAL/ORGÂNICO/SUBJETIVO	CRITÉRIO OBJETIVO/MATERIAL
Máquina administrativa	Atividade administrativa
Conjunto de órgãos, pessoas e bens responsáveis pela função administrativa do Estado (há autores que entendem como sinônimo do próprio Estado)	Conjunto de atividades desempenhadas pelo Estado, sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas
Aqui, a expressão Administração Pública deve ser escrita com letras iniciais maiúsculas.	Aqui, a expressão administração pública deve ser grafada com letras minúsculas.

A doutrina também coloca uma segunda utilização para essa expressão ao estabelecer que a Administração Pública, de igual forma, pode ser conceituada como uma atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, exercendo uma conduta hierarquizada, sem responsabilidade constitucional e política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. Assim, a Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e competência executiva, só podendo opinar sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência administrativa, sem qualquer faculdade de opção política.

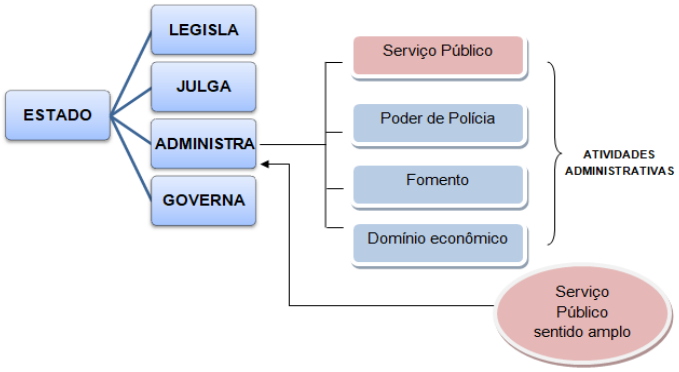
Enquanto o governo constitui atividade política de índole discricionária a administração implica na atividade exercida nos limites da lei e da norma técnica? Isto é administração? Sim, no critério material.

Qual a distinção entre GOVERNO e ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA? Hely Lopes Meirelles: Governo é a atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente

vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração conduta hierarquizada.

A administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.

Em suma:



9. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

9.1. CONCEITO

São os mecanismos de controle jurisdicional dos atos do poder público.

O Estado de Direito funda-se em duas premissas: a da Legalidade (a administração está limitada ao cumprimento da lei) e do Controle Judicial (de nada adiantar submeter a administração à Lei, se não existe fiscalização).

A ideia central é a de JURISDIÇÃO, uma das funções do Estado. Na jurisdição, o Estado, mediante provocação, aplica a lei ao caso concreto, com a finalidade de resolver conflitos sociais (contencioso), com definitividade (força de coisa julgada).

Existem dois sistemas: o contencioso administrativo ou sistema francês e o sistema de jurisdição única ou sistema inglês.

9.2. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SISTEMA FRANCÊS)

Neste sistema, há dualidade de jurisdição, pois, ao lado da jurisdição comum, existe uma jurisdição administrativa a quem compete o controle judicial dos atos da administração.

Quando a administração pratica um ato administrativo a revisão e o controle competem à própria administração.

Exceções (casos em que o poder judiciário poderia rever):

a) Atividade pública de caráter privado (atividade praticada pelo estado que está sujeita ao regime privado, exemplo: estado atuando no comércio): Poder Judiciário

b) Propriedade privada: Poder Judiciário.

c) Repressão penal: Poder Judiciário.

d) Ações ligadas à capacidade e o estado das pessoas: Poder Judiciário.

Esse sistema se aplica na França até hoje, e não se aplica no Brasil.

9.3. JURISDIÇÃO ÚNICA (SISTEMA INGLÊS)

Neste sistema, o Poder Judiciário monopoliza a jurisdição, vigora no Brasil. Contudo, nada impede que a administração controle seus próprios atos.

Deste a Proclamação da República as constituições brasileiras positivaram o sistema inglês. Hoje, previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

> *Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

Já tentamos o contencioso administrativo, porém se tornou regra inoperante, EC 07/77.

É possível a criação de um sistema misto de controle? Não é possível sistema misto de controle, DOUTRINA NÃO RECONHECE, pois a mistura é natural dos dois sistemas, o **que define a jurisdição única é a predominância**. No Brasil, vale a JURISDIÇÃO ÚNICA.

Na verdade, o que caracteriza o sistema é a predominância da jurisdição comum (Poder Judiciário) ou da especial (cortes administrativas), e não a exclusividade de qualquer uma delas, para o deslinde contencioso das questões afetas à Administração. Por isso, não há que se falar em sistemas mistos, já que os dois sistemas misturam o julgamento pelo Judiciário e pelo órgão administrativo, sendo essa mistura uma característica natural de qualquer regime.

1. REGIMES JURÍDICOS DA ADMINISTRAÇÃO

Expressão **ampla** que se refere tanto ao regime jurídico de direito público quanto ao regime jurídico de direito privado, aos quais a Administração Pública pode se sujeitar.

A partir do conceito acima, é preciso caracterizar cada um dos regimes, vejamos:

Regime de direito público: trata-se de uma relação vertical, a ordem jurídica reconhece poderes à Administração para que realize um fim (interesse público).

Regra: toda vez que a Administração Pública atua na qualidade de poder público deve agir segundo o regime jurídico de direito público. Não se trata de uma constatação óbvia porque há casos em que o Estado poderá descentralizar o exercício da atividade administrativa, ou seja, o Estado transfere para outra pessoa o encargo de exercer a atividade. Nos casos em que a descentralização depende de poderes e prerrogativas, estaremos diante de um regime de direito público. O exercício do poder de polícia é um bom exemplo, uma vez que tal poder, para ser exercido, precisa de certas prerrogativas (segue regime jurídico público), assim, conforme já decidiu o STF, o particular não pode exercer poder de polícia, o mesmo ocorre com a intervenção do Estado na propriedade.

Regime de direito privado: trata-se de uma relação horizontal, pois para desempenhar suas atividades a Administração Pública não precisa de prerrogativas públicas. Como exemplo: proteção aos idosos, proteção às crianças e aos adolescentes; prestação de serviços como de energia elétrica.

Regra: só atuará em regime jurídico de direito privado quando a lei assim estabelecer. Por exemplo, nos anos 90, lei federal deu aos conselhos profissionais natureza jurídica de direito privado, o que inviabilizava o exercício do poder de polícia, já que exige prerrogativas públicas. A União, percebendo o erro, revogou a referida lei. Com isso, percebe-se que é possível a lei conferir regime jurídico privado quando o correto seria regime jurídico de direito público.

OBS.: quando a Administração Pública atua segundo o regime jurídico de direito privado SEMPRE haverá a incidência de normas de direito público, as quais derrogam parcialmente o regime jurídico de direito privado. Ou seja, sofrerá alterações em razão das normas de direito público. Por exemplo, a União cria uma fundação com personalidade de direito privado, mas determina que haverá licitação, concurso, prestação de contas, que os agentes estarão sujeitos à lei de improbidade administrativa. Ressalta-se, contudo, que tais normas de direito público não desnaturam o regime jurídico, que será, predominantemente, de direito privado.

Encontramos no art. 95 da Nova Lei de Licitações (art. 62 da Lei 8.666/93) um claro exemplo da observação acima, vejamos:

> ***Lei 14.133/2021 - Art. 95****. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro*

instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

Lei 8.666/93 Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Expressão doutrinária que se refere a um conjunto de princípios e regras que irão dar identidade ao Direito Administrativo.

Como fundamentos do regime jurídico administrativo temos:

a) **PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR**: nada mais é do que o reconhecimento de poderes à Administração;

b) **PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**: se traduz em restrições impostas à Administração.

OBS.: A mesma ordem jurídica que confere poderes, impõe limitações; confere prerrogativas, impõe restrições.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a caracterização do Direito Administrativo e a base de seu regime jurídico se delineiam em função da consagração de dois princípios, por ele denominados PEDRAS DE TOQUE: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público, dos quais se extraem inúmeros princípios, dentre eles o princípio da legalidade, que também tem como implicações os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, além de outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "*a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente pode-se dizer que o regime administrativo se resume a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições*".

Marçal Justen Filho: "*o regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins*".

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os fundamentos da ciência e surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas.

Não há, na doutrina, uniformidade quanto à categorização e quanto à enumeração dos princípios e suas classificações. A seguir enumeraremos os princípios, de acordo com os principais autores de Direito Administrativo.

3.1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA HELY LOPES MEIRELLES

Segundo Hely Lopes Meireles, são princípios básicos:

1. Legalidade
2. Moralidade
3. Impessoalidade ou finalidade (são sinônimos, para Hely)
4. Razoabilidade e proporcionalidade
5. Publicidade
6. Eficiência
7. Segurança jurídica
8. Motivação
9. Ampla defesa e contraditório
10. Interesse público ou supremacia do interesse público (traduzem a mesma ideia)

3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO, EXPRESSOS E IMPLÍCITOS PARA CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Celso Antônio categoriza e amplia o rol dos princípios.

1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

2. Princípio da legalidade.

3. Princípio da finalidade (para o autor, o princípio da finalidade é intrínseco ao princípio da legalidade. A finalidade da lei está contida na própria lei, assim descumprir a finalidade da lei é descumprir a própria lei).

4. Princípio da razoabilidade.

5. Princípio da proporcionalidade.

6. Princípio da motivação.

7. Princípio da impessoalidade.

8. Princípio da publicidade.

9. Princípio do devido processo legal e ampla defesa.

10. Princípio da moralidade administrativa.

11. Princípio do controle judicial dos atos administrativos (sistema inglês) *.

12. Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (CF, art. 37, § 6º). *

13. Princípio da eficiência (também conhecido como princípio da boa administração).

14. Princípio da segurança jurídica.

3.3. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVO PARA JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Faz uma categorização, vejamos:

1. Princípios expressos (CF, art. 37, caput) (expressão “LIMPE”)

a) Princípio da legalidade.

b) Princípio da impessoalidade.

c) Princípio da moralidade.

d) Princípio da publicidade.

e) Princípio da eficiência.

OBS.: “expresso” significa positivado/escrito. Poderá estar expresso na Constituição, no Capítulo dedicado à Administração, no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais (p. ex.: CF, art. 5º, LV), na legislação ordinária (Lei 9.784). José dos Santos restringiu como “expresso” apenas os princípios da CF, art. 37, caput.

2. Princípios reconhecidos

a) Princípio da supremacia do interesse público.

b) Princípio da autotutela (é um princípio expresso – Lei n. 9.784/99, art. 53).

> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

c) Princípio da indisponibilidade.

d) Princípio da continuidade dos serviços público (é um princípio expresso – Lei 8.987/95, art. 6º, § 1º).

> *Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
> *§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

e) Princípio da segurança jurídica (proteção e confiança).

f) Princípio da precaução *.

3. Princípio da razoabilidade.

4. Princípio da proporcionalidade.

3.4. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PARA MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

1. Legalidade.

2. Supremacia do interesse público.

3. Impessoalidade.

4. Presunção de legitimidade ou veracidade *

5. Especialidade.

6. Controle ou tutela.

7. Autotutela.

8. Hierarquia *.

9. Continuidade do serviço público *.

10. Publicidade.

11. Moralidade administrativa.

12. Razoabilidade e proporcionalidade.

13. Motivação.

14. Eficiência.

15. Segurança jurídica, proteção e confiança e boa-fé.

A seguir analisaremos cada um dos princípios (os mais importantes).

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Princípio indispensável para o convívio social. Supremacia é superioridade, sobreposição do interesse público face o interesse individual. Vincula o legislador e a autoridade administrativa em toda sua atuação.

OBS: Cuidado – Não é superioridade do estado, do administrador, e sim do interesse público.

Exemplo1: por conta das cláusulas exorbitantes o Estado poderá alterar o contrato administrativo, em nome da supremacia.

Exemplo2: Atos administrativos são autoexecutáveis, não precisam de autorização do judiciário. Supremacia do Interesse público.

Interesse público = prerrogativas + obrigações.

Uma vez identificado o interesse público, a administração não pode dispor, ela tem que cuidar, proteger, perseguir esse interesse público.

Celso Antônio Bandeira Mello: "*significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa* ***não tem disponibilidade*** *sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis". "****As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização***"

É um princípio IMPLÍCITO no texto constitucional, NÃO ESTÁ ESCRITO, embora se encontrem inúmeras regras constitucionais que a ele aludem ou impliquem manifestações concretas dessa superioridade do interesse público. Empregando essa ideia, o constituinte introduziu alguns dispositivos que permitem ao Estado adquirir a propriedade do particular, independentemente da sua vontade, tendo como fundamento uma razão de interesse público, instituto esse denominado desapropriação.

Todavia, há previsão no art. 2º caput da Lei 9.784/99 – Lei do PAD.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica,* ***INTERESSE PÚBLICO*** *e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - Atuação conforme a lei e o Direito;*
> *II - Atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;*

Algumas correntes sobre o tema:

1ª C: Corrente minoritária da doutrina defende que esse princípio serve como instrumento para prática de arbitrariedade, defendem que deveria ser desconstituído, desconstruído. Por exemplo, ao desapropriar determinada propriedade para construir uma escola, não seria supremacia do interesse público, mas sim uma ponderação entre direitos fundamentais (educação X propriedade).

2ª C: Corrente MAJORITÁRIA, o princípio não deve ser desconstruído, deve ser aplicado de forma correta, coerente. Tem que manter o princípio, mas aplicá-lo de forma verdadeira.

Dirley: Cumpre acentuar que este princípio pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais.

No RE 657718 temos um claro exemplo de Supremacia do Interesse Público envolvendo a judicialização do direito à saúde, para o fornecimento de medicamento, ponderando diversos princípios.

> *RE 657718 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União." (22/05/2019)*

2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Administrador não pode renunciar ao interesse público, é um limite ao princípio da supremacia e significa indisponibilidade.

A expressão interesse público representa uma categoria contrária ao interesse privado, individual; consiste no interesse do todo, do conjunto social. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, "*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados sem sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*".

Função pública: atividade em nome e no interesse do povo.

Se o direito não é do administrador, se o interesse não é do administrado, ele não pode renunciar a ele

Exemplos: licitação – transparência. Escolhe-se a melhor proposta, a mais vantajosa para o interesse público. Licitação obrigatória no caso, porém administrador justifica com uma dispensa falsa e contrata diretamente com uma empresa. Se ele desiste de escolher a mais vantajosa, está renunciando ao interesse público. Abuso na contratação temporária, de cargos em comissão, viola o princípio da indisponibilidade.

Resta ainda distinguir o significado de interesse público primário e secundário. Considera-se interesse público primário o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos. De outro lado, tem-se o interesse público secundário, que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito. Ressalte-se que o Estado, da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É princípio expresso da administração pública. Somente são considerados expressos os princípios que estão positivados no capítulo constitucional dedicado à administração pública (capítulo VII da CF/88).

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:* "LIMPE"

O conceito de legalidade encontra-se no art. 2º da Lei 9.784/99.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - Atuação conforme a lei e o Direito;*

O princípio da legalidade significa que a Administração Pública deverá atuar conforme a lei e o direito, trata-se de legalidade em sentido amplo ou **juridicidade** (lei + direito).

Para o cidadão, a legalidade é aquela prevista no art. 5º, da CF, assim poderá fazer tudo que não está proibido em lei. Já a legalidade administrativa encontra-se no art. 37 da CF, sendo que só poderá fazer o que a lei expressamente determinar.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de LEGALIDADE, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto o princípio da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada, "*o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso, considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo*".

Em suma, o princípio da legalidade está na base do estado do direito, podendo ser analisado por dois ângulos:

- Direito privado: o particular pode tudo desde que não esteja vedado ou proibido na lei. CRITÉRIO DE NÃO CONTRADIÇÃO À LEI.
- Direito público: o administrador só pode o que está autorizado na lei. CRITÉRIO DE SUBORDINAÇÃO À LEI. O administrador tem liberdade nos limites da lei. A Lei estabelece a liberdade, garante a conduta discricionária.

Seabra Fagundes: “Administrar é aplicar a lei de ofício”.

Entretanto, é necessário grifar que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade.

3.1. RESERVA DE LEI X PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade consiste em fazer o que a lei determina. A reserva de lei é muito mais restrita, significa selecionar uma matéria e reservar a determinada espécie normativa. É a escolha da espécie normativa.

Hoje, a legalidade tem sido vista em **sentido amplo** (“alargamento do princípio da legalidade”), o que era a simples conferência de lei vai além: também é conferência das regras e normas constitucionais, isso inclui os princípios constitucionais. Se o ato viola um princípio da constituição, violará também o princípio da legalidade.

Di Pietro: O Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo

todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na CF. Isso significa a **ampliação do controle judicial**, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível apontar três restrições excepcionais ao princípio da legalidade, elas representam uma transitória constrição a esse princípio e são expressamente mencionadas na Constituição Federal: as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio.

4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

4.1. CONCEITO

Há dois sentidos conferidos ao princípio da impessoalidade:

1º Sentido: Significa agir de forma impessoal, não buscar interesses pessoais. Exige AUSÊNCIA de subjetividade.

A Lei 9.784/99 traz o conceito de impessoalidade, vejamos:

> *Lei 9.784/99 Art. 2º, Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*

2º Sentido: É bem definido por José Afonso da Silva: "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o **autor institucional do ato**. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal (TEORIA DO ÓRGÃO), nos termos do art. 37, §1º CF.

> *Art. 37, § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.*

Ademais, a mesma ideia encontra-se no §6º do art. 37 da CF, que trata da responsabilidade, *in verbis*:

> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

A Constituição Federal conta com outras regras que representam aplicações concretas desse princípio, a exemplos, o art. 37, inciso II, que institui a exigência de concurso público para o exercício de cargos ou empregos públicos; e o art. 37, inciso XXI, que ordena a aplicação do procedimento licitatório como instrumento eficaz para que a Administração celebre o melhor contrato possível.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade "*traduz a ideia de que a Administração tem de tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa.* E completa*: "o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia*".

Outra aplicação deste princípio reside na matéria de exercício de fato, quando se reconhece a validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

Os art. 18 a 21 da Lei 9.784/99, também se inserem como aplicação do princípio da impessoalidade. Isto porque contém normas de impedimento e suspeição quanto ao processo administrativo, da mesma forma que existe no processo judicial. São hipóteses de presunção de parcialidade.

> *Lei 9.784/99 Art. 18. É IMPEDIDO de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
> *I - Tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
> *II - Tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
>
> *Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.*
> *Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*
>
> *Art. 20. Pode ser arguida a SUSPEIÇÃO de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*
>
> *Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*

4.2. NEPOTISMO

A questão envolvendo o nepotismo ganhou destaque com a criação do CNJ e do CNMP, pela EC 45/2004, dois órgãos de controle administrativo que editaram resoluções proibindo a prática de tais atos para cargo em comissão e contratação temporária, que não precisam de concurso ou contratação direta com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Também proibiram o nepotismo cruzado. Os tribunais resistiram, então o próprio CNJ exonerou os parentes.

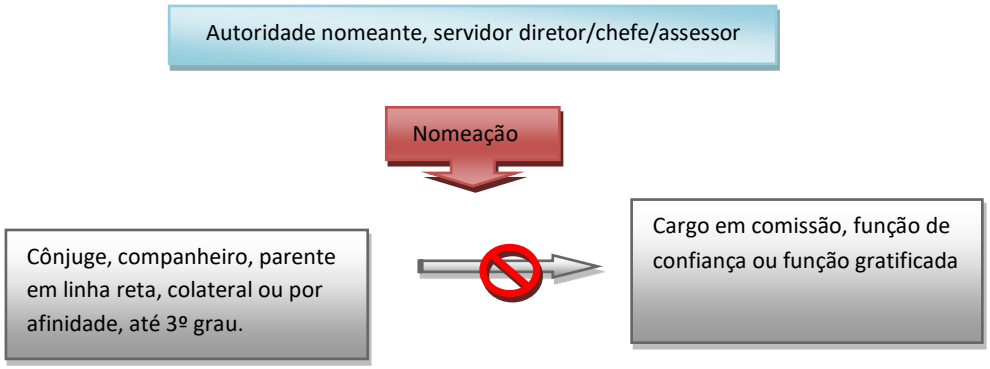
Chegou ao STF uma questão: O CNJ tem competência para isso? A proibição pode vir por resolução? E qual o fundamento constitucional para isso?

Foi ajuizada a ADC 12 – STF: Tanto o CNJ quanto o CNMP possuem competência, visto que foram criados para realizar controle administrativo. Igualmente, é possível a proibição ser imposta por resolução, visto que se trata de um ato normativo. Ademais, essa matéria está fundamentada na CF. Apontou-se quatro princípios constitucionais que fundamentam a proibição: **impessoalidade, moralidade, eficiência e isonomia**.

Para consolidar tal entendimento, o STF editou uma súmula vinculante:

> ***SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF**: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, **viola a constituição federal**."*

Sistematizando:



O nepotismo CRUZADO também é proibido (uma autoridade nomeia parente de um para União e outra do estado, nomeia daquela para este).

STF: a regra não é aplicada no caso de cargos políticos, como é o caso de secretário ou ministro de estado, situação em que é possível a nomeação de parentes, desde que o nomeado tenha condições técnicas (seja qualificado) para o exercício do cargo. No RE 1.133.118 o STF reconheceu repercussão geral acerca do tema (ainda pendente de julgamento – marcado para 08/06/2022)

Vale, ainda, chamar a atenção para o fato de o STF haver confirmado, em sede de repercussão geral, com julgamento de mérito já proferido que não há necessidade de lei formal para a vedação ao nepotismo, considerando que tal proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF.

4.3. IMPESSOALIDADE X FINALIDADE

1ª Corrente: Hely Lopes Meirelles – considera finalidade como sinônimo da impessoalidade, perseguir o interesse público. Para esse autor, se a finalidade é pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros, isto é, a finalidade pública proíbe a atuação pessoal do administrador.

2ª Corrente: Moderna, Celso Antônio Bandeira de Mello – são princípios autônomos eles não se misturam. Impessoalidade é ausência de subjetividade, finalidade significa buscar o espírito da lei, buscar vontade maior da lei.

É possível que o administrador cumpra o espírito da lei sem cumprir a própria lei? Dá para separar? NÃO, não tem como buscar somente o espírito da lei e vice-versa, não são elementos separáveis. O princípio da finalidade não está ligado à impessoalidade e sim ao princípio da LEGALIDADE.

Art. 2º da lei 9784/99.

> *Lei 9.784/99 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da LEGALIDADE, FINALIDADE, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - Atuação conforme a lei e o Direito;*

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. ***Uma atividade e um fim supõem uma norma (lei) que estabeleça, entre ambos, o nexo necessário.*** Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia porque a isso a CF a obriga (art. 5º caput e inc. I), a função administrativa que nela se baseia também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se ***desvio de finalidade***, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento, qual seja, **o interesse público.**

Reconhecido como princípio autônomo e expresso na norma infraconstitucional, é interessante ressaltar que o princípio da finalidade está implícito no texto constitucional, admitindo-se como fundamento o próprio princípio da legalidade (art. 37, caput), além do art. 5º, LXIX, que define o mandado de segurança, enquanto remédio constitucional cabível em caso de ilegalidade ou abuso de poder. Assim, conforme já dito, o abuso do poder é o exercício das atribuições fora dos limites da lei, e um desses limites é a sua finalidade.

Impessoalidade está ligada ao princípio da ISONOMIA.

4.4. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA

Trata-se de um princípio que excepciona o princípio da impessoalidade, tendo em vista que inibe a aplicação de severas sanções a entidades federativas por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos.

Possui duas acepções:

1ª acepção: quando a irregularidade foi praticada pela gestão anterior

Existem julgados do STF afirmando que se a irregularidade no convênio foi praticada pelo gestor anterior e a gestão atual, depois que assumiu, tomou todas as medidas para ressarcir o erário e corrigir as falhas (exs: apresentou todos os documentos ao órgão fiscalizador, ajuizou ações de ressarcimento contra o antigo gestor etc.), neste caso, o ente (Estado ou Município) não poderá ser incluído nos cadastros de inadimplentes da União.

Assim, segundo esta acepção, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções proíbe a aplicação de sanções às administrações atuais por atos de gestão praticados por administrações anteriores. Segundo o Min. Luiz Fux, "não se pode inviabilizar a administração de quem foi eleito democraticamente e não foi responsável diretamente pelas dificuldades financeiras que acarretaram a inscrição combatida".

Logo, deve-se aplicar o princípio da intranscendência subjetiva das sanções, impedindo que a Administração atual seja punida com a restrição na celebração de novos convênios ou recebimento de repasses federais. Nesse sentido: STF. 1ª Turma. AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 23/6/2015 (Info 791).

A própria AGU admite esta tese:

> *Súmula 46-AGU: Será liberada da restrição decorrente da inscrição do município no SIAFI ou CADIN a prefeitura administrada pelo prefeito que sucedeu o administrador faltoso, quando tomadas todas as providências objetivando o ressarcimento ao erário.*

Vale ressaltar, no entanto, que o Min. Marco Aurélio manifestou-se contrariamente à tese afirmando que:

> *A inscrição do nome do Estado-Membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência. Vigora, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da CF/88. A relação jurídica envolve a União e o ente federal, e não a União e certo Governador ou outro agente. O governo se alterna periodicamente nos termos da soberania popular, mas o Estado é permanente. A mudança de comando político não exonera o Estado das obrigações assumidas. STF. 1ª Turma ACO 732/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2016 (Info 825).*

2ª acepção: quando a irregularidade foi praticada por uma entidade do Estado/Município ou pelos outros Poderes que não o Executivo

Além do caso acima explicado, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções pode ser aplicado também nas situações em que uma entidade estadual/municipal (ex.: uma autarquia) descumpriu as regras do convênio e a União inscreve não apenas essa entidade, como também o próprio ente (Estado/Município) nos cadastros restritivos.

Nesse sentido:

> *(...) O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, em cadastros públicos de inadimplentes, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar. Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas a eles as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.). (...) (STF. Plenário ACO 1848 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/11/2014)*

Também viola o princípio da intranscendência quando o Estado-membro é incluído nos cadastros de inadimplentes da União por irregularidades praticadas pelos outros Poderes que não o Executivo

> *O Estado só pode sofrer restrições nos cadastros de devedores da União por atos praticados pelo Poder Executivo. Dessa forma, atos do Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e dos entes da Administração Pública indireta (como as autarquias e as empresas públicas) não podem gerar sanções da União contra o Estado, diante da ausência de ingerência direta do Executivo sobre eles.*
> *STF. Plenário ACO 1.612-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13/2/2015.*
> *STF. Plenário ACO 2099 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/12/2015.*

Inclusive, no dia 05/08/2020, o STF decidiu o tema 743 em sede de Repercussão Geral: "É possível ao Município obter certidão positiva de débitos com efeito de negativa quando a Câmara Municipal do mesmo ente possui débitos com a Fazenda Nacional, tendo em conta o princípio da intranscendência subjetiva das sanções financeiras".

> *Por outro lado, esse não é o pensamento da 1ª Turma do STJ: "a existência de dívidas tributárias da Câmara dos Vereadores compromete a regularidade fiscal do respectivo Município (...) A personalidade jurídica de direito público interno é do Município, e não de um ou outro órgão de sua repartição interna, ainda que sejam eles dotados de CNPJ e de relativa autonomia, do que decorre a inviabilidade de se imputar a existência de débitos tributários para com a União a um ou outro órgão municipal, senão à própria Municipalidade. (AgInt no REsp 1801936/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)*

5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Tratar os iguais de forma igual, os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Deve-se averiguar se o ***fator discriminatório*** está de acordo com ***o objetivo da norma***.

Existem dois critérios básicos como meio de averiguar a constitucionalidade de determinada discriminação (ou distinção):

Exemplo: edital restrito a mulheres para agente de penitenciária feminina.

1º Critério: Identifica-se o elemento de distinção; no exemplo seria a limitação da inscrição às mulheres.

2º Critério: Verificar se o elemento de distinção é OBJETIVO, RAZOÁVEL e PROPORCIONAL ao fim buscado pelo ato discriminatório (no caso o edital). Aqui, examinando o exemplo, o objetivo do edital é o provimento de agente de penitenciária feminina, logo não há nada mais razoável e proporcional que a limitação de inscrições a mulheres. Vale dizer ainda que a limitação foi objetiva, ou seja, a todas as mulheres, sem qualquer distinção de caráter subjetivo.

Nesses casos específicos de provimento de cargos públicos, o STF adota o entendimento segundo o qual a distinção (ou discriminação) ***deve ser proporcional e razoável à natureza das atribuições do cargo, além de estar prevista em lei.***

Requisitos para concurso:

- Compatibilidade com as atribuições do cargo.
- Deve estar previsto na lei da carreira

> ***STJ – 535*** *É admitida a realização de exame psicotécnico em concursos públicos se forem atendidos os seguintes requisitos: previsão em lei, previsão no edital com a devida publicidade dos critérios objetivos fixados e possibilidade de recurso.*

*Teste físico: diferença mulheres x homens. Não viola isonomia.

> *Súmula vinculante 44-STF: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*

6. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A Lei 9.784/99 conceitua moralidade, vejamos:

> *Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *IV - Atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*

Boa-fé, obediência aos padrões éticos, honestidade, lealdade do administrador. O administrador deve cumprir os padrões éticos, as regras, as condutas éticas.

Crítica: conceito vago, muito aberto. Raramente acharemos uma decisão judicial retirando um ato administrativo porque o ato é imoral. Então, é atrelado a outros princípios, retira o ato porque ele é ilegal e imoral, viola princípio da impessoalidade e moralidade etc. O judiciário tem dificuldades de reconhecer a aplicação desse princípio.

Moralidade comum: regras do dia-a-dia.

Moralidade administrativa: não significa somente correção de atitudes, certo e errado, ela é mais rigorosa do que a moralidade comum. A moralidade administrativa exige a correção de atitudes, exige o certo errado, MAS o administrador também tem que ser um bom administrador (correção de atitudes + boa administração).

O administrador deve fazer a melhor escolha, deve fazer da melhor maneira possível. Não há dúvida que a boa administração TAMBÉM É EFICIÊNCIA, mas significa moralidade administrativa também, são princípios correlatos.

A **imoralidade administrativa** surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de **desvio de poder**, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Essa razão justifica o entender de parte da doutrina que diz que a imoralidade acaba se reduzindo a uma das possibilidades de ilegalidade que atinge o ato administrativo, ou seja, a ilegalidade quanto **FINS** (**desvio de poder** – finalidade está ligada à legalidade).

O princípio deve ser observado não somente pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes em matéria de licitação o conluio entre licitantes, isso atinge frontalmente o princípio ora estudado.

Embora não seja a mesma coisa que legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei) a imoralidade administrativa tem repercussão jurídica, podendo ser declarada a invalidade do ato, pela própria Administração ou Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo que diz respeito à **ação popular** (art. 5º, LXXIII da CF) e implicitamente pelos art. 15, V, 37, §4º e 85, V, este último inclusive considerando improbidade administrativa como **crime de responsabilidade**.

CF Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência;

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*
>
> *Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:*
> *V - A probidade na administração;*

Enquanto previsão expressa, esse princípio representa uma novidade da Constituição de 1988, art. 37, caput, caracterizando-se como uma evolução do princípio da legalidade, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, apesar de não ter conteúdo definido, preciso, representa um conceito jurídico indeterminado, vago.

7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

7.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

A definição do princípio da publicidade encontra-se no art. 2º da Lei 9.784/99, vejamos:

> *Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *V - Divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.*

Ressaltam-se os seguintes aspectos do princípio da publicidade:

Dar conhecimento ao titular do direito (permite a transparência, a clarividência). Exemplo: contrato - empresa com estado, entrega de merenda escolar em 30 dias, este contrato administrativo passará a produzir efeitos a partir da publicação. Publicidade significa início de produção de efeitos, é condição de eficácia. Só produz efeitos a partir do momento em que é publicado.

Condição de EFICÁCIA, início de produção de efeitos. (Ex. art. 94, da Lei 14.133/2021).

> ***Art. 94.*** *A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura.*

Exemplo: multa, prazo para defesa a partir de quando se recebe a notificação, só pode exercer o direito de defesa ao tomar ciência de que se foi multado, não se pode ter prazo antes de conhecer. Significa também: Início de contagem de prazo.

Mecanismo de controle. Tomando conhecimento pode-se fiscalizar.

O administrador tem a obrigação, o dever de publicar. Quais são os dispositivos que fundamentam esse dever?

a) CF Art. 37, caput.

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,* ***PUBLICIDADE*** *e eficiência e, também, ao seguinte:*

b) CF Art. 5º, XXXIII – direito à informação.

> *XXXIII -* ***todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral,*** *que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

A Lei 12.527/2011 regulamentou o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CF, bem como a Lei 8.112/90. No âmbito do Poder Executivo federal foi editado o Decreto na 7.724, de 16.05.2012 que regulamenta os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo.

A Lei dispõe no seu art. 24 que a informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada. Estabelece, posteriormente, como se dará a referida classificação e os prazos máximos de restrição de acesso à informação. Foi instituída ainda uma Comissão Mista de Reavaliação de Informações, que decidirá, no âmbito da administração pública federal, sobre o tratamento e a classificação de informações sigilosas.

c) CF Art. 5º, XXXIV – direito de certidão, dever de publicar.

> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

OBS: Se a certidão é pedida para outros fins, como por exemplo, a proteção de interesses coletivos, ainda assim será devida, entretanto, poderá ser cobrada taxa, sob pena de se tornar inviável a defesa do direito (ex.: ação popular).

d) CF Art. 5º, LXXII – habeas data.

> *LXXII - conceder-se-á "habeas-data":*
> *a) **para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante**, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
> *b) **para a retificação de dados**, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;*

É mister, também, aproveitar a oportunidade para pontuar uma distinção crucial entre o mandado de segurança e o habeas data. O primeiro é utilizado para a proteção de um direito líquido e certo, nessa hipótese, o de informação, ou até o de certidão, se for o caso, enquanto o segundo só poderá ser utilizado quando se tratar de informação sobre a sua pessoa, restando concluir que, se a informação for do seu interesse, mas não sobre a sua pessoa, o remédio adequado é o mandado de segurança.

OBS1: no caso de informações do interesse não pessoais, caberá MS.

OBS2: este direito à informação (disciplina na lei 9.507/97, art. 1º) protegido pelo HD, somente poderá ser exercido quando a informação esteja depositada em órgão que **forneça dados a terceiros**, não caberá direito de informação se a informação for usada para uso exclusivo do próprio órgão.

Se o administrador não publica, a consequência é IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Art. 11 da Lei 8429/92.

> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021):*
> *[...]*
> *IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

7.2. SITUAÇÕES EM QUE O ADMINISTRADOR NÃO PRECISA PUBLICAR (EXCEÇÕES À PUBLICIDADE)

Não se publica quando se pode colocar em risco a segurança da sociedade ou do estado. Art. 5º, XXXIII. *Reconhecido por toda doutrina*.

> *Art. 5, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;***

Não há publicidade em nome da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Quem violar irá indenizar o dano moral decorrente da violação. (Art. 5º X CF).

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *X - **São invioláveis** a **INTIMIDADE, a VIDA PRIVADA, a HONRA e a IMAGEM DAS PESSOAS**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

Atos processuais que correm em sigilo na forma da lei. Art. 5º, LX CF. Para via administrativa acontece também, não se aplica somente para judicial.

> *Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais **quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;***

Exemplo: suspeita de erro médico, processo ético disciplinar corre em sigilo, para proteger o profissional e a carreira, é publicado apenas no fim do processo. Lei 8.112 também abre a possibilidade de processo sigiloso.

7.3. PUBLICIDADE X PUBLICAÇÃO

Publicação é somente um exemplo de publicidade, que é muito mais amplo e pode-se dar por diversas formas. No convite tem publicidade, não há publicação no jornal etc., mas tem publicidade, os atos podem ser vistos e conferidos.

7.4. DEVER DE PUBLICAR X PROMOÇÃO PESSOAL

Quando o agente público realiza uma atividade administrativa, ele o faz em nome do Poder público, de forma que os atos e provimentos administrativos não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade da Administração Pública. Logo, as realizações governamentais não são do servidor ou da autoridade, mas sim do órgão ou entidade.

O § 1º do art. 37 da CF/88 proíbe expressamente a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

> *CF Art. 37, § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.*

Em 2021, o STF julgou inconstitucional Lei Orgânica do DF, por violação ao dispositivo mencionado acima. Vejamos a excelente explicação do Professor Márcio Cavalcante:

A Lei Orgânica do Distrito Federal trouxe a seguinte previsão relacionada com o princípio da impessoalidade:

> *Art. 22. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, além de obedecer aos princípios constitucionais aplicados à administração pública, devem observar também o seguinte:*

> *(...)*
> *§ 5º A divulgação feita por autoridade de ato, programa, obra ou serviço públicos de sua iniciativa, incluídos os decorrentes de emendas à lei orçamentária anual, não caracteriza promoção pessoal, quando atenda os critérios previstos em norma interna de cada poder. (Inserido pela Emenda 114/2019)*
> *§ 6º Também não caracteriza promoção pessoal a inclusão em material de divulgação parlamentar do nome do autor que teve a iniciativa do ato, programa, obra ou serviço públicos, incluídos os decorrentes de emendas à lei orçamentária anual. (Inserido pela Emenda 114/2019)*

O STF julgou inconstitucional o § 5º do art. 22 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Na prática, o que esse dispositivo fez foi autorizar que cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) editasse ato interno dizendo que determinados atos de divulgação não caracterizariam promoção pessoal. Essa delegação, contudo, está em desacordo com o § 1º do art. 37 da CF/88.

O constituinte originário, atento aos princípios republicano e democrático, estabeleceu que nenhuma publicidade ou campanha do Poder Público pode ter como objetivo a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, razão pela qual, como posto no § 1º do art. 37, em divulgações ou campanhas não podem constar nomes, símbolos ou imagens com essa finalidade.

Pelo § 1º do art. 37 da Constituição, a divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública tem três objetivos precisos: educar, informar ou orientar a sociedade.

O princípio da supremacia do interesse público permeia a publicidade estatal.

O agente público não pode se valer do cargo que exerce ou dos recursos públicos que gere para a autopromoção política, sob pena de se ter por configurado o desvio de finalidade e contrariados os princípios da impessoalidade e da probidade.

A regra fixada no § 1º do art. 37 da Constituição não admite flexibilização por norma infraconstitucional ou regulamentar. Trata-se de preceito claro a ser reproduzido e observado por todos os entes da Federação.

O § 5º do art. 22 da Lei Orgânica do Distrito Federal abriu um espaço indevido para que cada Poder faça a regulamentação do § 1º do art. 37 da CF/88, tornando deficiente a proteção contra eventuais desvios de finalidade. Não cabe a órgão ou Poder fixar critérios, pressupostos ou requisitos para a incidência de uma norma autoaplicável da Constituição.

Em suma:

> *Está em desconformidade com a Constituição Federal a previsão contida na Lei Orgânica do Distrito Federal que autoriza que cada Poder defina, por norma interna, as hipóteses pelas quais a divulgação de ato, programa, obra ou serviço públicos não constituirá promoção pessoal. Essa delegação conferida viola o § 1º do art. 37 da CF/88, que não admite flexibilização por norma infraconstitucional ou regulamentar. STF. Plenário. ADI 6522/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 14/5/2021 (Info 1017).*

O STF atribuiu interpretação conforme à Constituição ao § 6º do art. 22 da LODF. Vamos entender. O § 6º afirma que não caracteriza promoção pessoal o fato de o Deputado Distrital incluir no material de divulgação de um ato, programa, obra ou serviço público o nome do autor dessa iniciativa.

O STF disse o seguinte:

- A divulgação feita pelo parlamentar de seus atos e iniciativas pode não constituir promoção pessoal indevida por não se confundir com a publicidade estatal prevista no § 1º do art. 37 da Constituição.

- No entanto, para que não seja considerada publicidade pessoal, é necessário que essa divulgação se limite a fazer uma descrição informativa de sua conduta e com limites em sua atuação.

A divulgação relacionada especificamente à prestação de contas pelo parlamentar ao cidadão não constitui situação vedada pela Constituição desde que realizada nos espaços próprios do mandatário ou do partido político e seja assumida com os seus recursos, não se havendo de confundi-la com a publicidade do órgão público ou entidade.

Além disso, a propaganda relacionada especificamente à prestação de contas pelo parlamentar ao cidadão não constitui situação vedada pela Constituição, desde que realizada nos espaços próprios do mandatário ou do partido político e seja assumida com os seus recursos, não devendo ser confundida com a publicidade do órgão público ou entidade.

Em suma:

> *É de se conferir interpretação conforme à Constituição ao § 6º do art. 22 da Lei Orgânica do Distrito Federal para que a divulgação de atos e iniciativas de parlamentares seja tida como legítima apenas quando efetuada nos ambientes de divulgação do mandatário ou do partido político, não se havendo de confundi-la com a publicidade do órgão público ou entidade. STF. Plenário. ADI 6522/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 14/5/2021 (Info 1017).*

8. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

8.1. CONCEITO

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado de acordo com **modo de atuação do agente público**, do qual é esperado o melhor desempenho possível de suas funções, logrando os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública,** com o mesmo objetivo: obter os melhores resultados na prestação do serviço público.

Ganhou roupagem de princípio constitucional expresso a partir da EC 19/98, embora, antes da emenda já estava implícito na CF. A emenda apenas dá roupagem de princípio expresso, já existia inclusive em lei ordinária, art. 6º da Lei 8.987/95 (concessão e permissão de serviço).

> *Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a **prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários,** conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
> *§ 1º **Serviço adequado é** o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, **EFICIÊNCIA**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

Em suma:

- Ausência de desperdícios → economia.
- Produtividade.
- Agilidade.
- *Devo ser eficiente quanto aos meios e aos resultados (meios + resultados).* Deve-se gastar pouco com os meios e ganhar com o resultado. Se gasta muito com os meios e se tem pouco resultado, não é eficiente.

OBS1: o constituinte da EC 19/98 alterou a estabilidade para garantir a eficiência dos servidores. O servidor que não é eficiente perde a estabilidade.

> *Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:*
> *III - mediante procedimento de **avaliação periódica de desempenho**, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*
> *§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.*

Como se faz essa avaliação? A lei prevê que dependerá de cada carreira, lei disciplinará. Somente em algumas carreiras foi disciplinado, mas em sua maioria não há definição.

8.2. EFICIÊNCIA X DESPESAS COM PESSOAL

Como controlar o desperdício, no que diz respeito às despesas com pessoal? **Art. 169 CF foi inserido com a EC 19/98**, para maximizar a **eficiência.**

> *Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **não poderá exceder os limites** estabelecidos em lei complementar.*

LC 101/00 (Ler para AGU)**, art. 19:** limites.

> ***LC 101/00*** *Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:*
> *I - União: 50% (cinquenta por cento);*
> *II - Estados: 60% (sessenta por cento);*
> *III - Municípios: 60% (sessenta por cento).*

Se ultrapassa o limite, deverá ser feita a ***racionalização*** da máquina. "Corte". A ordem é a seguinte (art. 169, §3º CF):

a) Cargo em comissão / função de confiança (pelo menos 20%).

b) Servidores não estáveis (todos). Dentro destes: de acordo com a necessidade/importância.

c) Servidores estáveis.

Só pode passar para a ordem seguinte, cumprida a anterior, exemplo: só passa à classe de servidores não estáveis esgotando os 20% dos cargos em comissão/função de confiança.

> *Art. 169, § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:*
> *I - Redução em pelo menos vinte por cento das despesas com CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA;*
> *II - Exoneração dos servidores NÃO ESTÁVEIS.*
> *§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor ESTÁVEL poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.*

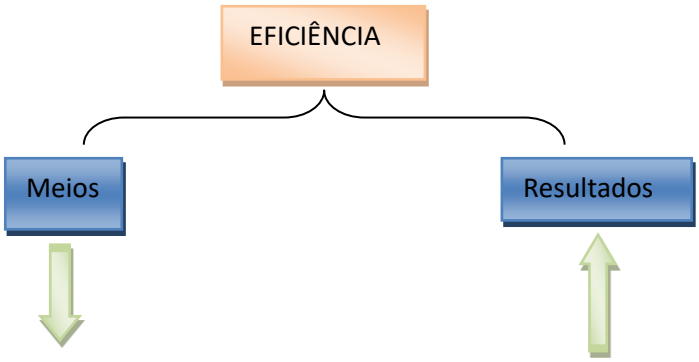
O único que tem direito a indenização é o servidor **estável.** Art. 169, §5º**.**

> *§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a INDENIZAÇÃO correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.*

Quando o servidor é "cortado" para racionalização da máquina, ele é **exonerado.** Demissão é pena, ele não praticou infração nenhuma.

Para evitar ***"pessoalidades"***, "**subjetividades",** como por exemplo, exoneração sob o fundamento de enxugar a máquina, mas sendo na verdade vingança, o constituinte criou um dispositivo (art. 169, §6º):

> *§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.*



8.3. LEGALIDADE X EFICIÊNCIA

A eficiência sempre poderá ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, nunca ludibriando este último, que, quando não atender as necessidades do Estado para o máximo aproveitamento, será modificado, de acordo com o interesse público. Nunca se justificará uma atuação contrária ao direito por mais eficaz que seja. A eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não se sobrepondo a nenhum deles, especialmente o da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio estado de direito.

Por fim, a EC 19 também alterou o art. 37, § 3º, da CF (foi regulado pela Lei 12.527/11), determinando-o como um instrumento para que os indivíduos possam exercer efetivamente sua cidadania e exigir eficiência, permitindo que a lei discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta, regule as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, garanta o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo e regulamente a representação contra o exercício negligente ou abusivo dos cargos, empregos e funções públicas. Esse, com certeza, é um excelente instrumento para a efetivação do princípio da eficiência.

8.4. EFICIÊNCIA X EFICÁCIA X EFETIVIDADE

Eficiência: modo, maneira pela qual se desempenha a atividade administrativa. Ou seja, modo de agir dos agentes.

Eficácia: diz respeito aos meios, instrumentos utilizados na atividade administrativa.

Efetividade: diz respeito aos resultados.

Nem sempre os três serão concomitantes.

8.5. EFICIÊNCIA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Para os processos administrativos, a novidade veio com a Emenda Constitucional 45, chamada Reforma do Poder Judiciário, que introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, cujo teor confirma que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Essa regra, que atinge a via administrativa, busca a celeridade dos processos e, com isso, a eficiência do provimento final. Visando a sua implementação devem ser criadas novas regras legais ou alteradas as já existentes.

Doutrina: apesar de tudo isso ainda está muito longe do que preconizava o constituinte de 98. Uma utopia, que ainda não virou realidade.

8.6. LEI 14.129/2021 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA[1]

8.6.1. Considerações iniciais

A Lei nº 14.129/2021 dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

Na aplicação da Lei nº 14.129/2021 deverá ser observado o disposto nas seguintes leis:

· Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011);

· Lei de Proteção aos Usuários de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017);

· Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018);

· Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66); e

· Lei do Sigilo Fiscal (LC 105/2001).

8.6.2. Aplicação

A Lei nº 14.129/2021 aplica-se:

I - aos órgãos da administração pública direta federal, abrangendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União, e o Ministério Público da União;

II - às entidades da administração pública indireta federal, incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, que prestem serviço público, autarquias e fundações públicas; e

III - às administrações diretas e indiretas dos demais entes federados, desde que adotem os comandos desta Lei por meio de atos normativos próprios. Assim, a Lei nº 14.129/2021 somente se aplica aos Estados, Municípios e DF se o ente tiver editado seu ato normativo próprio.

[1] Ponto feito com base nas explicações do Dizer o Direito. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/novidades_legislativas/detalhes/9be40cee5b0eee1462c82c6964087ff9?categoria=2&ano=2021

A Lei nº 14.129/2021 não se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, que não prestem serviço público.

8.6.3. Princípios e diretrizes do Governo Digital

São princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública:

I - a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis;

II - a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos, observadas as restrições legalmente previstas e sem prejuízo, quando indispensável, da prestação de caráter presencial;

III - a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial;

IV - a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços;

V - o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública;

VI - o dever do gestor público de prestar contas diretamente à população sobre a gestão dos recursos públicos;

VII - o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão;

VIII - o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública;

IX - a atuação integrada entre os órgãos e as entidades envolvidos na prestação e no controle dos serviços públicos, com o compartilhamento de dados pessoais em ambiente seguro quando for indispensável para a prestação do serviço, nos termos da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), e, quando couber, com a transferência de sigilo, nos termos do art. 198 do CTN e da LC 105/2001;

X - a simplificação dos procedimentos de solicitação, oferta e acompanhamento dos serviços públicos, com foco na universalização do acesso e no autosserviço;

XI - a eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;

XII - a imposição imediata e de uma única vez ao interessado das exigências necessárias à prestação dos serviços públicos, justificada exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente;

XIII - a vedação de exigência de prova de fato já comprovado pela apresentação de documento ou de informação válida;

XIV - a interoperabilidade de sistemas e a promoção de dados abertos;

XV - a presunção de boa-fé do usuário dos serviços públicos;

XVI - a permanência da possibilidade de atendimento presencial, de acordo com as características, a relevância e o público-alvo do serviço;

XVII - a proteção de dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais);

XVIII - o cumprimento de compromissos e de padrões de qualidade divulgados na Carta de Serviços ao Usuário;

XIX - a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência);

XX - o estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população;

XXI - o apoio técnico aos entes federados para implantação e adoção de estratégias que visem à transformação digital da administração pública;

XXII - o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas nas interações e nas comunicações entre órgãos públicos e entre estes e os cidadãos;

XXIII - a implantação do governo como plataforma e a promoção do uso de dados, preferencialmente anonimizados, por pessoas físicas e jurídicas de diferentes setores da sociedade, com vistas, especialmente, à formulação de políticas públicas, de pesquisas científicas, de geração de negócios e de controle social;

XXIV - o tratamento adequado a idosos, nos do Estatuto do Idoso;

XXV - a adoção preferencial, no uso da internet e de suas aplicações, de tecnologias, de padrões e de formatos abertos e livres, conforme disposto no inciso V do caput do art. 24 e no art. 25 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet); e

XXVI - a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público.

8.6.4. Conceitos utilizados pela Lei

· Autosserviço: acesso pelo cidadão a serviço público prestado por meio digital, sem necessidade de mediação humana;

· Base nacional de serviços públicos: base de dados que contém as informações necessárias sobre a oferta de serviços públicos de todos os prestadores desses serviços;

· Dados abertos: dados acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou tratamento por qualquer pessoa, física ou jurídica;

· Dado acessível ao público: qualquer dado gerado ou acumulado pelos entes públicos que não esteja sob sigilo ou sob restrição de acesso nos termos da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação);

· Formato aberto: formato de arquivo não proprietário, cuja especificação esteja documentada publicamente e seja de livre conhecimento e implementação, livre de patentes ou de qualquer outra restrição legal quanto à sua utilização;

· Governo como plataforma: infraestrutura tecnológica que facilite o uso de dados de acesso público e promova a interação entre diversos agentes, de forma segura, eficiente e responsável, para estímulo à inovação, à exploração de atividade econômica e à prestação de serviços à população;

· Laboratório de inovação: espaço aberto à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento de ideias, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos e a participação do cidadão para o exercício do controle sobre a administração pública;

· Plataformas de governo digital: ferramentas digitais e serviços comuns aos órgãos, normalmente ofertados de forma centralizada e compartilhada, necessárias para a oferta digital de serviços e de políticas públicas;

· Registros de referência: informação íntegra e precisa oriunda de uma ou mais fontes de dados, centralizadas ou descentralizadas, sobre elementos fundamentais para a prestação de serviços e para a gestão de políticas públicas; e

· Transparência ativa: disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações.

8.6.5. Digitalização da Administração Pública

a) Soluções digitais

A administração pública utilizará soluções digitais para a gestão de suas políticas finalísticas e administrativas e para o trâmite de processos administrativos eletrônicos.

b) Atestados e outros documentos em meio digital

Entes públicos que emitem atestados, certidões, diplomas ou outros documentos comprobatórios com validade legal poderão fazê-lo em meio digital, assinados eletronicamente.

c) Atos processuais eletrônicos

Nos processos administrativos eletrônicos, os atos processuais deverão ser realizados em meio eletrônico, exceto se o usuário solicitar de forma diversa, nas situações em que esse procedimento for inviável, nos casos de indisponibilidade do meio eletrônico ou diante de risco de dano relevante à celeridade do processo.

Não sendo o ato realizado em meio eletrônico, ele deverá ser praticado conforme as regras aplicáveis aos processos em papel, desde que posteriormente o documento-base correspondente seja digitalizado.

d) Assinatura eletrônica

Os documentos e os atos processuais serão válidos em meio digital mediante o uso de assinatura eletrônica, desde que respeitados parâmetros de autenticidade, de integridade e de segurança adequados para os níveis de risco em relação à criticidade da decisão, da informação ou do serviço específico, nos termos da lei.

e) Quando os atos processuais se consideram praticados

Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou da entidade, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.

Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio eletrônico, serão considerados tempestivos os efetivados, salvo disposição em contrário, até as 23h59 (vinte e três horas e cinquenta e nove minutos) do último dia do prazo, no horário de Brasília.

f) Acesso à integra do processo

O acesso à íntegra do processo para vista pessoal do interessado poderá ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente em meio eletrônico.

g) Documentos nato-digitais são considerados originais

Os documentos nato-digitais assinados eletronicamente são considerados originais para todos os efeitos legais.

8.6.6. Governo Digital

a) Amplo acesso

A prestação digital dos serviços públicos deverá ocorrer por meio de tecnologias de amplo acesso pela população, inclusive pela de baixa renda ou residente em áreas rurais e isoladas, sem prejuízo do direito do cidadão a atendimento presencial.

O acesso à prestação digital dos serviços públicos será realizado, preferencialmente, por meio do autosserviço.

b) Componentes do Governo Digital

São componentes essenciais para a prestação digital dos serviços públicos na administração pública:

I - a Base Nacional de Serviços Públicos (reunirá informações necessárias sobre a oferta de serviços públicos em cada ente federado);

II - as Cartas de Serviços ao Usuário (Lei nº 13.460/2017);

III - as Plataformas de Governo Digital (instrumentos necessários para a oferta e a prestação digital dos serviços públicos de cada ente federativo).

8.6.7. Número suficiente para identificação

O número do CPF ou o número do CNPJ é suficiente para a identificação do cidadão ou da pessoa jurídica, conforme o caso, nos bancos de dados de serviços públicos, garantida a gratuidade da inscrição e das alterações nesses cadastros.

Número do CPF passa a constar nos demais documentos

O número de inscrição no CPF deverá constar dos cadastros e dos documentos de órgãos públicos, do registro civil de pessoas naturais, dos documentos de identificação de conselhos profissionais e, especialmente, dos seguintes cadastros e documentos:

I - certidão de nascimento;

II - certidão de casamento;

III - certidão de óbito;

IV - Documento Nacional de Identificação (DNI);

V - Número de Identificação do Trabalhador (NIT);

VI - registro no PIS ou no Pasep;

VII - Cartão Nacional de Saúde;

VIII - título de eleitor;

IX - Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS);

X - Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou Permissão para Dirigir;

XI - certificado militar;

XII - carteira profissional expedida pelos conselhos de fiscalização de profissão regulamentada;

XIII - passaporte;

XIV - carteiras de identidade; e

XV - outros certificados de registro e números de inscrição existentes em bases de dados públicas federais, estaduais, distritais e municipais.

8.6.8. Governo como plataforma

a) Abertura dos Dados

Os dados disponibilizados pelos prestadores de serviços públicos, bem como qualquer informação de transparência ativa, são de livre utilização pela sociedade, observados os princípios dispostos no art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

Sem prejuízo da legislação em vigor, os órgãos e as entidades deverão divulgar na internet:

I - o orçamento anual de despesas e receitas públicas do Poder ou órgão independente;

II - a execução das despesas e receitas públicas;

III - os repasses de recursos federais aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal;

IV - os convênios e as operações de descentralização de recursos orçamentários em favor de pessoas naturais e de organizações não governamentais de qualquer natureza;

V - as licitações e as contratações realizadas pelo Poder ou órgão independente;

VI - as notas fiscais eletrônicas relativas às compras públicas;

VII - as informações sobre os servidores e os empregados públicos federais, bem como sobre os militares da União, incluídos nome e detalhamento dos vínculos profissionais e de remuneração;

VIII - as viagens a serviço custeadas pelo Poder ou órgão independente;

IX - as sanções administrativas aplicadas a pessoas, a empresas, a organizações não governamentais e a servidores públicos;

X - os currículos dos ocupantes de cargos de chefia e direção;

XI - o inventário de bases de dados produzidos ou geridos no âmbito do órgão ou instituição, bem como catálogo de dados abertos disponíveis;

XII - as concessões de recursos financeiros ou as renúncias de receitas para pessoas físicas ou jurídicas, com vistas ao desenvolvimento político, econômico, social e cultural, incluída a divulgação dos valores recebidos, da contrapartida e dos objetivos a serem alcançados por meio da utilização desses recursos e, no caso das renúncias individualizadas, dos dados dos beneficiários.

Aplica-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal).

b) Interoperabilidade de Dados entre Órgãos Públicos

Os órgãos e as entidades responsáveis pela prestação digital de serviços públicos detentores ou gestores de bases de dados, inclusive os controladores de dados pessoais, deverão gerir suas ferramentas digitais, considerando:

I - a interoperabilidade de informações e de dados sob gestão dos órgãos e das entidades da Administração Pública, respeitados as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e das comunicações, as limitações tecnológicas e a relação custo-benefício da interoperabilidade;

II - a otimização dos custos de acesso a dados e o reaproveitamento, sempre que possível, de recursos de infraestrutura de acesso a dados por múltiplos órgãos e entidades;

III - a proteção de dados pessoais, observada a legislação vigente, especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

8.6.9. Mecanismo de interoperabilidade

Será instituído mecanismo de interoperabilidade com a finalidade de:

I - aprimorar a gestão de políticas públicas;

II - aumentar a confiabilidade dos cadastros de cidadãos existentes na administração pública, por meio de mecanismos de manutenção da integridade e da segurança da informação no tratamento das bases de dados, tornando-as devidamente qualificadas e consistentes;

III - viabilizar a criação de meios unificados de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos;

IV - facilitar a interoperabilidade de dados entre os órgãos de governo;

V - realizar o tratamento de informações das bases de dados a partir do número de inscrição do cidadão no CPF, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 13.444/2017.

8.6.10. Publicidade

Os órgãos e entidades serão responsáveis pela publicidade de seus registros de referência e pelos mecanismos de interoperabilidade.

As pessoas físicas e jurídicas poderão verificar a exatidão, a correção e a completude de qualquer um dos seus dados contidos nos registros de referência, bem como monitorar o acesso a esses dados.

Nova base de dados somente poderá ser criada quando forem esgotadas as possibilidades de utilização dos registros de referência existentes.

8.6.11. Domicílio eletrônico

Comunicações por meio eletrônico

Os órgãos e as entidades da Administração Pública, mediante opção do usuário, poderão realizar todas as comunicações, as notificações e as intimações por meio eletrônico.

Essa opção do administrado não gera, para si, um direito subjetivo podendo essa forma de comunicação não ser implementada caso os meios não estejam disponíveis.

O administrado poderá, a qualquer momento e independentemente de fundamentação, optar pelo fim das comunicações, das notificações e das intimações por meio eletrônico.

O ente público poderá realizar as comunicações, as notificações e as intimações por meio de ferramenta mantida por outro ente público.

Requisitos das ferramentas de comunicação por meio eletrônico

As ferramentas usadas para os atos de comunicação, notificação e intimação eletrônicos:

I - disporão de meios que permitam comprovar a autoria das comunicações, das notificações e das intimações;

II - terão meios de comprovação de emissão e de recebimento, ainda que não de leitura, das comunicações, das notificações e das intimações;

III - poderão ser utilizadas mesmo que legislação especial preveja apenas as comunicações, as notificações e as intimações pessoais ou por via postal;

IV - serão passíveis de auditoria;

V - conservarão os dados de envio e de recebimento por, pelo menos, 5 (cinco) anos.

8.6.12. Laboratórios de inovação

Os entes públicos poderão instituir laboratórios de inovação, abertos à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública.

Os laboratórios de inovação terão como diretrizes:

I - colaboração interinstitucional e com a sociedade;

II - promoção e experimentação de tecnologias abertas e livres;

III - uso de práticas de desenvolvimento e prototipação de softwares e de métodos ágeis para formulação e implementação de políticas públicas;

IV - foco na sociedade e no cidadão;

V - fomento à participação social e à transparência pública;

VI - incentivo à inovação;

VII - apoio ao empreendedorismo inovador e fomento a ecossistema de inovação tecnológica direcionado ao setor público;

VIII - apoio a políticas públicas orientadas por dados e com base em evidências, a fim de subsidiar a tomada de decisão e de melhorar a gestão pública;

IX - estímulo à participação de servidores, de estagiários e de colaboradores em suas atividades;

X - difusão de conhecimento no âmbito da administração pública.

8.6.13. Governança, gestão de riscos, controle e auditoria

Caberá à autoridade competente dos órgãos e das entidades da Administração Pública, observados as normas e os procedimentos específicos aplicáveis, implementar e manter mecanismos, instâncias e práticas de governança, em consonância com os princípios e as diretrizes estabelecidos nesta Lei.

Os mecanismos, as instâncias e as práticas de governança incluirão, no mínimo:

I - formas de acompanhamento de resultados;

II - soluções para a melhoria do desempenho das organizações;

III - instrumentos de promoção do processo decisório fundamentado em evidências.

Os órgãos e as entidades da Administração Pública deverão estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e de controle interno com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos da prestação digital de serviços públicos que possam impactar a consecução dos objetivos da organização no cumprimento de sua missão institucional e na proteção dos usuários, observados os seguintes princípios:

I - integração da gestão de riscos ao processo de planejamento estratégico e aos seus desdobramentos, às atividades, aos processos de trabalho e aos projetos em todos os níveis da organização, relevantes para a execução da estratégia e o alcance dos objetivos institucionais;

II - estabelecimento de controles internos proporcionais aos riscos, de modo a considerar suas causas, fontes, consequências e impactos, observada a relação custo-benefício;

III - utilização dos resultados da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua do desempenho e dos processos de governança, de gestão de riscos e de controle;

IV - proteção às liberdades civis e aos direitos fundamentais.

8.6.14. Vigência

A Lei nº 14.129/2021 entra em vigor após decorridos:

I - 90 (noventa) dias de sua publicação oficial, para a União;

II - 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial, para os Estados e o Distrito Federal;

III - 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial, para os Municípios.

A Lei nº 14.129/2021 foi publicada em 30/3/2021.

9. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Esse princípio decorre dos princípios da indisponibilidade e da legalidade. Surgiu com base na ideia de descentralização administrativa, apesar de a doutrina também admitir a sua aplicação para a própria Administração Direta.

Para a Administração Direta criar as pessoas jurídicas da Administração Indireta precisa de lei. Esta lei vai definir a FINALIDADE ESPECÍFICA da pessoa jurídica da Administração Indireta. O administrador não pode fugir desta finalidade.

Pode o administrador modificar esta finalidade? Não, visto que tal finalidade é definida por lei, para modificá-la precisaremos de outra lei → ***paralelismo de formas.***

Há doutrina que entende também poder ser aplicado quanto aos **órgãos públicos**. (MP/MG – 'O princípio da especialidade vincula as PJ da administração indireta e os **órgãos** da administração à lei que os cria')

Esse princípio, pensado inicialmente para as autarquias, também deve ser aplicado às demais pessoas jurídicas que dependem, igualmente, de lei para sua criação (art. 37, XIX e XX, da CF). Essa mesma ideia também pode ser aplicada para as estruturas internas da Administração, como é o caso dos órgãos públicos que, da mesma forma, estão ligados à finalidade do ato de sua criação.

A fiscalização de obediência a essa finalidade, e, consequentemente de obediência à legalidade, faz-se pelos instrumentos de controle da Administração, como é o caso da supervisão ministerial que é realizada pelo Ministério a que a pessoa jurídica estiver ligada.

O melhor exemplo é o art. 237 da Lei 6.404/1976.

> *Lei 6.404/1976, art. 237: "A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição".*

10. PRINCÍPIO DO CONTROLE OU TUTELA

Os entes federativos, através de órgãos da administração direta exercem controle sobre as pessoas jurídicas da administração indireta. Não há hierarquia, há controle. Não há autotutela, há tutela. Não há subordinação, há vinculação.

> *Dec. Lei 200/67, art. 4°: A Administração Federal compreende:*
> *Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.*
>
> *Dec. Lei 200/67, art. 6º "As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais. (...)*
> *V – Controle.*

Exemplos: Ministério da Educação exerce tutela sobre as autarquias federais universidades federais; Ministério do Meio Ambiente exerce tutela sobre o IBAMA; Ministério das Minas e Energia exerce tutela sobre a Petrobrás; Ministério da Fazenda exerce tutela sobre o Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Casa da Moeda; Ministério das Telecomunicações exerce tutela sobre os Correios e ANATEL.

11. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

Administração poderá rever seus atos quando:

a) ILEGAIS: anulação.

b) INCONVENIENTES: revogação.

Di Pietro: o princípio da autotutela não impõe somente a revisão de atos, mas impõe também o ***dever de zelo*** para com os bens, órgãos na função pública.

Esse princípio já está sedimentado em duas Súmulas do STF, que são compatíveis, continuam válidas, sendo que a segunda complementa a primeira.

> *STF 346 A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos.*
>
> *STF 473 diz que: A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Vale ressaltar que a prerrogativa de a Administração Pública controlar seus próprios atos não prescinde (não dispensa) a instauração de processo administrativo no qual sejam assegurados

o contraditório e a ampla defesa. Assim, a Administração deve dar oportunidade ao interessado para que ele se manifeste sobre a ilegalidade que foi, a princípio, detectada:

> *A Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório. STJ. 1ª Turma. AgInt no AgRg no AREsp 760.681/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/06/2019.*
>
> *É necessária a prévia instauração de procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, sempre que a Administração, exercendo seu poder de autotutela, anula atos administrativos que repercutem na esfera de interesse do administrado. STF. 1ª Turma. RE 946481 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/11/2016.*
>
> *Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. STF. Plenário. RE 594296, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/09/2011 (repercussão geral).*

O prazo para que a Administração reveja os seus próprios atos, quando ilegais e se deles decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, é decadencial e de cinco anos (salvo comprovada má-fé), contados da data em que foram praticados, conforme regra do art. 54 da Lei 9.784/99 (conta-se a partir da vigência da lei). Todavia, nada impede que essa ilegalidade seja corrigida também pelo Poder Judiciário.

> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

O STF (RE 817.338) entende que se o ato praticado pela Administração violar diretamente a Constituição, mesmo passado os cinco anos, será possível a anulação.

Qual o prazo de que dispõe a Administração Pública federal para anular um ato administrativo ilegal?[2]	
Regra	5 anos, contados da data em que o ato foi praticado.
Exceção 1	Em caso de má-fé. Se ficar comprovada a má-fé, não haverá prazo, ou seja, a Administração Pública poderá anular o ato administrativo mesmo que já tenha se passados mais de 5 anos.
Exceção 2	Em caso de afronta direta à Constituição Federal. O prazo decadencial de 5 anos do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal.

[2] Quadro elaborado pelo Professor Márcio Cavalcante.

	Trata-se de exceção construída pela jurisprudência do STF. Não há previsão na lei desta exceção 2. STF. Plenário. MS 26860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/4/2014 (Info 741).

O STF entendeu que o prazo de 5 anos, previsto na Lei nº 9.784/99 consolidou-se como marco temporal geral nas relações entre o Poder Público e particulares. Como exemplos, podemos citar o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 e o art. 173 do CTN. A maioria dos Estados-membros aplica o prazo quinquenal para anulação de atos administrativos, seja por previsão em lei própria ou por aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Logo, "não há fundamento constitucional que justifique a situação excepcional do Estado de São Paulo, justamente o mais rico e certamente um dos mais eficientes da Federação, impondo-se o tratamento igualitário nas relações Estado-cidadão". Somente são admitidas exceções ao princípio da isonomia quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio específico entre as partes.

E se o Estado ou o Município não estipular um prazo em sua legislação? Se não houver lei estadual ou municipal fixando um prazo para o exercício da autotutela, será possível aplicar, por analogia integrativa, o prazo de 5 anos do art. 54 da Lei nº 9.784/99? SIM. É isso que preconiza a súmula 633 do STJ:

> *Súmula 633-STJ: A Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.*

Qual é o fundamento para essa aplicação? Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Se não houvesse a aplicação do prazo da Lei nº 9.784/99, a Administração Pública estadual ou municipal que não editasse a sua lei ficaria, em tese, completamente livre para exercer a autotutela a qualquer tempo. Isso, contudo, seria uma afronta à segurança jurídica. Confira:

> *Com vistas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal nº 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus territórios. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 345831 PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 09/06/2016.*

No que tange à revogação, a Administração estará sujeita a alguns limites materiais, já que não há previsão quanto a limite temporal (prazo) como também não há uma enumeração legal dessas hipóteses. Considerando que o rol não é taxativo, apontam-se como as mais indicadas pela doutrina as seguintes situações em que não se admite a revogação: de atos vinculados, visto que eles não têm conveniência; de atos que já exauriram os seus efeitos, considerando que a revogação não retroage; de atos que já estão na órbita de competência da autoridade, como, por exemplo, se

o interessado recorreu à autoridade superior e a inferior deseja revogar o ato objeto de análise; de meros atos administrativos, porque os seus efeitos são previstos pela lei; de atos que integrem um procedimento, porque a prática do novo ato gera a preclusão do anterior; e, ainda, de atos que geram direitos adquiridos.

Para alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autotutela também é utilizada para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Assim, uma vez atuando por meio de medidas do Poder de Polícia, ela deve impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.

Por fim, o art. 21 da LINDB prevê que ao anular um ato o controlador deverá considerar as consequências. Observe:

> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
> *Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

12. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA

Está previsto no art. 12 da Lei 9.784/99, segundo Di Pietro.

> *Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

A Administração pode delegar sua competência a órgão hierárquico inferior ou a outro órgão ou entidade, mesmo sem relação hierárquica. Assim, a Lei previu a possibilidade de delegação dentro da relação hierárquica (poder hierárquico) e fora da relação hierárquica (não é poder hierárquico).

Avocar é chamar o exercício de uma competência fixada por lei para outro, nos termos do art. 15 da Lei 9.784/99. Exige relação hierárquica.

> *Lei 9.784/99, art. 15: Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.*

13. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

13.1. CONCEITO

O serviço público TEM de ser prestado de forma ininterrupta.

Para Celso Antônio Bandeira Mello: "*serviço público é obrigatório para o estado, é dever do estado, dessa obrigatoriedade vem justamente o princípio da continuidade, se ele tem esse dever, consequentemente ele deve fazê-lo de forma contínua. O princípio da continuidade decorre da obrigatoriedade da prestação*."

A Lei 9.887/99 afirma que serviço público adequado é aquele prestado de forma contínua.

13.2. CORTE DE SERVIÇO PÚBLICO

É possível cortar serviços essenciais?

1ªC: Posição MAJORITÁRIA: utiliza como fundamento o art. 6º, § 3º da Lei 8987/95 (concessão e permissão).

> *Art. 6º, § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua **interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso**, quando:*
> *I - Motivada por razões de **ordem técnica** ou de **segurança das instalações**; e,*
> *II - Por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.*

"Não há descontinuidade do serviço público à sua interrupção em 3 situações:

a) Em caso de emergência (Independe de prévio aviso).

b) Quando se tratar de desobediência às normas técnicas que comprometam a segurança do serviço (Depende de prévio aviso)

c) Quando o usuário estiver inadimplente (Depende de prévio aviso).

2ªC: Corrente minoritária: corte não é possível em virtude do CDC (art. 22 e 42).

> *Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, CONTÍNUOS.*
> *Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*
>
> *Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*

> *Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*

A corrente majoritária, afirma que se tiver que escolher, que seja o adimplente. Visto que se a prestadora prestar serviço ao usuário inadimplente ela não vai sobreviver, e se ela não sobreviver vai interromper o serviço e violará o princípio da continuidade. Ou seja, o corte ao INADIMPLENTE é manter o princípio da continuidade ao ADIMPLENTE. Em nome da supremacia do interesse público, em nome da continuidade. Então, É POSSÍVEL o corte. Um paga, o outro não paga, então são desiguais e sendo assim, merecem tratamento desigual. Consequentemente, a prestadora não poderá dar a mesma situação ao adimplente (o serviço) e ao inadimplente (o corte), se não for assim, violar-se-á o PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Usuário é deficiente, aparelhos o mantém vivo, se ele é inadimplente, poderá ainda ser interrompido o serviço? BEM MAIOR: VIDA. NÃO poderá cortar. EXCEÇÃO.

Município não paga energia, é possível cortar o serviço? SIM

Jurisprudência: ressalvas – logradouro público não pode cortar, falta de luz nas ruas, em nome da segurança deve-se deixar. Hospitais públicos também (proteção da vida).

Regra: é possível o corte.

Vejamos os principais entendimentos acerca do corte de serviço público proferido pelo STJ:

- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente o usuário, desde que precedido de notificação.
- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que precedido de notificação.
- É ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica quando puder afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário.
- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente pessoa jurídica de direito público, desde que precedido de notificação e a interrupção não atinja as unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente unidade de saúde, uma vez que prevalecem os interesses de proteção à vida e à saúde.
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos, uma vez que a

interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo.

- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior, em razão da natureza pessoal da dívida
- É ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica em razão de débito irrisório, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo cabível a indenização ao consumidor por danos morais
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária
- O corte no fornecimento de energia elétrica somente pode recair sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outra unidade de consumo do usuário inadimplente
- É legítimo o corte no fornecimento de energia elétrica na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação

13.3. DIREITO DE GREVE AO SERVIDOR PÚBLICO

Sobre o direito de greve do servidor público, em razão da excelente didática, iremos utilizar as informações contidas no Informativo 845 (fonte site do Dizer o Direito).

O direto de greve do servidor público encontra-se previsto no art. 37, VII, da CF/88:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;*

Este inciso VII afirma que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Esta lei, até o presente momento, não foi editada. Mesmo sem haver lei, os servidores públicos podem fazer greve?

SIM. O STF decidiu que, mesmo sem ter sido ainda editada a lei de que trata o art. 37, VII, da CF/88, os servidores públicos podem fazer greve, devendo ser aplicadas as leis que regulamentam a greve para os trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.701/88 e Lei nº 7.783/89).

Assim, duas conclusões podem ser expostas:

- Mesmo não havendo ainda lei tratando sobre o tema, os servidores podem fazer greve e isso não é considerado um ato ilícito;
- Enquanto não há norma regulamentando este direito, aplicam-se aos servidores públicos as leis que regem o direito de greve dos trabalhadores celetistas.

São requisitos para a deflagração de uma greve no serviço público:

a) tentativa de negociação prévia, direta e pacífica;

b) frustração ou impossibilidade de negociação ou de se estabelecer uma agenda comum;

c) deflagração após decisão assemblear;

d) comunicação aos interessados, no caso, ao ente da Administração Pública a que a categoria se encontre vinculada e à população, com antecedência mínima de 72 horas (uma vez que todo serviço público é atividade essencial);

e) adesão ao movimento por meios pacíficos; e

f) a garantia de que continuarão sendo prestados os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade.

Caso os servidores públicos realizem greve, a Administração Pública deverá descontar da remuneração os dias em que eles ficaram sem trabalhar?

Regra: SIM. Em regra, a Administração Pública deve fazer o desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Exceção: não poderá ser feito o desconto se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Segundo o STF, embora a grave seja possível, porque é um direito constitucional, ela tem consequências. O desconto dos dias de paralisação é o ônus inerente à greve, assim como a paralisação parcial dos serviços públicos imposta à sociedade é consequência natural do movimento. Vale ressaltar que esse desconto dos dias parados não tem finalidade disciplinar punitiva. Trata-se de um “afastamento” não remunerado do servidor, na medida em que, embora autorizado pela Constituição Federal, esta não lhe garantiu o pagamento integral dos vencimentos. Assim, em razão da ausência de prestação específica do serviço por parte do grevista, os descontos devem ser realizados.

Em suma:

Importante!!!

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

STF. Plenário. RE 693456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/10/2016 (repercussão geral) (Info 845).

Segundo Matheus Carvalho, pode-se considerar que o direito de greve do servidor público configura uma exceção ao princípio da continuidade, a despeito de ser exercido, respeitando os limites definidos em lei, de forma a evitar-se a paralisação total da atividade pública.

13.4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Regra da *exceptio non adimpleti contractus*, também denominada exceção do contrato não cumprido, em razão da qual não se admite que um contratante inadimplente exija o cumprimento da outra parte, ou seja, uma parte só poderá exigir o adimplemento da outra após a satisfação de sua prestação contratual. Essa regra é muito comum nos contratos regidos pelo direito privado, entretanto, nos contratos administrativos, a sua aplicação não é entendimento pacífico na doutrina.

Para a doutrina tradicional, não há aplicação da cláusula da *exceptio* nos contratos administrativos, tendo em vista a incidência da denominada cláusula exorbitante. Todavia, para a doutrina mais moderna, em que pese a incidência dessa cláusula, em razão do princípio da continuidade, não há dúvida quanto à sua aplicação diferenciada dos contratos privados, não tipificando, assim, uma cláusula exorbitante.

Para respaldar esse entendimento, pode-se utilizar a disposição do art. 78, inciso XIV e XV, da Lei na 8.666/93 (atuais art. 137, II e IV da Lei 14.133/2021), que autoriza, ressalvadas as situações excepcionais elencadas como calamidade pública, grave perturbação da ordem ou guerra (na Lei 14.133/2021 não há mais a ressalva), o contratado a suspender a prestação de serviços e buscar a rescisão judicial do contrato, quando o atraso dos pagamentos devidos pela Administração for superior a 90 dias (superior a dois meses na Lei 14.133/2021). Desse modo, fica fácil concluir que há aplicação diferenciada da cláusula da *exceptio*, a partir de um determinado prazo, conforme previsão legal.

LEI 8.666/93	LEI 14.133/2020
Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato	Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação	II – suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses
XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação	IV – atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos

Para proteger a continuidade dos serviços públicos, encontra-se, ainda, o instituto da ocupação provisória dos bens da contratada, prevista como cláusula exorbitante dos contratos administrativos, no art. 58, inciso V, da Lei na 8.666/93 (art. 104, V da Lei 14.133/2021), garantindo a prestação da atividade, enquanto tramita o processo administrativo para a extinção do contrato. Advindo a decisão pela rescisão do mesmo, o Poder Público poderá realizar a reversão dos bens essenciais ao serviço, com a devida indenização, se for o caso, observadas as regras contratuais (art. 39 da Lei na 8.987/95).

Por fim, podem-se também apontar, como instrumentos para a manutenção da continuidade do serviço público, os institutos da encampação e da caducidade, que autorizam a extinção unilateral do contrato por parte da Administração, sendo na primeira hipótese, por motivo de interesse público e, na segunda, por descumprimento de cláusula contratual por parte da contratada, admitindo-se, nas duas hipóteses, o fundamento da continuidade do serviço (arts. 37 e 38 da Lei na 8.987/95).

14. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

14.1. NOÇÕES GERAIS

Encontra previsão no art. 2º, VI da Lei 9.784/99.

> *Art. 2º, VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*

Tal princípio proíbe a atuação do administrador de forma despropositada ou tresloucada, quando, com a desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom-senso. Trata-se do princípio da proibição de excessos.

A doutrina brasileira reconhece que o princípio da proporcionalidade está embutido no princípio da razoabilidade. Não são sinônimos.

Proporcionalidade é adequação entre meios e fins – aspecto da razoabilidade, isto é, toda conduta razoável deve ser proporcional. A razoabilidade é algo maior. Traduz um comportamento dentro de um padrão de normalidade. A Administração deve cumprir a lei e todos os outros princípios do Direito Administrativo. Não é compatível atender a lei de modo desarrazoado ou desproporcional.

Razoabilidade: O administrador deve agir de forma lógica/congruente/coerente, bom senso, sensatez.

14.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO "DESDOBRAMENTO" DA RAZOABILIDADE

a) Equilíbrio;

b) Benefícios x prejuízos equilibrados. Sempre na tentativa de mais benefícios do que prejuízos;

c) Ponderação.

Administrador deve observar o equilíbrio entre os atos e medidas inerentes a ele.

Exemplo: dissolução de passeata que causa tumulto, na dissolução morreram 30 pessoas, essa medida é proporcional, existe equilíbrio? NÃO, desequilíbrio entre o ato praticado e a medida inerente a ele. Se a infração é leve, a sanção deve ser leve, se é passeata tumultuosa não precisa matar. Todo ato irá provocar uma medida da administração, porém essa medida deve ser proporcional ao ato praticado.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão **IMPLÍCITOS na CF** e **EXPRESSOS** na **LEI ORDINÁRIA** (lei 9784/99 – processo administrativo - art. 2º).

> *Lei 9784/99 LPAD Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

"Prazo razoável" que consta na CF Art. 5º, LXXVIII, diz respeito ao princípio da celeridade e NÃO da razoabilidade.

> ***Art. 5º*** *LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a RAZOÁVEL duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

O ato administrativo pode ser revisto pelo poder judiciário. PJ pode rever QUALQUER ato administrativo no que tange à sua legalidade (sentido amplo, controle de lei e constituição + princípios constitucionais).

Ato administrativo pode ser revisto pelo judiciário no que diz respeito a controle de mérito? NÃO. PJ não pode rever o mérito. Discursiva: depende (ver adiante).

Mérito: liberdade, discricionariedade, juízo de valor do administrador. Se o PJ vai rever o juízo de valor do administrador ele estaria substituindo a liberdade do administrador. Isso significa a violação do princípio da separação dos poderes. Administração x Juiz. Não pode rever o mérito.

Vamos supor que um ente público precisa de investimento, tem crianças sem escola, gente morrendo por falta de infraestrutura e não tem hospital. O administrador então precisa de escola e de hospital. O administrador tem dinheiro apenas para um deles. Se ele decide fazer o hospital no lugar da escola. Este é o juízo de valor, o hospital é mais importante, liberdade de escolha do administrador, decisão razoável, judiciário não poderá rever o ato.

Entretanto, se o administrador só tem dinheiro para um deles, hospital e escola, mas ele decide construir uma PRAÇA, esta decisão é razoável? É proporcional? NÃO, viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade o PJ pode rever esta decisão? Isto seria controle de legalidade ou de mérito?

R: Estamos controlando princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, se estou controlando princípios constitucionais, estou fazendo o controle de legalidade em sentido amplo. ***Controle de legalidade.*** Este controle de legalidade **acaba atingindo o mérito indiretamente**, o administrador tem liberdade desde que seja razoável e/ou proporcional.

Embora a norma legal deixe espaço para a discricionariedade do administrador, este deve adequar os meios aos fins no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Sendo a decisão **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá confrontado os limites da discricionariedade, podendo, portanto, o Poder Judiciário corrigir tal ilegalidade.

Estes dois princípios em tela representam limitações à liberdade do administrador. A liberdade dele está vinculada ao que é razoável e/ou proporcional.

Fazer a leitura da ADPF 45, nela o STF faz esta análise, discute essa situação (**controle da discricionariedade executiva pelo judiciário – muito didático)**.

OBS.: As decisões que violarem a razoabilidade não serão inconvenientes, e sim, ilegais e ilegítimas, porque ofenderão a finalidade da lei, por ofenderem princípio constitucional implícito,

admitindo correção, inclusive pelo Poder Judiciário, que realizará tão somente controle de legalidade. Essa é a dita legalidade em sentido amplo, o que permite a análise de compatibilidade com a lei e com as regras constitucionais. Nessa situação, apesar de se reconhecer que o controle judicial não pode atingir a conveniência e a oportunidade, a discricionariedade do administrador, deve-se admitir que o Poder Judiciário acabará interferindo no juízo de valor do administrador, no mérito do ato administrativo, limitando a sua liberdade (assim, não se admitem mais qualquer conveniência e oportunidade; essas devem ser razoáveis). Essa interferência só será possível quando existir violação à razoabilidade, ofendendo o texto constitucional e, consequentemente, o princípio da legalidade

Lembrar neste ponto que o princípio da proporcionalidade é tratado pelo direito alemão, sendo que o seu fundamento é retirado do ***Princípio do Estado de Direito***. No direito americano, fala-se em razoabilidade, lá, esta é extraída do ***Sistema de Direitos Fundamentais***. E temos, é claro, o entendimento do STF, no qual a máxima da proporcionalidade/razoabilidade é retirada do ***devido processo legal em sua dimensão substancial***.

15. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

De acordo com o art. 2º, VII da Lei 9.784/99, motivação é a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão.

> *Art. 2º VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão".*

Implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que lhes deram causa, a providência tomada, a sua compatibilidade com a previsão legal e, quando necessário, o juízo de valor, as razões de conveniência e oportunidade que justificaram a prática desses atos. Esse último fundamento está presente nos atos discricionários, sendo necessário para avaliar se a atuação do administrador está realmente compatível com o ordenamento vigente, especialmente os princípios constitucionais.

Em relação à obrigatoriedade de motivação há duas correntes:

1ªC: entende que não é obrigatório, a regra do art. 93 da CF aplica-se apenas às decisões judiciais. Além disso, a lei do processo administrativo determina que somente alguns atos sejam motivados. Minoritária.

2ªC: Majoritária. a motivação é obrigatória. O fundamento está no texto constitucional em vários dispositivos, iniciando-se no art. I a, no inciso II, quando estatui o direito à cidadania, considerando que o conhecimento das razões que levaram à prática do ato é condição para sua concretização, e no seu parágrafo único, o constituinte completa sua obrigatoriedade definindo que o poder emana do povo, portanto, nada mais justo que o titular desse poder conheça as razões que levam à prática dos atos, a qual irá atingir os seus interesses. O texto constitucional também assegura, no art. 5 B, inciso XXXV, o direito à apreciação judicial, ditando que qualquer lesão ou ameaça de lesão podem ser levadas ao Poder Judiciário, controle esse que ficará prejudicado se

não houver conhecimento dos fundamentos que respaldaram a prática do ato, sendo a motivação, mais uma vez, um elemento indispensável. O dever de motivar, de justificar é também desdobramento da garantia de informação expressa no art. 59, inciso XXXIII, da CF.

Ressalta-se que o art. 50 da Lei 9.784/99 traz um rol de atos que devem, obrigatoriamente, serem motivados.

> *Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
> *I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
> *II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
> *III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
> *IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*
> *V - decidam recursos administrativos;*
> *VI - decorram de reexame de ofício;*
> *VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
> *VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*
> *§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*
> *§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.*
> *§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.*

16. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ

Este princípio é considerado viga mestra da ordem jurídica, sendo um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito.

Com a teoria da ponderação dos interesses reconhecendo que não há no ordenamento jurídico nenhum princípio absoluto e que todos devem ser considerados conforme a importância dos interesses a serem protegidos, o princípio da segurança jurídica vem prevalecendo em inúmeras situações, especialmente no que tange à revisão de atos administrativos ilegais.

Assim, ocorrendo um ato ilegal, em razão do princípio da legalidade, a consequência natural é a sua retirada por meio de anulação, entretanto, quando tal conduta comprometer o princípio da segurança jurídica ou qualquer outro princípio do ordenamento, causando a retirada mais prejuízos que sua manutenção, o ato deve ser mantido, ainda que ilegal, estabilizando com isso os seus efeitos.

16.1. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

16.1.1. Efeito Positivo

Impõe comportamentos administrativos, ou seja, obrigações de fazer.

Exemplo: candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação.

16.1.2. Efeito Negativo

Limita o poder de autotutela da administração, ou seja, impõe obrigações de não fazer.

Exemplos: prazos e direito adquirido.

16.2. LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

16.2.1. Má-fé

Exemplo: o servidor não é obrigado a devolver pagamentos recebidos indevidamente, ressalvada e comprovada a má-fé.

16.2.2. Meras expectativas

Exemplo: candidato aprovado em concurso fora do número de vagas não tem direito à nomeação, mas sim expectativa de direito. O direito não protege expectativas.

O Princípio da Boa-Fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios no Direito Administrativo (*venire contra factum propium* – o direito proíbe condutas contraditórias).

Observe como o tema foi cobrado:

(MP-MG) Discorra sobre o princípio da proteção à confiança no âmbito do Direito Administrativo. Cite exemplos de aplicabilidade desse princípio. ESPELHO: “Embora esse princípio não esteja previsto na Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência assentam que ele se constitui em desdobramento do princípio da segurança jurídica. Pode-se afirmar que esse princípio está ligado ao próprio Estado de Direito e diz respeito à preservação de direitos e expectativas de particulares que presumem a licitude, correção e lealdade dos atos praticados pela Administração Pública. Muitos confundem esse princípio com o da boa-fé, porém o da proteção à confiança ou da confiança legítima busca a tutelar a confiança que o administrado deposita nos atos praticados pela Administração Pública ao passo que o da boa-fé deve pautar o agir tanto da Administração quanto do administrado. Como exemplos da proteção a que fazem jus os administrados, podem ser mencionados: a) A manutenção de direitos gerados em virtude da expectativa criada por medidas adotadas pela Administração; b) A manutenção de atos administrativos praticados por funcionários de fato; c) A proteção dos particulares contra mudanças bruscas de entendimento da Administração Pública, caso em que se aventa a necessidade de regime de transição em face da alteração de orientação.

17. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É previsto no Art. 5º inc. LV da CF.

> *Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou ADMINISTRATIVO, e aos acusados em geral são assegurados o CONTRADITÓRIO e AMPLA DEFESA, com os meios e recursos a ela inerentes;*

É novidade da CF/88. O princípio do devido processo legal é referência como regra constitucional desde a Constituição de 1824, mas a novidade da Constituição Federal de 1988 foi estendê-lo ao processo administrativo. Trata-se de um superprincípio, norteador de todo ordenamento jurídico e que se desdobra em vários subprincípios como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

É fundamento para muitas nulidades na administração pública.

Contraditório significa ciência da existência do processo. Contraditório constitui a bilateralidade da relação jurídica processual. Quando se chama a parte para o processo está formando-se a relação processual.

Ampla defesa significa a parte ter a oportunidade de defesa (– ampla defesa qualifica o contraditório – contraditório formal x contraditório substancial. Oportunidade de participação x poder de influência) lhe é dado o direito de fazê-lo, se ela vai fazer ou não é problema dela, ela precisa ter a oportunidade.

Para que ela aconteça precisamos observar algumas exigências, algumas condições:

17.1. EXIGÊNCIAS PARA QUE A AMPLA DEFESA ACONTEÇA

Defesa prévia: a parte precisa ter a oportunidade de se defender antes da condenação final, da aplicação da sanção. Para que a defesa prévia seja efetiva, o que a parte precisará saber?

Penas devem estar pré-determinadas e o procedimento pré-estabelecido (fundamental para a defesa da parte, ela deve conhecer a sanção e o procedimento).

17.2. GARANTIA DE INFORMAÇÃO

STJ diz que cópia do processo não é direito, a administração viabiliza a reprodução, mas não é direito da parte a cópia, a parte deve pagar pela cópia.

17.3. PRODUÇÃO DE PROVAS

Prova para cumprir formalidades não serve. Deve ser prova produzida e analisada, deve participar da análise pelo julgador. (Direito de influir!!)

Também é vedada a prova ilícita.

17.4. DEFESA TÉCNICA

Lei 8.112/90 – Presença do advogado ***facultativa.***

STJ: presença do advogado no processo contribui na regularidade do processo, lembrando que o servidor público não precisa ter formação jurídica. O STJ começa a reconhecer a importância, edita a súmula 343, ela diz: ~~"***a presença do advogado é obrigatória*** em todas as fases do processo administrativo disciplinar".~~

*Administradores que foram demitidos nos últimos 5 anos sem advogado? Decisão é nula, ocorre a ***reintegração*** = o servidor retorna com o recebimento de todas as vantagens do período afastado.

> *STF: SV 5 – "A falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a constituição."*

Conclusão: retrocesso jurídico. Presença do advogado hoje é facultativa, ninguém mais pode decidir em contrário.

17.5. DIREITO DE RECURSO

Deve ter para aplicar efetivamente o princípio da ampla defesa. Três observações importantes:

1ª Observação: Recurso administrativo é cabível independentemente de previsão de ***recurso típico***, mesmo que para aquele caso concreto não seja previsto recurso específico, deve ser assegurada a ampla defesa.

Motivação: Para se recorrer preciso saber a **motivação**. É importante saber quais as razões que levaram àquela decisão.

2ª Observação: STF e STJ. A exigência de depósito para o exercício do recurso viola o contraditório e a **ampla defesa (especialmente).**

Fundamento do STF: se a parte não tem dinheiro para pagar o valor, a parte não poderá interpor recurso, ou seja, seria definido pelo critério econômico o que é brutalmente inconstitucional.

> *STF - SV 21 - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

3ª Observação: Súmula vinculante número 3 (STF):

Sempre que o processo vai atingir o direito de alguém, a parte deve ter o direito de ampla defesa.

> *STF SV 3 - Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*

Exemplo: Empresa tem contrato com Estado. Tribunal de Contas investiga e discute com Estado, resolvendo extinguir tal contrato. Nesse caso, a empresa vai ser atingida pela extinção do contrato, ela precisa ter direito ao contraditório e ampla defesa.

Se nos processos que tramitam no TCU puder resultar a anulação ou a revogação de ato que beneficie a terceiro, este deverá ter direito de contraditório e ampla defesa.

Quando o TCU vai rever o ato ele vai rever um direito de aposentadoria que não está concreto e acabado. Ele o faz como controle de um ato em formação, na sua trajetória.

Temos duas situações na Súmula Vinculante 3:

1º São aqueles atos que chegam no TCU para serem controlados, para serem submetidos a controle. Quando o TCU atua nesse controle vai ou pode cominar em uma anulação ou revogação e se essa anulação ou revogação atingir alguém, esse alguém será chamado, deverá ser dada oportunidade do direito de defesa.

2º Ato inicial de aposentadoria, depende de duas vontades: administrador e do TCU, aí o TCU participa da formação do ato, da formação do direito, se o TCU não concordar, a parte não terá direito a contraditório e ampla defesa, visto que o ato não tinha sido formado ainda, ele retornará e a parte reformará o ato.

OBS: o indivíduo TEM contraditório e ampla defesa perante a administração, todavia, no TCU, no caso acima, ele não terá o contraditório e ampla defesa.

Isso porque no primeiro caso o TCU revê um ato já acabado e concluído. Na segunda situação, o TCU está **dentro** da tomada de decisão, para que o ato seja concluído e aperfeiçoado o TCU terá de participar, então ele está dentro do ato e não revendo um ato pronto.

18. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE/LEGALIDADE/VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Decorre da Supremacia do Interesse Público.

É uma presunção relativa (*iuris tantum*), pois admite prova em contrário, pode ser contestada, pode ser afastada. Neste caso, o ônus da prova cabe a quem alega (normalmente o administrado, o particular).

Consequência prática: aplicação imediata do ato, independentemente de discussão posterior o resultado prático desta presunção tem justamente a aplicação imediata. **Auto executoriedade.**

19. PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO

Atualmente, fala-se me uma Administração Pública consensual e participativa, a fim de reforçar a legitimidade democrática.

Citam-se, como exemplo:

- A Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU;
- Mecanismos de participação popular (consultas e audiências públicas) e de consenso (contratos, convênios, TAC);
- Acordos terminativos de processos administrativos;
- Termo do compromisso de cessação de prática;
- Acordos de leniência.

A LINDB, após as alterações promovidas pela Lei 13.655/18, caminhou nesse sentido. Observe:

> *Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*
> *§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:*
> *I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;*
> *II – (VETADO);*
> *III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;*
> *IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.*
>
> *Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.*
> *§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.*
> *§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.*

PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

1. CONCEITO

São **prerrogativas** que a ordem jurídica reconhece à Administração Pública para que possua **instrumentos de atuação,** tendo em vista a concretização do interesse público e a prevenção do bem comum.

Poderes do Estado = elementos orgânicos, organizacionais, elementos estruturais do estado, PE/PL/PJ.

Poderes da Administração = prerrogativas de instrumentos, poder regulamentar, de polícia, hierárquico e disciplinar.

JSCF: Tendo em vista serem os agentes o elemento físico e volitivo através do qual atua o Estado no mundo jurídico, o ordenamento jurídico há de conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares a sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas indispensáveis à consecução dos fins públicos. Constituem-nas os poderes administrativos.

2. FUNDAMENTO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular justifica os poderes conferidos à Administração, bem como a relação de verticalidade entre ela e o particular.

Novamente, lembrar a diferença entre interesse público primário (bem comum) e o interesse público secundário (Estado como pessoa jurídica).

OBS.: o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica é legítimo, sendo vedado atuar exclusivamente na defesa do seu interesse (interesse secundário dissociado do interesse primário). Ex.: o ato administrativo multa, é ato administrativo cuja finalidade é punir e educar. A multa não tem finalidade arrecadatória, pois o ato com finalidade arrecadatória é o tributo.

3. CARACTERÍSTICAS

As características são as seguintes:

a) Exercício obrigatório;

b) Irrenunciável;

c) Exercício nos limites da lei.

Vejamos:

3.1. EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO

"Poder-dever".

Segundo CABM, o certo deveria ser DEVER-PODER, porque o dever é mais importante.

Para JSCF os poderes administrativos impõem seu exercício e vedam a inércia, porque o reflexo atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes.

Omissão ilegal: a inércia do administrador, na medida em que a lei lhe incumbe uma conduta comissiva, será considerada ilegal**,** assim, ele tem **obrigação de atuar.** Nesses casos, surge para o administrado o direito subjetivo de exigir do administrador omisso a conduta comissiva, seja pela via administrativa (direito de petição) quer na via judicial (MS ou ação condenatória de obrigação de fazer). Por fim, havendo violação de SV é possível utilizar reclamação**.**

Mas isso só ocorre nas chamadas omissões ESPECÍFICAS – imposição legal no sentido do ***facere*** administrativo em prazo determinado, ou quando sem prazo, viola a razoabilidade.

Nas omissões GENÉRICAS caberá ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas, podendo alegar ainda, em sua defesa a reserva do possível.

3.2. IRRENUNCIÁVEL

O administrador não pode abrir mão. Representa uma obrigação, ENCARGO.

O administrador exerce uma função pública, em nome e interesse do povo, sendo assim não pode renunciar. Só pode renunciar àquilo que lhe pertence.

Trata-se do já visto Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

A renúncia comprometeria a nova administração, não pode criar entraves para a futura administração.

3.3. EXERCÍCIO NOS LIMITES DA LEI

O administrador de hoje não pode criar obstáculos para o administrador de amanhã, sendo assim ele **deve exercer o seu poder nos limites da LEI.**

a) Competência;

b) Binômio: NECESSIDADE + ADEQUAÇÃO → PROPORCIONALIDADE

Se o administrador ultrapassa esses limites, ele pode ser responsabilizado pelo excesso? SIM. Cabe responsabilização, tanto pela ação quanto pela omissão.

4. <u>USO E ABUSO DE PODER</u>

A ordem jurídica impõe à Administração o dever de garantir o bem comum. Para isso, reconhece à Administração poderes e prerrogativas, os quais devem ser utilizados de acordo com a lei e o Direito (princípio da legalidade).

O parágrafo único do art. 78 do CTN estabelece o que se entende por exercício regalar do poder administrativo (fala em poder de polícia, mas serve para todos os poderes)

> *CTN, art. 78, parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".*

Quando o administrador não age de forma regular comete abuso de poder, que possui duas espécies: excesso de poder e desvio de finalidade.

4.1. EXCESSO DE PODER

Ocorre quando a autoridade pratica um ato exorbitando suas atribuições legais. Ou seja, ultrapassa as competências definidas em lei.

Por exemplo, a Lei 8.112/90 define a competência para a aplicação de penalidades. Após regular procedimento administrativo, o Chefe do órgão aplica ao servidor penalidade de demissão, tal ato é ilegal, porque foi praticado por alguém sem atribuição. O Chefe possui competência para advertir ou suspender até trinta dias. Portanto, atuou fora de suas atribuições - vício de competência.

Outro exemplo, é o caso do delegado que possui competência para realizar a prisão, mas, visando uma confissão, tortura o preso. Houve excesso de poder.

A Lei de Ação Popular afirma que quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que a praticou estará caracterizada a incompetência.

4.2. DESVIO DE FINALIDADE ("DESVIO DE PODER")

Podemos extrair do art. 2º, parágrafo único, alínea "e", da Lei de Ação Popular, o conceito de desvio de poder, *in verbis:*

> *Art. 2º, parágrafo único, e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*

JSCF: A finalidade está ligada a legalidade, e é sempre voltada ao interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima.

CABM: A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando, destarte, seu malicioso desígnio. Pratica o ato não por interesse público, mas por interesse privado.

Segundo a Prof. Fernanda Marinella, é um vício ideológico, vício subjetivo, defeito na vontade.

OBS.: Com base na presunção de legitimidade dos atos da administração, o ato administrativo, mesmo ilegal, produz todos os efeitos como se válido fosse até a presunção ser afastada. É preciso provar que o ato foi praticado com excesso ou desvio.

Exemplo: a ex-Presidente Dilma foi acusada de ter praticado ato com desvio de finalidade quando nomeou o ex-presidente Lula para Ministro da Casa Civil. O ato administrativo de nomeação tem como finalidade (descrita na lei) o preenchimento de um cargo público. Assim, caberia a acusação provar que a utilização da nomeação era para blindar alguém de uma investigação em primeira instância, dar ao ato outra finalidade que não a finalidade da lei. Não basta alegar.

Ressalta-se que o elemento “finalidade” possui dois sentidos:

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: objetivo descrito pela lei.

Exemplos:

Demissão

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: punir o servidor que cometeu falta grave.

Tombamento

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: conservar o patrimônio.

Ainda, pode ocorrer Desvio de Finalidade no interesse público ou no objetivo que a lei descreve.

Assim, a construção de um aeroporto por um governador em uma propriedade de sua família atende à finalidade em sentido estrito (utilidade pública), mas atende a finalidade em sentido amplo (interesse público).

A lei descreveu a remoção ex officio para atender a necessidade do serviço público. A autoridade usa a remoção ex officio para punir um servidor que cometeu falta grave – houve Desvio de Finalidade em Sentido Estrito.

4.3. EFEITOS DO ABUSO DE PODER

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. A invalidação da conduta abusiva pode dar-se na própria esfera administrativa (autotutela) ou através de ação judicial – inclusive por **MS** e **ação popular**.

5. ESPÉCIES DE PODERES

As espécies de poderes são as seguintes:

a) Poder Vinculado e Poder Discricionário (grau de liberdade);

b) Poder Hierárquico;

c) Poder Regulamentar;

d) Poder de Polícia.

Vejamos:

5.1. PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO (GRAU DE LIBERDADE)

5.1.1. Considerações

Doutrina moderna critica essa divisão, na verdade não é o poder que é vinculado/discricionário e sim o ato administrativo no exercício desse poder. Não teremos um poder completamente vinculado/discricionário, pois o mesmo poder ora pode ser vinculado ora discricionário, há a mistura, em um momento um, e em outro momento outro. (CABM).

5.1.2. Poder Vinculado

Aquele em que o administrador não tem liberdade, não tem juízo de valor, não tem conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais o administrador é obrigado a praticar o ato. Ele não tem flexibilidade.

Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta.

Exemplo: **licença** para construir, preenchidos os requisitos, o administrador é obrigado a conceder; Licença para dirigir (18 anos, aprovado nos exames, DEVE conceder)

5.1.3. Poder Discricionário

Administrador tem liberdade, juízo de valor, significa CONVENIÊNCIA e OPORTUNIDADE. Opções de escolha. Porém, **liberdade nos limites da lei**. Deve escolher as alternativas que a lei apresenta.

Exemplo: Restaurante. Dono quer por mesinhas na calçada, pede ao poder público uma permissão de uso da calçada, o administrador avalia e constata: rua calma, tranquila, concede a permissão; rua perigosa, carros próximos, não concede**. Permissão de uso de bem público** depende da conveniência e oportunidade, que são avaliadas pelo administrador.

5.1.4. JSCF: conceitos indeterminados ≠ discricionariedade

A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como nos conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentro de várias condutas lícitas e possíveis. Conceito jurídico indeterminado é previsão (antecedente), discricionariedade consequente.

5.1.5. Controle Judicial

Em relação ao poder vinculado, é fácil perceber que o controle de legalidade, a cargo do judiciário, terá muito mais efetividade. Quanto ao poder discricionário, pode ele sofrer controle judicial em relação a todos **elementos vinculados**, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão que tomar (competência, forma, finalidade).

O controle alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, porém não poderá examinar a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador.

5.2. PODER DISCIPLINAR (PD)

5.2.1. Conceito

É o poder da Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades em relação àqueles sujeitos à disciplina interna da Administração, servidores ou não. O poder disciplinar não alcança a coletividade como um todo, mas um grupo restrito de indivíduos, aqueles que mantêm com a Administração um vínculo/relação jurídica especial de sujeição/subordinação.

Ressalta-se que o critério não é ser servidor público, mas estar sujeito à autoridade administrativa, a exemplo de um aluno em uma universidade federal.

PODER DISCIPLINAR	PODER DE POLÍCIA
Fundamenta-se na relação específica que um grupo de pessoas mantém com a Administração	Baseia-se na autoridade geral do Estado, por isso alcança a coletividade como um todo.

OBS.: segundo José dos Santos Carvalho Filho, não existe poder disciplinar. Existe disciplina, a qual decorre de um fato administrativo.

5.2.2. Característica

A principal característica do poder disciplinar é a discricionariedade.

Como visto, PD é o poder da administração para apurar infrações, bem como aplicar penalidades, em face dos sujeitos à disciplina interna da Administração. Assim, destaca-se:

- Em relação à apuração de infrações, a Administração possui a obrigação de investigar, sendo um poder-dever. Assim, trata-se de ato vinculado.

- Em relação à aplicação de penalidades, quando a lei fixar apenas uma sanção o PD será vinculado; quando a lei fixar mais de uma sanção, o PD será discricionário, permitindo ao administrador o juízo de conveniência e oportunidade.

5.2.3. Meios de exercício do Poder Disciplinar em face de SERVIDORES PÚBLICOS

Lembre-se o PD alcança também não servidores. Aqui, trataremos do modo que é exercício quando se refere a servidores públicos.

1) Sindicância Inquisitória e Sindicância Contraditória

A sindicância inquisitória é aquela que visa investigar, não aplica sanções, por isso não precisa de contraditório e ampla defesa. Como exemplo, cita-se a sindicância patrimonial realizada pelo Ministério da Transparência. Constatando-se o enriquecimento ilícito, a sindicância será arquivada e será aberto procedimento próprio.

A sindicância contraditória é aquela que visa a punição do servidor público (antes da punição, há investigação) com sanção leve (art. 145 da Lei 8.112). Aqui, será necessária a observância do contraditório, da ampla defesa, efetivando-se todos os meios de defesa.

> *Art. 145. Da sindicância poderá resultar:*
> *I - Arquivamento do processo;*
> *II - Aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *III - instauração de processo disciplinar.*
> *Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

Salienta-se que sindicância não se relaciona com o PAD, são procedimentos independentes.

2) Processo Administrativo Disciplinar (PAD)

Possui previsão no art. 146 da Lei 8.112/90, *in verbis:*

> *Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.*

O PAD visa punir falta de natureza grave, tendo em vista que a conduta do servidor poderá resultar na suspensão por mais de 30 dias, na demissão, na cassação de aposentadoria, na disponibilidade ou, ainda, na destituição de cargo em comissão.

3) Verdade Sabida

Ocorre quando a autoridade competente para punir toma conhecimento direito e imediato do fato, aplicando desde já a penalidade.

Em regra, o PAD deve seguir certas etapas, vejamos:

1º - Autoridade competente, por meio de portaria (em regra), irá iniciar o procedimento;

2º - Designação da comissão, formada por três servidores (em regra), com a finalidade de apurar os fatos. Garante-se direito de defesa;

3º - Elaboração de relatório conclusivo;

4º - Envio do relatório à autoridade competente;

5º - Aplicação da sanção.

Na verdade sabida, a autoridade competente para punir, toma conhecimento direto e imediato do ocorrido aplica a sanção. Não há instauração de PAD, há supressão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo penal.

Não se admite a verdade sabida no ordenamento jurídico brasileiro, as leis que trazem tal possibilidade não foram recepcionas pela CF/88, já que a CF aplica contraditório e ampla defesa aos processos administrativos.

5.2.4. Súmulas 343 STJ X SV 5 STF

Súmula 343 STJ – é obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Esta súmula possuía como lógica o seguinte: sem advogado não há defesa técnica; sem defesa técnica, não há ampla defesa. Portanto, a presença do advogado seria obrigatória.

O STF editou a SV afirmando que a falta de defesa técnica por advogado, por si só, em processo disciplinar, não ofende a CF.

Embora não aplique mais a Súmula 343, o STJ não a cancelou.

5.2.5. Jurisprudência

Destacaremos, a seguir, algumas decisões do STJ sobre o Poder Disciplinar, de suma importância para provas de concursos públicos. Vejamos:

- É possível a instauração de PAD com base em denúncia anônima;
- Instaurado o competente PAD fica superado o exame de eventuais irregularidades ocorridas durante a sindicância, pois são procedimentos independentes.
- O excesso de prazo para a conclusão de PAD não conduz sua nulidade automática, devendo para tanto ser demostrado o prejuízo para a defesa.

- A autoridade administrativa pode aplicar a pena de demissão quando em PAD é apurada a prática de improbidade administrativa por servidor público, tendo em vista a independência das instancias civil, penal e administrativa.
- A decretação de nulidade no PAD depende do efetivo prejuízo para as partes, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.
- O termo inicial em PAD começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido pela Administração.
- O prazo da prescrição no âmbito administrativo disciplinar, quando houver sentença condenatória, deve ser computado com base na pena em concreto na esfera penal.
- É possível haver discrepância entre a penalidade sugerida pela comissão disciplinar e a aplicada pela autoridade julgadora, desde que a conclusão lançada no relatório final não guarde sintonia com as provas dos autos e a sanção imposta esteja devidamente motivada.
- Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime e enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado, a prescrição do poder disciplinar, reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal cominado em abstrato.
- A portaria de instauração do PAD prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente com o indiciamento do servidor.
- No PAD a alteração da capitulação legal imputada ao acusado não enseja nulidade, uma vez que o indiciado se defende dos fatos nele descrito e não dos enquadramentos legais.
- O PAD deve ser conduzido por comissão composta de servidores estáveis no atual cargo que ocupam e não apenas no serviço público.
- Da revisão do PAD não pode resultar agravamento da pena imposta.

5.3. PODER HIERÁRQUICO (*"DO HIERARCA" - CABM*)

5.3.1. Conceito e características

É o poder da Administração Pública para distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever os atos dos seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal (Hely Lopes Meireles).

Em suma, é poder da administração para ordenar a atividade administrativa.

Observação1: Maria Sylvia Di Pietro prefere denominar o poder hierárquico de “poderes decorrentes da hierarquia”.

Observação2: José dos Santos Carvalho Filho prefere falar em hierarquia, a qual é um fato administrativo e não um poder.

Observação3: a hierarquia é própria da atividade administrativa e, portanto, ela existe no âmbito dos três poderes quando do exercício da atividade administrativa.

Em razão da hierarquia nasce o “um dar ordens” + “outro obedecer a ordens” = **subordinação**. O estado pode dar ordens e consequentemente fica constituída a relação de subordinação. Se há hierarquia, há a possibilidade de **fiscalização** e **controle** do subordinado, já que o mesmo deve obedecer à ordem.

Seja provocado ou de ofício, há a possibilidade de **revisão dos atos** praticados pelos subordinados. O chefe pode rever os atos, se ilegais ou inconvenientes.

Pode-se delegar o poder ao subordinado? SIM. Pode avocar a função delegada? SIM, excepcionalmente. **Delegação** e **avocação** de função = exercício de poder hierárquico.

A hierarquia dá ao chefe a possibilidade de **instaurar processo**, de **investigar** a infração e de **aplicar a sanção** ao subordinado por infração funcional. Portanto, pode-se afirmar que o **Poder disciplinar** é DECORRENTE do poder hierárquico, é consequência.

5.3.2. Subordinação # Vinculação

A primeira tem ***caráter interno***, se estabelecendo entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa, decorrência da hierarquia, a segunda tem ***caráter externo*** e resulta do controle que as pessoas federativas exercem sobre as pessoas da administração indireta (as PJ da administração indireta não são *subordinadas* às pessoas federativas).

5.3.3. Poderes decorrentes da hierarquia

1) Editar atos normativos de efeitos apenas internos

Não se confunde com o Poder Regulamentar, o qual editas atos normativos com efeitos externos, para além da administração.

A hierarquia e os poderes hierárquicos constituem uma realidade interna. Ou seja, só existem no interior de uma mesma pessoa. Portanto, não há hierarquia entre pessoas diferentes.

Como visto inicialmente, no DA pessoa é pessoa jurídica. Assim, por exemplo, a União é uma pessoa, a Autarquia é outra pessoa, não há hierarquia entre União e Autarquia (nem qualquer PJ da administração indireta). Há controle, supervisão, mas nunca hierarquia.

Edita-se uma norma para o funcionamento interno do órgão, trata-se de um ato normativo de efeitos abstratos internos, pois irá atingir apenas o órgão/ministério/secretária. Cita-se, como exemplo, a edição de portaria determinando que o ponto seja escrito e não mais eletrônico.

OBS.: a hierarquia e os poderes hierárquicos, como visto, constituem uma realidade interna. Contudo, há órgãos, mesmo dentro desta realidade, não de submetem ao Poder Hierárquico. É o que ocorre com os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, todos estão dentro do Estado, mas não há entre eles uma relação de hierárquica, são independentes.

Ressalta-se que há casos, em razão das atribuições institucionais, o membro não estará sujeito ao poder hierárquico. Por exemplo, Promotor ou Defensor Público no desempenho de suas funções possuem independência. Contudo, nos temas fora de suas atribuições institucionais, estarão sujeitos (como no caso do ponto).

2) Dar ordens

Ao poder de comando, há o dever de obediência, salvo em se tratando de ordem manifestamente ilegal.

3) Fiscalizar

Quem comanda fiscaliza.

4) Controlar e exercer a autotutela

Quem comanda pode controlar, bem como rever os seus atos seja anulando os atos ilegais ou revogando certos atos por conveniência (exercício da autotutela).

OBS.: a autotutela é poder de revisão, podendo ser feita dentro do Poder Hierárquico, quando feita pelo superior hierárquico de ofício ou por meio de recurso hierárquico. Quando há autotutela for exercida pela mesma autoridade que tomou a decisão, não se tratará de poder hierárquico. Assim, conclui-se que a autotutela existe dentro e fora da relação hierárquica.

5) Aplicação de sanções disciplinares

Para Di Pietro, aplicar penalidade decorre de poder hierárquico, pois só o superior pune e investiga o subordinado. Por isso, afirma-se que o poder disciplinar decorre da hierarquia.

6) Delegar e avocar competências

Tanto a delegação quanto a avocação, disciplinadas pelos arts. 12 e 15 da Lei 9.784/99, são decorrências do poder hierárquico.

Delegar é transferir para outro o exercício da competência, só poderá ser parcial. Salvo se houver impedimento legal, sempre será possível delegar a competência, ainda que o órgão não seja hierarquicamente subordinado. Com isso, conclui-se que a delegação poderá decorrer do poder hierárquico (subordinação – será obrigatório o exercício da competência), bem como poderá ocorrer fora do poder (não há obrigatoriedade no exercício – dependerá de acordo de vontades).

> *Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

O art. 13 da Lei 9.784/99 determina os casos em que há impedimento ilegal, consequentemente, não será possível a delegação da competência. Salienta-se que houver a delegação de um destes atos, o ato será ilegal.

> *Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:*
> *I - A edição de atos de caráter normativo;*
> *II - A decisão de recursos administrativos;*
> *III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*

Avocar é chamar a competência para si, sempre decorrerá do Poder Hierárquico.

> *Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.*

5.4. PODER REGULAMENTAR (“NORMATIVO”)

5.4.1. Introdução

DiPietro: Este nome está ligado a regulamento, tem cara de ser só regulamento. Porém, não é só regulamento. DiPietro critica a nomenclatura, utilizando o nome ***poder normativo.***

“Fiel execução da lei”.

Função normativa do administrador: vai normatizar, disciplinar, regulamentar, para complementar a previsão legal, buscando sua fiel execução.

> *Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *[...]*
> *IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*

Vale lembrar que, pelo princípio da simetria, o mesmo poder é conferido aos demais chefes do poder executivo.

Exemplo: CP – imaginando, tráfico ilícito de entorpecentes...comercializar substâncias entorpecentes. Lista enumerando substâncias entorpecentes, se o sujeito vender uma da lista, executará o tipo penal (**norma penal em branco**).

Não se pode esquecer que existem atos regulamentares que representam o exercício do poder regulamentar, mas que não são produzidos pelo chefe do executivo, como é o caso de instruções normativas e portarias, por exemplo.

Exemplos de atos de exercício do poder regulamentar:

a) Regulamentos (+ cai em concursos);

b) Resoluções;

c) Regimentos;

d) Portarias;

e) Instruções Normativas;

f) Deliberações.

Vejamos os regulamentos:

5.4.2. Regulamento

1) Conceito

Exemplo: administração irá definir uma lista de regras sanitárias, quando a administração faz a publicação dessas regras essa lista precisa ter um formato, uma moldura, este formato é chamado de DECRETO. No conteúdo regulamentará, mas na forma é um decreto.

Nem todo decreto é um regulamento ou normatização, ele pode ser só decreto e não ser regulamento (exemplo: nomeação).

Falar só "regulamento"? CABM faz isto. Marinella não vê problema, mas o mais seguro é utilizar os dois: "**decreto-regulamentar**".

Então a palavra decreto não está ligada ao "recheio" do ato e sim a sua forma. **Decreto = FORMA, regulamento = CONTEÚDO.** Cuidado, alguns decretos não têm conteúdo regulamentar.

2) Lei x Decreto Regulamentar

- Quem faz:

Lei é a Casa Legislativa (representatividade).

Decreto é chefe do executivo (sem representatividade).

-Como faz (procedimento):

Lei é processo legislativo rigoroso;

Decreto é feito pelo Chefe do executivo, como ele quiser.

Conclui-se: Não poderia um decreto regulamentar tratar de matérias de competência legal, dada a segurança da lei e falta de segurança do decreto.

Para nosso ordenamento é muito mais seguro lei, do que decreto-regulamentar. Temos como base essas diferenças: **representatividade e procedimento**. Vejamos:

→**CF – LEI**. CF prevê regra que trate da greve dos servidores ou licitação ou improbidade... Para regulamentar esta previsão, do que iremos precisar? Lei. Saímos da CF e iremos detalhar na LEI (complementar, ordinária...depende da regra). Se lei não diz tudo, se precisarmos detalhar a lei, aí sim precisaremos de um **regulamento**.

→**CF – LEI – REGULAMENTO** (regra, porém com exceções: medida provisória...)

Este regulamento vem para complementar a lei, para executar a lei, este é chamado de **regulamento executivo.**

3) Tipos de regulamento

3.1. Regulamento Executivo

Vem complementar a lei buscando sua fiel execução. Tem fundamento de validade na lei, para saber se ele é valido ou não, verifica-se a lei, se ele está de acordo com a previsão legal, se segue a ordem CF → Lei → Regulamento. Serve para complementar a lei buscando sua execução e tem seu fundamento de validade na lei (não se pode extrapolar a lei, ir além, limite dele é a lei, só pode disciplinar até este limite) Regra no Brasil - Art. 84 IV da CF.

> *CF Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*

Se da CF no lugar da LEI aparecer um regulamento, este regulamento terá seu fundamento de validade na CF. Então, ele pula a lei? Sim, ele exerce o poder de uma lei, ele é autônomo.

3.2. Regulamento Autônomo

É aquele que regulamenta DIRETO o texto constitucional, tem seu fundamento de validade no texto constitucional.

O regulamento exerce o papel de lei – mas não é lei. Porém inova o ordenamento jurídico.

3.2.1. Poderia cogitar-se o regulamento autônomo no Brasil?

Três posições: pode sempre, nunca pode e pode dependendo.

1ª Posição - Pode sempre: HLM, como decorrência dos poderes implícitos da Administração.

2ª Posição - Pode nunca: CABM, JSCF – contra regulamento autônomo.

CABM: Observa que o instrumento é muito perigoso porque estamos engatinhando em uma democracia, não temos uma concretizada, não precisamos usar esse tipo de instrumento. Exemplo:

medida provisória, FHC reeditava MP, legislava por MP praticamente, isso que dependia da aprovação do Congresso, bem como atender os requisitos de urgência e relevância. Imagine então com o decreto-regulamentar que não precisa de nada disso, se esse instrumento for flexível no Brasil teremos um sério problema de instabilidade, de acordo com este doutrinador não temos cultura para a utilização desse tipo de instrumento.

JSCF: é preciso que o ato possa criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, sem prévia lei disciplinadora da matéria, para ser assim considerado. Aqui não pode existir, a CF exige a ***reserva legal, para exigibilidade de obrigações***. Os atos de *organização e funcionamento da administração federal ainda que tenham conteúdo normativo, são apenas ordinatórios, setor interno da administração*. Só reflexamente atingem esfera jurídica de terceiros e sempre por imposições derivadas ou subsidiárias nunca originárias (ato regulamentar pode exigir obrigações subsidiárias – decorrentes das originárias, estas previstas na **lei**).

3ª Posição - Pode dependendo: **STF, Doutrina Majoritária – EC 32/01** (alterou o art. 84, VI da CF).

A partir dessa EC, é possível o autônomo no Brasil. Porém: esses autores e o STF quando admitem, dizem expressamente: Desde que em **caráter excepcional** e expressamente autorizado na **CF**.

Regra é NÃO PODE. O poder é EXCEÇÃO.

As hipóteses expressas na constituição: 84, VI traz duas alíneas, alguns autores só reconhecem na alínea A e outros só reconhecem na B, mas a maioria aceita o autônomo nas duas alíneas. **STF** já se posicionou na alínea B (caso de extinção de cargo vago – cai mais em concurso).

> ***Art. 84****. Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *[...]*
> *VI - Dispor, **mediante decreto** (regulamentar autônomo), sobre:*
> *a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;*
> *b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;*

OBS: criação de cargo no Brasil é feita por lei. Por paralelismo de forma, deveria ser extinto por lei, porém a CF diz que nesse caso, que se o cargo estiver vago, ele poderá ser extinto por meio de decreto regulamentar (autorização da constituição – o fundamento de validade desse decreto é a CF, só é permitido nesse contexto, porque a constituição assim o permitiu).

Também encontraremos um segundo art. da Constituição que parte da doutrina já inclui como autônomo: Art. 225 da CF – criação de área de preservação ambiental – **não pacífico.** Deveria ser criada por lei, mas a CF diz que pode ser criada por decreto.

> *Art. 225 §1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *[...]*
> *III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que*

> *comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)*

Outro exemplo de regulamento autônomo é o previsto pela CF quanto aos Conselhos de Justiça e do MP (CNJ e CNMP), que também retiram seu fundamento de validade diretamente da CF.

De toda sorte, no que tange o reconhecimento, pelo Supremo, da figura do decreto (ou regulamento) autônomo, faz-se mister colacionar alguns julgados:

Conclusões

Destarte, em se tratando de decreto que extrapola limite de lei, o tema se situa no plano da legalidade, não possuindo natureza autônoma. Nessas hipóteses, o Supremo não conhece das ADI´s.

Ao fim e ao cabo, a aproximação até aqui realizada não pode pretender um status de trazer conclusões, mas em grau de arremate é possível dizer que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em determinadas situações a figura do decreto autônomo, decorrente do art. 84, VI da Constituição da República. A questão que emerge é a verificação da mantença desse posicionamento.

Controle

Conforme o art. Art. 49, V da CF, pode o Congresso, através de um **DECRETO LEGISLATIVO**, sustar os atos normativos que extrapolem o poder regulamentar. Não ocorre a invalidação de todo ato, mas apenas a sustação da parte que exorbita os limites da regulamentação.

> ***Art. 49.*** *É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
> *[...]*
> *V - Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;*

Tendo o ato normativo fundamento na lei (ato normativo **subordinado**), sempre poderá caber o controle de legalidade, via MS, ação popular...

ADI só será cabível em se tratando de ato normativo **autônomo (**fundamento CF**)**.

No que tange à constitucionalidade do ato **SUBORDINADO**, somente será cabível a **ADPF,** visto que aqui o controle de concentrado é mais amplo, abrangendo inconstitucionalidade direta, indireta (reflexa/oblíqua), atos normativos autônomos e subordinados e até mesmo *atos concretos* (da administração em 'sentido estrito').

O **Mandado de Injunção** também é cabível, no caso de ausência de norma reguladora.

Observações finais

*Atos de regulamentação de primeiro grau – decretos e regulamentos.

Atos de regulamentação de segundo grau – regulamentam os primeiros, mais detalhamento.

Regulamentação técnica: exercido pelas agências reguladoras* **– "deslegalização". *"Delegation with Standards".* Legislador transfere tão somente a competência para a regulamentação técnica (conhecimentos que não abrange) mediante parâmetros previamente enunciados em lei.

5.5. PODER DE POLÍCIA

5.5.1. Conceito e características

> *CTN Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)*

É em razão da "taxa de polícia", que é um tributo vinculado à contraprestação estatal, é cobrada no valor da diligência. É a cobrança pela diligência.

Compatibilização de interesses, compatibilizar o interesse público + interesse privado. O que representa acima de tudo, buscar o bem-estar social. Palavra-chave: **bem-estar social.**

É a prerrogativa do poder público de, calcado na lei, definir parâmetros de uso e gozo dos direitos de liberdade e propriedade individuais, na busca do interesse público. Poder de polícia **não gera dever de indenizar,** pois ele não retira um direito, ele define a forma de exercê-lo.

HLM: restringir, limitar, frenar a atuação do particular em nome do interesse público.

Poder de polícia basicamente se refere ao direito à liberdade e o direito à propriedade.

Exemplo: construir 10 andares em uma praia, administração só permite 08. E o direito de propriedade previsto na CF? Não posso exercer? Não pode e não tem direito a indenização. Festança, som a noite toda em residência, vizinho reclama, chama polícia. Tem direito a indenização? Não.

Então se restringe, limita a liberdade para festa, restringe o direito de propriedade para construir...sem direito a indenização. A AP está limitando o seu direito?

Doutrinadores modernos dizem NÃO. A AP não está limitando direito. Na verdade, se a AP restringe um direito seu, está retirando o que é seu, então ela terá que indenizar. Por isso devemos evitar essas palavras: *restrição* e *limitação*, pois isso gera dever de indenizar.

Na verdade, temos liberdade pela CF, mas não podemos exercer de qualquer maneira, o poder de polícia não é a limitação ao direito, é na verdade uma definição da forma de exercer o direito. **O poder de polícia define a forma de se exercer esses direitos, por isso não há o dever de indenizar.**

-Polícia administrativa: Fiscaliza, apreende e multa. Preventiva, geralmente.

-Polícia judiciária: CF, art. 144 e CE, art. 124 e 133. Investiga e prende. Polícia Civil. Repressiva, geralmente.

POLÍCIA ADMINISTRATIVA	POLÍCIA JUDICIÁRIA
Atua sobre bens, direitos ou atividades.	Tem seu campo de atuação voltado para as pessoas.
Atua para evitar ou reprimir o ilícito administrativo.	Atua contra o ilícito penal.
Exercida por diversos órgãos da Administração.	É exercida pelas polícias civil e federal.
Rege-se pelo Direito Administrativo.	Rege-se pelo Direito Processual Penal.

-Polícia ostensiva: Pela presença ostensiva e permanente, tenta preservar a ordem pública. CF, Art. 144 e CE, 129. Polícia Militar.

O poder de polícia (administrativo) tem caráter eminentemente **preventivo** (limitação de velocidade, fiscalização por radar), com o objetivo de evitar o dano ao interesse público. Essa é a grande diferença para a polícia judiciária, cuja atuação é predominantemente repressiva, ou seja, depois de consumada a infração (não obstante, essa também tem caráter preventivo, quando atua na prevenção dos crimes).

Normalmente o **poder PREVENTIVO** se dá pela prática de atos normativos (**poder regulamentar**), que define regras na busca de compatibilização do interesse público com o interesse particular. Exemplo: Normas de vigilância sanitária.

Muitas vezes o poder de polícia também aparece em seu **caráter FISCALIZADOR.** Seja definindo a regra ou fiscalizando a aplicação da regra é poder de polícia.

Terceira situação: poder de polícia REPRESSIVO.

Quando o poder se manifesta **repressivamente**, estamos diante de atos administrativos de **caráter punitivo**, como seria o caso do fechamento do estabelecimento comercial que não obedeceu às regras de vigilância sanitária (ver CDC).

Poder de polícia é em regra ato negativo. Certo ou Errado?

Negativo: uma obrigação de NÃO FAZER. Uma abstenção do agente. Tendo poder de polícia preventivo, o estado quer evitar algum ato do particular, então o poder de polícia é EM REGRA NEGATIVO. Por quê?

Porque traz em seu conteúdo uma abstenção, obrigação de não fazer (normalmente: "não construir acima de tantos metros, não ultrapassar velocidade x..."). Alguns doutrinadores dizem mais: ele é negativo porque ele está impedindo um dano maior, caráter preventivo, está evitando um dano maior.

Lembrando que pode ser positivo, **excepcionalmente**, como por exemplo, na tragédia do RJ, em que a administração pública exigiu que desocupassem a área.

Resumindo:

Preventivo: regulamentar (atos normativos → *é também exercício de poder regulamentar)

Fiscalizador

Repressivo (atos punitivos)

Mais algumas considerações:

5.5.2. Fundamento do Poder de Polícia

SUPREMACIA GERAL – aquela atuação do poder público que independe de vínculo anterior.

SUPREMACIA ESPECIAL – há vínculo anterior.

Poder de polícia tem seu fundamento na supremacia geral do estado, **SUPREMACIA GERAL** significa atuação do poder público, independentemente de vínculo jurídico anterior. Exemplo: controle alfandegário, controle de pesos e medidas, controle de velocidade, regras para edificação. ***Este é fundamento do Poder de Polícia.***

NÃO se caracteriza a atuação do poder de polícia, atuação do poder público no exercício de **supremacia especial**, isto é, aquela atuação que depende de vínculo jurídico anterior, exemplo: sanção aplicada em razão de infração funcional (**poder disciplinar**), sanção decorrente de contrato de concessão e aplicada em aluno matriculado na escola pública. Tendo vínculo, a atuação do estado decorre do vínculo.

Exemplo1: aluno matriculado em escola pública é expulso. É poder de polícia? Não, é supremacia especial, o aluno tem vínculo com a escola. Supremacia especial.

Exemplo2: a administração celebra contrato de merenda com empresa. Ela não entrega. A administração extingue o contrato e penaliza a empresa. É poder de polícia? Não, o vínculo já existia, a sanção decorre do contrato. Supremacia especial.

5.5.3. Poder de polícia originário e delegado

Poder de Polícia Originário é aquele exercido por órgãos e agentes da Administração DIRETA.

Poder de Polícia Delegado é o poder que, **mediante lei,** foi repassado à pessoa jurídica da Administração INDIRETA, cuja competência deve ser restrita a execução de restrições já previstas em lei, **jamais função inovadora.**

Nesse sentido, vale lembrar que o STF já decidiu que não pode existir delegação de poder de polícia a particulares.

O poder de polícia é perigoso na mão de particulares. Pode ferir a segurança jurídica. Exemplo. Máfia dos radares que recebiam comissão por multas.

Doutrina e jurisprudência: Somente atos MATERIAIS de polícia podem ser delegados ao particular. Ocorre quando o poder público delega ao particular apenas a ***operacionalização material do poder***, notadamente o **fiscalizatório** de caráter preventivo. Exemplo: Máquina de bater foto em radares; detectores de metal em aeroportos etc. É um ato material anterior, antes da aplicação da sanção. O particular só bate a foto, quem aplica a multa é o poder público.

Para o STJ, o ato de poder de polícia pode ser dividido em quatro fases ("ciclos de polícia"):

ORDEM DE POLÍCIA	CONSENTIMENTO DE POLÍCIA	FISCALIZAÇÃO DE POLÍCIA	SANÇÃO DE POLÍCIA
É a legislação que estabelece os limites e condições necessárias para o exercício da atividade ou uso dos bens por parte dos particulares. Ex: as normas de vigilância sanitária.	É a fase na qual a Administração dá o consentimento para que o particular pratique determinada atividade ou para que utilize o bem segundo a ordem de polícia em vigor. Ex: licença para dirigir, autorização para construir etc.	Aqui a Administração verifica se o particular está cumprindo as regras estabelecidas na ordem de polícia. Ex: o fiscal vai até o açougue para verificar se o estabelecimento cumpre a legislação sanitária.	Consiste na aplicação das penalidades administrativas para aquele que descumpriu a ordem de polícia. Ex: o fiscal constata que o açougue não está acondicionando de forma adequada as carnes e aplica multa.
Esta fase não pode ser delegada.	Pode ser delegada para particulares.	Pode ser delegada para particulares.	Não pode ser delegada para particulares.

Obs: as fases 1 (ordem) e 3 (fiscalização) estão presentes em todo e qualquer ato de poder de polícia. As fases 2 e 4 podem ocorrer ou não.

Exemplo: para o STJ, a imposição de multas de trânsito é uma atividade de poder de polícia e, portanto, somente poderia ser exercida pelo Estado. Seria possível, no entanto, que a Administração Pública contratasse uma empresa privada para a instalação e manutenção de radares de velocidade nas vias públicas. Isso porque esta é apenas uma atividade de apoio ao poder de polícia. A imposição da multa continuaria sendo privativa do Estado.

Em suma, segundo esse julgado do STJ:

- o poder de polícia é uma atividade típica do Estado, não podendo ser delegada a particulares. Ex: imposição de multa de trânsito.

- as atividades de apoio ao poder de polícia podem ser delegadas. Ex: instalação de radares.

Confira trecho da ementa:

> *(...) 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. (...) STJ. 2ª Turma. REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009.*

Posição do STF:

> *É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. STF. Plenário. RE 633782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2020 (Repercussão Geral – Tema 532) (Info 996).*

O fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem do regime privado não a impede de exercer a função pública de polícia administrativa.

O regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público. Isso porque a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração indireta tem o condão de as aproximar do regime de direito público, do regime fazendário e acabar por desempenhar atividade própria do Estado.

O STJ, ao desdobrar o ciclo de polícia, entende que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. Segundo a teoria do ciclo de polícia, o atributo da

coercibilidade é identificado na fase de sanção de polícia e caracteriza-se pela aptidão que o ato de polícia possui de criar unilateralmente uma obrigação a ser adimplida pelo seu destinatário.

Apesar da substancialidade da tese, verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas.

A Constituição da República, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado, autoriza, consequentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado, sob pena de restar inviabilizada a atuação dessas entidades na prestação de serviços públicos.

Por outro lado, cumpre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é absolutamente indelegável: a ordem de polícia, ou seja, a função legislativa. A competência legislativa é restrita aos entes públicos previstos na Constituição da República, sendo vedada sua delegação, fora das hipóteses expressamente autorizadas no tecido constitucional, a pessoas jurídicas de direito privado.

Em suma, os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais que possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.

A posição do STF foi a que prevaleceu, devendo ser adotada nas provas.

5.5.4. Atributos do poder de polícia (características)

Não confundir atributos do poder de polícia com atributos do ato administrativo.

Os atributos são:

a) Discricionariedade;

b) Autoexecutoriedade (exigibilidade e/ou executoriedade);

c) Coercibilidade.

Vejamos:

1) Discricionariedade do Poder de Polícia

Em REGRA, ato de polícia é discricionário, mas a licença para construir, por exemplo, é vinculado - não confundir com autorização e permissão de uso de bem público que é discricionário. Exemplo: velocidade em via pública – conveniência e oportunidade.

2) Autoexecutoriedade do Poder de Polícia

Praticar o ato independentemente de ordem judicial. Cuidado, pois o judiciário pode controlar esse ato, principalmente no que diz respeito à sua finalidade e legalidade.

Dispensa as formalidades do ato? NÃO. Formalismo não tem nada a ver com autoexecutoriedade.

Subdivide-se (doutrina majoritária):

2.1. Exigibilidade: decidir sem o judiciário. Independentemente do judiciário. **Meio de coerção indireto.** Todo ato administrativo tem exigibilidade.

2.2. Executoriedade: executar sem o poder judiciário. Recolher o dinheiro para o pagamento de multa, por exemplo. **Meio de coerção direto.** Nesse caso, o estado nem sempre pode. Somente pode se previsto em lei, ou se a situação for urgente.

Todo administrativo – poder de polícia – é auto executável? Não, deve estar previsto em lei ou a situação ser urgente.

3) Coercibilidade

Obrigatoriedade, imperatividade (lembrar que **PODER EXTROVERSO** da administração é sinônimo de imperatividade – um dos atributos do ato administrativo)

O CTN (art. 78) permite a cobrança de tributo pelo exercício do poder de polícia (taxa de polícia). Taxa: Tributo vinculado à prestação estatal. Qual a prestação estatal? É a diligência para o exercício do ato de polícia. A taxa é o valor dessa diligência.

O poder de polícia tem campos diversos de atuação:

- Polícia sanitária

- Pesos e medidas

- Divertimentos Públicos

- Controle de som

- Caça e pesca

- Limites para construir

- Bebidas alcoólicas

Em suma:

DISCRICIONARIEDADE	AUTOEXECUTORIEDADE	COERCIBILIDADE
Em regra, a Administração Pública tem a liberdade de definir a oportunidade e conveniência da prática dos atos de poder de polícia.	A Administração Pública pode, com os seus próprios meios, executar seus atos e decisões, sem precisar de prévia autorização judicial.	Significa que as medidas adotadas pela Administração podem ser impostas coercitivamente aos particulares.
Ex: a definição do dia e do local onde haverá uma fiscalização da vigilância sanitária.	Ex: pode interditar um estabelecimento comercial sem autorização judicial.	Ex: o poder público pode apreender as mercadorias estragadas de um supermercado.
Obs.: a lei poderá impor que determinado ato de poder de polícia seja vinculado. Ex: licença para o exercício de uma profissão.	Obs.: nem sempre a autoexecutoriedade da Administração será suficiente. É o caso, p. ex., da multa. Se o particular não quiser pagar, será necessário propor ação judicial contra ele.	Obs.: a autoexecutoriedade e a coercibilidade estão intimamente ligadas e alguns autores trabalham os dois atributos como sendo sinônimos.

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. FORMAS DE PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: a centralização, descentralização e a desconcentração.

1.1. CENTRALIZAÇÃO

A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Em outras palavras, é quando a atividade é prestada pelo centro, núcleo da administração.

1.2. DESCENTRALIZAÇÃO

Quando a atividade administrativa é retirada do núcleo para pessoas de fora da administração direta (sejam elas da administração indireta ou particulares). Trata-se de forma descentralizada de prestar atividade administrativa. (“centro/núcleo → fora”)

Quando um serviço se desloca do estado para município ou união, há descentralização administrativa? Haverá transferência entre entes políticos, é chamado de **descentralização política**. Não é matéria de administrativo, é matéria de Constitucional. Aqui, nos preocupamos com ente político para a indireta, ente político para o particular.

1.3. DESCONCENTRAÇÃO

Deslocamento, distribuição dentro da mesma pessoa jurídica. Se um serviço sai do Ministério B para o C, se isso acontece dentro da mesma pessoa jurídica, é desconcentração. Forma desconcentrada de prestação do serviço. (“pessoa desconcentra!”)

A desconcentração, que é um fenômeno de distribuição interna de partes de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, refere-se à organização interna de cada pessoa jurídica. Ela não prejudica a unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um consistente vínculo denominado hierarquia, podendo ser em razão da matéria, do grau de hierarquia ou do território, como ocorre na distribuição das atividades entre os órgãos públicos.

1.4. DESCONCENTRAÇÃO X DESCENTRALIZAÇÃO

DESCONCENTRAÇÃO	DESCENTRALIZAÇÃO
Deslocamento ocorre na mesma pessoa jurídica**.**	Deslocamento para nova PJ/PF. (regra é para pessoa jurídica, mas excepcionalmente pode ser para pessoa física.).
Tem como base a hierarquia. Quando alguém manda deslocar um serviço dentro da mesma PJ**.**	Não existe hierarquia entre Administração Direta e Indireta e Direta e Particulares, há controle e fiscalização.
Há subordinação**.**	Não há subordinação!

É possível DESCENTRALIZAÇÃO para pessoa física de serviço público?

Lei: PERMISSÃO de serviço pode ser feita à pessoa FÍSICA ou JURÍDICA. AUTORIZAÇÃO de serviços públicos pode ser feita à pessoa FÍSICA.

2. INSTRUMENTOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Os instrumentos podem ser:

a) Outorga (somente pela lei);

b) Delegação (pela lei, via contrato ou via ato administrativo).

Vejamos:

2.1. OUTORGA

Quando se transfere por outorga, significa dar a TITULARIDADE mais a EXECUÇÃO do serviço. Transfere-se a propriedade sobre o serviço e a sua execução. Ao dar o poder sobre esse serviço, transfere-se o domínio sobre o serviço. Outorga deve ser **mediante lei**, em virtude da **drasticidade.**

Necessariamente, só pode acontecer a outorga do serviço público para a administração **INDIRETA**. **E só pode ser a indireta de DIREITO PÚBLICO.**

Autarquias/Fundações Públicas de Direito Público.

Descentralização por serviço, funcional ou técnica.

(Corrente Majoritária – ponto divergente).

Para as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são também pessoas que compõem a Administração Indireta - porém regidas pelo direito privado - a descentralização seria somente da execução dos serviços, feita mediante delegação formalizada por lei, conforme estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal.

2.2. DELEGAÇÃO

A administração transfere somente a EXECUÇÃO do serviço retendo a titularidade. A delegação pode ser LEGAL, via CONTRATO ou via ATO ADMINISTRATIVO.

Descentralização por colaboração.

Vejamos:

2.2.1. Delegação Legal

Feita por **LEI** às pessoas da ADMINISTRAÇÃO **INDIRETA**. São beneficiadas as pessoas jurídicas de **DIREITO PRIVADO** - empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas de direito privado.

2.2.2. Delegação via contrato administrativo

Feita ao PARTICULAR - **concessionárias *e* permissionárias** de serviço público. É necessária autorização legislativa, por meio de lei específica. A concessão somente para PJ, já a permissão pode ser feita à PF.

OBS: concessão e permissão são constituídas por CONTRATO ADMINISTRATIVO.

2.2.3. Delegação via ato administrativo

Feita ao PARTICULAR também – autorizativas de serviço público. (Relacionar: **A**to **A**dministrativo → **A**utorizativas). Exemplo: taxi, despachante.

OBS – delegação via contrato e ato administrativo será estudado ao fim, em serviços públicos.

A administração pode **outorgar** a concessão de serviço público ao particular. CERTO. Porque não é a definição de outorga, é outorga em sentido amplo, sentido vulgar, neste caso é no sentido de dar, de fazer de realizar a concessão. Isso porque a CF também fez (‘errou’) em vários dispositivos.

Estaria errado se fosse “a concessão é uma **outorga** de serviço público ao particular” – aqui seria em sentido técnico, sabemos que a concessão é uma **delegação** de serviço ao particular.

A descentralização da atividade administrativa pode ser feita a **PF** ou PJ. CERTO. A descentralização na **permissão e autorização de serviço público pode ser** feitas à pessoa física. Ex: táxi.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXTROVERSA E INTROVERSA

O que é Administração Pública EXTROVERSA e INTROVERSA?

As relações administrativas, efetivadas pela Administração Pública, podem ter como destinatários os administrados, particulares de fora da Administração ou os próprios órgãos e Entes administrativos.

No caso de as relações jurídicas administrativas serem constituídas em face dos administrados, teremos a chamada **Administração EXTROVERSA**, eis que nelas existem ações extroversas, que incidem para fora do núcleo estatal atingindo os administrados, a exemplo de ações de polícia administrativa, que frenam a atividade particular em benefício do bem comum.

Essas relações extroversas são fundamentadas, portanto, nos princípios administrativos implícitos da **Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e na Indisponibilidade**, pela Administração, dos interesses dos administrados.

Por outro lado, temos as relações **INTROVERSAS**, que compõem a Administração Introversa, materializando-se pelos atos administrativos realizados entre os Entes Políticos (União, Estado, Municípios e DF), entre esses e os órgãos da Administração Direta e entre esses entre si.

Tratam-se, assim, das relações jurídicas administrativas realizadas internamente, no âmbito da estrutura interna administrativa e, por isso, são considerados instrumentais em relação à Administração Extroversa, já que os órgãos e pessoas jurídicas devem se organizar, relacionando-se, a fim de efetivar as políticas públicas e atividades diversas de execução material, em prol do bem comum.

O que significa dizer que a administração EXTROVERSA é finalística e a introversa é INSTRUMENTAL? Significa dizer que a administração pública **extroversa** (atinge os administrados) é a faceta da administração pública que visa a atingir os fins constitucionalmente determinados, de acordo com a competência distribuída a cada ente pela CF, ao passo que a administração pública introversa (relações internas – entes) é o instrumento de que dispõe a administração extroversa para atingir esses fins.

4. TEORIAS QUE EXPLICAM A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SEUS AGENTES

Temos três teorias aqui: teoria do mandato, teoria da representação e por fim teoria do órgão ou da imputação. Vejamos:

4.1. TEORIA DO MANDATO

Segundo esta teoria todo poder do agente decorre de um contrato de mandato que ele celebra com o Estado.

Crítica: quem irá assinar esse contrato pelo Estado? Esta teoria não pode ser aplicada, porque o Estado não tem como manifestar sua vontade sem a pessoa física, sem a presença do agente, ele sequer poderá assinar o contrato de mandato.

4.2. TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

Segundo esta teoria toda relação estado agente acontece igual na tutela e na curatela. O Estado é representado por seu agente.

Crítica: Na tutela e curatela trata-se de um incapaz. Com base na incapacidade, temos um incapaz que precisa de um representante para completar os atos da vida civil. Tem-se alguém representando a vontade de um incapaz. Isso significaria dizer que o estado é incapaz. Teoria pode ser aplicada ao nosso ordenamento? NÃO. Se o estado responde pelos atos dos agentes ele não é incapaz, se ele é responsável, não precisa de representante.

E mais: adotando esta corrente, não se poderia imputar nada ao estado, afinal, ele está apenas sendo representado! A responsabilidade deveria ser atribuída aos seus agentes...solução ineficaz.

4.3. TEORIA DO ÓRGÃO OU DA IMPUTAÇÃO

Segundo esta teoria a vontade do estado está nas mãos do agente e o agente realiza a vontade do estado porque quem **determinou foi a lei**, a lei imputou a ele essa função. Relação ESTADO-AGENTE decorre da previsão LEGAL.

A vontade da PJ estado deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão reside no princípio da **imputação volitiva,** ou seja, a vontade do OP é imputada à PJ a cuja estrutura pertence.

Na verdade, quando o agente está realizando a função pública, está manifestando sua vontade também, sua vontade se confundiria com a do Estado, e elas formam, constituem uma única vontade. Por esta razão, a CF diz que o estado responde pelos atos dos agentes no exercício da função. **Teoria aplicada no BR.**

5. <u>ÓRGÃO PÚBLICO</u>

5.1. PREVISÃO LEGAL

Art. 1º §2º, I 9784/99 – Processo Administrativo

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

*I - órgão - a **UNIDADE DE ATUAÇÃO** integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;*

Administração foi dividida em vários núcleos, em vários centros, cada um com uma especialidade. Tirado da ideia dos órgãos do corpo humano. Por isso, esses núcleos de competência especializada são chamados de órgãos públicos.

5.2. CONCEITO

É o ***compartimento*** da estrutura estatal a que são cometidas ***funções determinadas***, sendo composto por *agentes que, quando as executam estão exteriorizando a própria vontade do estado*. (relacionar este conceito com a Teoria da Imputação). É um círculo efetivo de poder que para tornar efetiva a vontade do estado, precisa estar integrado por agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello os define como unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições de poderes funcionais do Estado, repartidos no interior da personalidade estatal e expressados por meio dos agentes neles providos.

A criação dos órgãos públicos representa um processo de desconcentração da atividade administrativa e, em razão do princípio da legalidade, essa estruturação não pode ser realizada pelo administrador, dependendo de previsão legal. A lei que cria o órgão público também estabelece a sua estrutura organizacional, fixa competências e impõe limites às pessoas físicas.

5.3. ÓRGÃO PÚBLICO PODE CELEBRAR CONTRATO?

Exemplo: das crianças na escola pública municipal que se furam os olhos. De quem os pais cobram a indenização? Não é da escola nem da prefeitura, dois órgãos públicos. Órgão Público ***não tem personalidade jurídica***. Não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Logo, quem pode pagar a indenização é o Município.

Então OP não pode ser parte no contrato, NÃO PODE CELEBRAR CONTRATO. Mas lícita, vai cuidar da execução do contrato depois, faz a gestão do contrato.

Quem assina na verdade é a Pessoa Jurídica, quem assina é o representante, o prefeito, o presidente. O que acontece é que a competência para assinar o contrato é delegada, para ministros (ministérios) etc., os dirigentes. MAS a parte que está celebrando o contrato é a **PESSOA JURÍDICA.**

No estudo dos órgãos públicos é interessante lembrar a **teoria da institucionalização**, segundo a qual os órgãos públicos, embora não contem com personalidade jurídica, podem adquirir vida própria.

Exceção: Art. 37, §8º da CF – única ressalva. Permite contrato de gestão entre entes da administração, entre OP e entre administradores.

CF Art. 37 § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos ÓRGÃOS e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

A Lei 13.934/2019 regulamentou o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado "contrato de desempenho", no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

O contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

5.4. COMO PODE O ÓRGÃO PÚBLICO NÃO TER PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS TER O CNPJ?

A receita federal precisava saber de onde sai e para onde vai o $, especialmente porque dependendo do caminho gera renda, e se gera renda gera imposto de renda. Receita: "apesar de reconhecer que OP não tem PJ, ele recebe dotação orçamentária, então terá de ter CNPJ.", isso não significa dar a ele PJ. O objetivo é acompanhar o fluxo do recurso.

5.5. OP NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PODE IR A JUÍZO?

NÃO. A exemplo da massa falida e do espólio, que não tem personalidade, o OP só poderá ir a juízo em situações específicas, em situações determinadas, visto que não pode ser sujeito de direito e de obrigações. EXCEPCIONALMENTE a doutrina e jurisprudência dizem que ele pode ir a juízo em busca de prerrogativas funcionais.

DIVERGÊNCIA: OP pode ser réu? Para a maioria ele só vai a juízo como sujeito ATIVO, ele vai pedir alguma coisa, no exercício de prerrogativa funcional, não responde por seus atos.

Exemplo: Câmara municipal deixa de receber verba do orçamento do município como represália do prefeito. Nesse caso, a câmara pode ir a juízo buscar a verba, pois está em busca de prerrogativa da função.

6. CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

6.1. DE ACORDO COM A POSIÇÃO ESTATAL

1. Independentes;
2. Autônomos;

3. Superiores;
4. Subalternos.

6.1.1. Independentes

Aquele que está no TOPO da estrutura estatal. Aquele que goza de independência: TOTAL liberdade, não sofre qualquer relação de subordinação.

Exemplo: Presidência da República. Existe o controle de um poder pelo outro (separação dos poderes), mas não se subordina a ninguém.

6.1.2. Autônomos

Aquele que goza de autonomia: significa uma ampla liberdade, mas está subordinado aos órgãos independentes e sofre então a relação de subordinação.

Exemplo: Ministério, Secretarias de Estado, Municipais.

6.1.3. Superiores

Tem poder de decisão, MAS subordinado aos independentes e autônomos. Não tem autonomia. Exemplo: gabinetes – da presidência, do ministro...procuradorias.

6.1.4. Subalternos

Não tem poder de decisão, não decide nada, é na verdade órgão de execução, cumpre as determinações dos independentes, autônomos e superiores.

Exemplo: almoxarifado, zeladoria, departamento de recursos humanos.

Dependendo do tamanho da administração, um mesmo exemplo pode ter mais de uma classificação. Exemplo: zeladoria superior e zeladoria subalterna.

6.2. DE ACORDO COM A ESTRUTURA

1. Simples (não tem ramificação);
2. Compostos (tem ramificação).

6.2.1. Simples (não tem ramificação)

Não tem agregados, ele existe só.

Exemplo: gabinetes na sua maioria.

6.2.2. Compostos (tem ramificação)

Delegacia de ensino e as escolas ligadas a ela, posto de saúde e hospitais.

OBS: não existe órgão complexo, apenas ATO. O órgão é simples ou composto.

6.3. DE ACORDO COM A ATUAÇÃO FUNCIONAL

Agentes que compõe o órgão.

1. Singular;
2. Colegiado.

6.3.1. Singular

Tomada de decisão é feita por um agente.

Exemplo: Presidência da República, Prefeitura Municipal, Juízo monocrático.

6.3.2. Colegiado

Tomada de decisão é feita com mais de um agente.

Exemplo: casas legislativas e tribunais.

ÓP é possível na administração direta e indireta? SIM. Lei 9784/99 prevê em seu artigo 1º. Exemplo: INSS, em cada cidade com sua competência territorial.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. CONCEITO

Administração Direta ou centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos Entes Federativos (União, Estados, DF e Municípios).

2. PRERROGATIVAS

Os entes que compõem a Administração Direta, por serem pessoas jurídicas de direito público, estão sujeitos às prerrogativas e obrigações inerentes a esse regime, o que é extensível às suas estruturas internas, isto é, aos seus órgãos.

São elas:

- Subordinação aos procedimentos financeiros públicos, como regras de contabilidade pública e aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar na 101/00).
- Submissão às exigências de concurso público (art. 37, II, da CF) e do dever de licitar (art. 37, XXI, da CF).
- Os seus atos administrativos gozam dos atributos de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de coercibilidade, e, da mesma forma que seus contratos, seguem o regime administrativo, contando com as cláusulas exorbitantes.
- Gozam de privilégios tributários, tal como a imunidade recíproca para os impostos (conforme art. 150, VI, “a”, da CF).
- Tratamento de Fazenda Pública.
- Seus bens estão protegidos pelo regime público, sendo alienáveis de forma condicionada, impenhoráveis, imprescritíveis e não podem ser objeto de oneração.
- O pagamento de seus débitos judiciais está sujeito ao regime de precatório previsto no art. 100 da CF.

3. CARATERÍSTICAS GERAIS (servem para todas pessoas da administração indireta)

As características são as seguintes:

1. As pessoas jurídicas da administração indireta têm personalidade jurídica própria;
2. Criação ou extinção das pessoas jurídicas da Administração indireta depende de lei;

3. Cada PJ da indireta tem uma finalidade específica prevista em lei (princípio da especialidade);

4. As PJ da administração indireta não têm fins lucrativos;

5. Administração direta tem relação de controle com a Administração Indireta.

Vejamos:

3.1. AS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA.

Isso significa que elas respondem por seus atos.

Têm patrimônio e receita próprios. Independente da origem do patrimônio ou receita. Caindo em seus cofres o dinheiro passa a ser dela.

Elas têm autonomia administrativa, técnica e financeira.

As PJ da administração indireta têm autonomia política? **FALSO**. Nem mesmo a agência reguladora, esta regula, normatiza, mas sendo complementar à previsão legal.

3.2. CRIAÇÃO OU EXTINÇÃO DAS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DEPENDE DE LEI.

Depende de lei (art. 37, inc. XIX da CF). CF diz "LEI ESPECÍFICA" – ou seja, LEI ORDINÁRIA ESPECÍFICA, isso significa dizer que as PJ da indireta, cada uma delas terá sua própria lei.

> *CF Art. 37*
> *XIX - somente por lei específica poderá ser CRIADA autarquia e AUTORIZADA a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (de direito privado), cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;*

OBS: qual diferença? LEI CRIA autarquia e lei AUTORIZA a criação da Empresa pública, sociedade de economia mista e fundação de direito privado (FDPR).

Hoje, doutrina e jurisprudência majoritárias admitem que a fundação pública pode submeter-se a qualquer dos regimes. Assim, o Poder Público poderá instituir uma fundação e dar a ela o regime público ou o regime privado. No caso, a fundação pública é considerada espécie de autarquia, denominada autarquia fundacional, portanto, a lei cria essa pessoa jurídica. De outro lado, a fundação pública pode receber o regime privado, sendo então denominada fundação governamental, submetida ao mesmo regime das empresas públicas e das sociedades de economia mista, logo, a lei autoriza a sua criação.

Significa que basta a criação da autarquia por lei que ela está pronta. Quanto a "autorizar", a lei vai autorizar a criação, mas para que ela exista efetivamente, precisará de **REGISTRO** (se a PJ tiver natureza empresarial, registra-se o contrato social na Junta Comercial. Se não for de natureza empresarial registra-se o estatuto no CRPJ).

Se a lei cria a autarquia, ela também a extingue. Se a lei autoriza a criação das EP, SEM e FDPR, ela terá de autorizar a sua extinção também. É o que conhecemos por **paralelismo de formas.**

Lei complementar definirá as possíveis finalidades da fundação. Para a criação dessa **fundação** haverá a lei ordinária específica autorizando + registro, a lei complementar **só definirá as possíveis finalidades de forma abstrata.**

3.3. CADA PESSOA JURÍDICA DA INDIRETA TEM UMA FINALIDADE ESPECÍFICA PREVISTA EM LEI. (PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE)

Somente se altera essa finalidade por meio de lei (aplica-se também o paralelismo de formas). **Princípio da especialidade.** Imunidade tributária e alguns privilégios são ligados a essa finalidade.

4. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades De Economia Mista, Empresas Públicas.

4.1. NÃO TEM FINS LUCRATIVOS

PJ da administração indireta não tem FINS lucrativos. V ou F? VERDADEIRO. Foi criada para o lucro? Não.

As pessoas da administração indireta não têm lucro. FALSO.

Então, as pessoas jurídicas da administração indireta NÃO têm fins lucrativos. No caso de Autarquias e fundações é fácil de entender. Mas quando se fala de EP e SEM: para que o estado as institui? Para prestar serviços públicos ou atividade econômica (pode visar lucro? Art. 173 da CF = "o estado não intervirá na atividade econômica, apenas através da EP e da SEM quando for imprescindível à segurança nacional e for de interesse coletivo". (***NÃO pode visar lucro em sua instituição, embora ele seja possível***.)

> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado* ***só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo****, conforme definidos em lei.*

4.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA TEM RELAÇÃO DE CONTROLE COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.

AD em relação a AI: Não existe hierarquia – descentralização – mas estão sujeitas a controle. Que controle é este? Pode se dar pelo LEGISLATIVO, pelo JUDICIÁRIO ou pelo próprio PODER EXECUTIVO.

Esse controle poderá ser realizado dentro da própria pessoa jurídica, caracterizando um controle interno ou, ainda, por pessoas ou órgãos estranhos à sua estrutura, configurando um controle externo.

4.2.1. Poder Legislativo controlando

TCU (*longa manus* do legislativo) controla **todas** PJ da Administração indireta. A partir de 2005, passa a controlar SEM. CPI pode controlar (Exemplo: CPI dos correios).

Quanto ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, consoante previsão constitucional, ele se efetivará por meio do julgamento das contas dos administradores, apreciação das admissões de pessoal e concessões de aposentadoria, realização de auditorias e inspeções e aplicação de sanções previstas em lei (art. 71 da CF)

4.2.2. Poder Judiciário controlando

Decisões judiciais são formas de controle.

4.2.3. Poder Executivo controlando

Supervisão ministerial. Feito pelo ministério: controle de finalidade (**finalístico**), de receitas e despesas e pode gerar nomeação dos dirigentes da indireta. Significa administração direta controlando, nomeando agentes da indireta (normalmente o presidente nomeia e exonera de forma livre, o que compromete a ausência de hierarquia e subordinação, MAS excepcionalmente ele não pode nomear e exonerar de forma livre, no caso do Banco Central e Agências Reguladoras, Art. 52 da CF, precisa de prévia autorização do Senado Federal – "**Capture Theory**").

No que tange ao controle feito pela Administração Direta, ele poderá ser: um controle ordinário, referente a uma tutela ordinária, podendo ser de legitimidade, de mérito, preventivo ou repressivo, tudo conforme previsão legal; ou, ainda, um controle extraordinário, o qual ocorre em circunstâncias excepcionais, graves distorções que independem de lei. Esse controle é feito via supervisão ministerial, sendo realizado pelo Ministério ao qual está ligada determinada pessoa jurídica.

Os fins desse mecanismo de controle são: assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seus atos de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo; zelar pela obtenção de eficiência administrativa; zelar pela autonomia administrativa, operacional e financeira.

Agora iremos ao estudo de cada uma das entidades da administração indireta.

5. FUNDAÇÃO

5.1. CONCEITO

Patrimônio destacado por um fundador para uma finalidade específica. Patrimônio personalizado.

5.2. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO

Fundação Pública. Está na administração indireta, é estudada pelo direito administrativo.

1ªC: Hely Lopes Meirelles (HLM): toda fundação pública é de direito privado.

2ªC:Celso Antônio Bandeira de Mello (CABM): toda fundação pública é de direito público.

3ªC: MAIORIA E STF: é possível que a fundação pública seja instituída nos dois regimes, é possível que seja de direito público ou de direito privado.

5.3. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO

É uma espécie de AUTARQUIA, chamada de autarquia fundacional. Lei cria esta fundação (por ser espécie de autarquia). Esta pode ser transformada em *agência executiva*.

5.4. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO

O poder público pode criar este tipo e dá a ele regime de direito privado. É chamada de **fundação governamental** (JSCF chama as duas de 'fundação governamental' – sentido amplo). Segue o mesmo regime de empresa pública e sociedade de economia mista. Lei autoriza sua criação**.** Esta é a Fundação do art. 37, XIX.

> *CF Art. 37*
> *XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação pública de direito privado, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;*

Observe a seguinte assertiva: **Fundação pública de direito privado é uma espécie de empresa pública e de sociedade de economia mista**. FALSO. Segue o mesmo regime, mas não é espécie porque essas duas tem natureza empresarial.

5.5. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PARTICULAR

Chama-se esta **Fundação PRIVADA**. Exemplo: Fundação Ayrton Senna. Quem estuda esta fundação é o Direito Civil, ela não está na administração pública.

*Há supervisão pelo MP das Fundações Públicas (art. 66 CC)?

> *CC Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*

JSCF: Se justificaria pela necessidade de se fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi instituída. Trata-se, portanto, de controle finalístico.

Entretanto, no caso de **fundações <u>instituídas pelo poder público</u>** (privadas ou públicas), é dispensável essa fiscalização, independente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Ressalto que as fundações privadas instituídas pelo poder público não se submetem integralmente ao CC, por isso mesmo, uma das regras que não incide é esta.

6. <u>AUTARQUIA</u>

6.1. CONCEITO

Autarquia é uma PJ de direito público, é criada ou extinta por lei, tem finalidade própria, não tem fins lucrativos, é sujeita a controle pela administração direta.

Tem como objetivo desenvolver ***atividades típicas de estado***, não se pode dar a qualquer pessoa.

Regime da autarquia é praticamente o mesmo da administração direta. Então qual a diferença? Ela não é da direta, pois a direta é ente político, tem capacidade política. A autarquia não. Ela é administrativa, serve para administrar, **não tem aptidão ou capacidade política**.

JSCF: PJ de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.

Personalidade Jurídica (JSCF): sendo criadas por lei, tem o início de sua existência no mesmo momento em que se inicia a vigência da lei criadora (estreita conexão com o princípio da legalidade).

Os seus negócios, patrimônios e recursos são próprios, haja vista que desfrutam de personalidade jurídica própria e autonomia técnica, financeira e administrativa, independentemente de sua origem. Seu patrimônio pode ser transferido pela Administração Direta ou adquirido pela autarquia diretamente, enquanto as receitas podem ser oriundas do orçamento e de sua própria atividade

6.2. REGRAS DO REGIME JURÍDICO DA AUTARQUIA

Aqui estudaremos:

- Atos da autarquia;

- Contratos da autarquia;
- Responsabilidade civil da autarquia;
- Bens autárquicos;
- Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia;
- Procedimentos financeiros das autarquias;
- Prescrição para autarquia;
- Privilégios tributários das autarquias;
- Privilégios processuais das autarquias;
- Regime de Pessoal das autarquias.

6.2.1. Atos da autarquia

Atos praticados pelas autarquias são **atos administrativos**, sendo assim têm todos os elementos, características dos atos administrativos (serão vistos oportunamente).

São autoexecutáveis.

Aplica-se o princípio da autotutela.

6.2.2. Contratos da autarquia

Contratos celebrados pela autarquia são **contratos administrativos**, portanto estão caracterizados com o dever de licitar que decorre de dois dispositivos 37, XXI da CF e no art. 1º da lei 8.666/96 (lei de licitações e contratos) e podem ter cláusulas exorbitantes.

> *CF Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*
>
> *8.666 Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

6.2.3. Responsabilidade civil da autarquia

Ela se submete ao art. 37, parágrafo 6º, CF? Sim.

CF Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade da autarquia é objetiva ou subjetiva? Hoje, a responsabilidade não só da autarquia como de todo estado é objetiva, coexistem pacificamente no Brasil as duas teorias. MAS a regra geral é OBJETIVA.

*Responsabilidade civil no Brasil

a) Objetiva: no Brasil, adota-se a objetiva quando há ação.

- Conduta

- Dano

- Nexo de causalidade entre eles.

b) Subjetiva: quando há omissão.

- Conduta omissiva

- Dano

- Nexo de causalidade

- Prova da culpa/dolo

OBS: Dano da autarquia, responsabilidade do Estado?

1ªC- Há corrente que apoia a responsabilidade solidária, não há ordem de preferência entre eles, pode-se cobrar de um, de outro, dos dois ao mesmo tempo.

2ªC - NO BRASIL, essa responsabilidade é ***subsidiária***, o Estado só vai ser chamado se a autarquia não tiver mais fundos para indenizar. Ordem, preferência. REGRA.

Responsabilidade do Estado por ato de autarquia é objetiva. **V ou F? VERDADEIRA**. O Estado responde objetiva e subsidiariamente por ato de autarquia. Exemplo: motorista de autarquia atropela pedestre, a vítima pede indenização, a autarquia não tem fundos, então a vítima terá que provar a responsabilidade objetiva da autarquia perante a vítima em face ao estado. O conjunto probatório que ela tem que usar contra o estado é o mesmo que utilizou contra a autarquia. ***Mesmo o Estado descentralizando, responderá subsidiariamente.***

Marinella: tanto faz se a PJ é de direito público ou privado, pública ou particular. A responsabilidade é objetiva, e subsidiária do Estado, isso porque é o seu dever prestar o serviço e se o transferiu e não fiscalizou, ele deve ser responsável igualmente.

6.2.4. Bens autárquicos

É bem público, segue todo regime de bem público. Características: impenhorabilidade, inalienabilidade e impossibilidade de oneração e imprescritibilidade.

Inalienabilidade: é ***inalienável de forma relativa*** ou ***alienável de forma condicionada***. Exemplo: para ele ser alienado ele deve ser desafetado + requisitos do art. 17 da lei 8666 (vários!).

Impenhorável: não pode ser objeto de penhora/arresto/sequestro. Quando acontece a penhora, o que vai acontecer ao fim é a alienação, no fim do processo o juiz não poderá adjudicar, transferir nem alienar. O fato de serem impenhoráveis decorre em consequência da inalienabilidade. Por que não pode o arresto nem sequestro? Efeito natural, não podendo alienar, de nada vai adiantar o arresto o sequestro, visto que são cautelares que na execução serão convertidas em penhora.

Exceção: é possível sequestrar dinheiro no caso de desrespeito à ordem de precatório. Há entendimento que é possível o sequestro no caso de medicamentos, desde que seja caso urgente.

Impossibilidade de oneração: decorre ainda da inalienabilidade.

Oneração = direito real de garantia = penhor e hipoteca.

Penhor = garantia fora do juízo, Penhora = garantia dentro do juízo, na execução.

Hipoteca = bens imóveis.

Imprescritibilidade: bem público não pode ser objeto de usucapião. PORÉM o estado pode usucapir bem de particular (não pode ser objeto de prescrição aquisitiva).

6.2.5. Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia

> *Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

Qual a garantia então que o credor irá receber o que lhe é devido? Pelo regime de precatório***. Fila própria.***

Cada autarquia tem sua fila de espera para o recebimento.

Débitos alimentares respeitam a ordem do regime de precatórios? Sim, tem uma fila específica, não é a geral.

Exemplo: do estado pagando alimentos - débitos que tem como base salário de servidor tem natureza alimentar, tendo assim fila própria.

6.2.6. Procedimentos financeiros das autarquias

Sendo pessoa pública, a contabilidade dela só pode ser pública e os procedimentos financeiros são públicos, respeitando a Lei 4320/64, estando sujeita a lei de responsabilidade fiscal (LC 101/00). Submete-se ao **Tribunal de Contas.**

6.2.7. Prescrição para autarquia

O prazo prescricional para ajuizar ação contra a autarquia, sendo Fazenda Pública é de 05 anos (Decreto 20910/32).

Pacífico no STJ que o prazo é de cinco anos, pois lei especial prevalece sobre o CC, princípio da especialidade.

6.2.8. Privilégios tributários das autarquias

Art. 150, VI, "a" da CF. ***Imunidade recíproca***: União não paga **impostos** para Estado e vice-versa, Município não paga para União e vice-versa, entes políticos tem imunidade recíproca para cobrança de impostos. Imunidade recíproca é apenas para **IMPOSTO**.

Esta imunidade é extensiva às autarquias pelo parágrafo 2º do Art. 150.

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *[...]*
> *VI - Instituir **impostos** sobre:*
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
> *§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é **extensiva às autarquias** e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, **vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.***

Aplicam-se as autarquias, assim como fundações de direito privado/público instituídas pelo PP. Ela paga TAXA e CONTRIBUIÇÃO.

Autarquia jamais pagará imposto? FALSO. A imunidade do 150, VI, a é somente no que tange à finalidade ESPECÍFICA da autarquia.

Exemplo: uma pessoa doa para autarquia uma propriedade rural, a autarquia até então não usou a propriedade, não deu finalidade nenhuma para a propriedade: ela vai pagar o imposto inerente a ela, ela só não pagará se estiver ligada à finalidade específica. Então se ela tem renda, patrimônio etc., e não está ligado à finalidade específica, ela poderá pagar imposto.

6.2.9. Privilégios processuais das autarquias

4) Prazo dilatado: art. 183 do CPC

> *Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em*

> *dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal*

Autarquia tem prazo em dobro para todas as suas manifestações.

OBS: se o procedimento for da lei específica, MS etc., será o da lei específica. Esta é a regra geral, mas não é a regra absoluta. Exemplo: MS.

5) Reexame necessário/recurso de ofício.

É uma condição de eficácia da sentença proferida contra o Poder Público, previsto no art. 496 do CPC.

> *Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
> *I - Proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;*
> *II - Que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.*
> *§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.*
> *§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.*
> *§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:*
> *I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;*
> *II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;*
> *III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.*
> *§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:*
> *I - Súmula de tribunal superior;*
> *II - Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
> *III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*
> *IV - Entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.*

Há determinadas circunstâncias em que a sentença não transita em julgado, para que isso ocorra é necessária a confirmação da sentença pelo tribunal.

O reexame necessário ocorre apenas do primeiro para o segundo grau.

Os §§ 3º e 4º do art. 496 traz as exceções ao reexame necessário.

6) Competência

Tratando-se de Autarquia Federal, a competência será da Justiça Federal. Também será da competência da Justiça Federal o julgamento de mandados de segurança contra atos de autoridade federal, como é o caso dos agentes de autarquias federais.

Quando se tratar de uma autarquia estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual, conforme disposições da lei estadual de organização judiciária.

7) Súmula 483 do STJ

> *STJ – Súmula 483: O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.*

Sendo o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS autarquia federal equiparada em prerrogativas e privilégios à Fazenda Pública, nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.620/93, não lhe é exigível o depósito prévio do preparo para fins de interposição de recurso, podendo efetuá-lo ao final da demanda, se vencido (Código de Processo Civil, artigo 27).

> Essa súmula, contudo, não trata de isenção do pagamento de custas ou despesas processuais para o INSS. Ela afirma apenas que o INSS não precisa fazer o depósito ***prévio*** do preparo, podendo fazer apenas ao final, caso seja vencida.
>
> Em outras palavras, a súmula em questão afirma que se aplica ao INSS o art. 27 do CPC e o art. 1ºA da Lei n.° 9.494/97:
>
> *Código de Processo Civil:*
> Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.
>
> *Lei n.°9.494/97:*
> Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

6.2.10. Regime de pessoal das autarquias

Se a PJ é de direito público, quem trabalha nela é servidor público (regra geral).

Celetista (CLT) ou estatutário? Cronologia histórica:

CF/88 Original: dizia que servidor público estava sujeito ao regime jurídico único. O regime devia ser um só. OU todos estatutários ou todos celetistas. O Brasil, na maioria dos entes era estatutário, mas alguns Municípios adotaram regime celetista, o que não se permitia era a mistura.

EC 19/98: aboliu o regime jurídico único substituindo-o pelo regime múltiplo. Era possível os dois regimes ao mesmo tempo, na mesma PJ poderíamos ter estatutários e celetistas, dependeria da lei, se a lei cria cargo – estatutário, se a lei cria emprego - celetista (CLT). Como muitos já tinham estatutário, preferencialmente se manteve.

ADIN 2135: STF reconheceu a inconstitucionalidade formal do art. 39. Houve erro no procedimento, projeto foi aprovado na primeira casa 2x, na segunda foi alterado substancialmente,

não devolveram à 1ª, sendo assim não cumpriram o procedimento legislativo exigido. **JSCF:** Suspensão da eficácia do dispositivo, ensejando o retorno da norma anterior e, por conseguinte, do regime único.

O efeito da cautelar da ADI foi EX NUNC, portanto daqui para frente não se poderá mais misturar os regimes, e os que já estão misturados será decidido futuramente no mérito.

Então, após esta ADI em sede de cautelar o regime é ÚNICO. NÃO significa estatutário, mas este é o preferencial para União, Estados, Municípios. Porém, se cair na prova que na União o regime é estatuário, é sim, mas pode ser que tenha celetista. No âmbito federal temos o regime estatutário porque a Lei 8.112 determinou assim.

Alguns doutrinadores chegaram afirmar que TINHA que ser regime estatutário, mas voltaram no posicionamento, dizendo que tem que ser um só regime, mas não necessariamente o estatutário.

6.3. CONSELHOS DE CLASSE

Surge **inicialmente** com natureza de **autarquia**. Porém, com a Lei 9649/98 conselhos de classe se tornam PJ de direito PRIVADO.

Serve para controlar, fiscalizar (incluindo aplicar sanção) às diversas categorias profissionais, tem **PODER DE POLÍCIA**.

ADI 1717 - STF reconhece então que Conselho de Classe não pode ter natureza privada, porque exercem poder de polícia, e este, em nome da segurança jurídica não pode ser dado em mãos do particular.

Com esta ADI, os conselhos voltam a ter a natureza de AUTARQUIA (poder de polícia não pode ser delegado ao particular).

O Conselho de Classe enquanto autarquia tem 05 características:

O que se aprendeu em autarquia serve para este conselho;

Anuidade (contribuição) dos Conselhos de classe **tem natureza tributária (regra geral).** Então, o não pagamento gera a execução fiscal (autarquia cobrando tributo);

Estão sujeitas às regras de contabilidade pública/sujeitas a controle pelo Tribunal de Contas;

Estão sujeitas a **concurso público**.

Resumindo:

- Celetista até a edição da CF/88;
- ESTATUTÁRIO (CF/88 e Lei 8.112/90): Entre a CF/88 até a edição da Lei 9.649/98
- CELETISTA (art. 58, § 3º da Lei 9.649/98): Entre a edição da Lei 9.649/98 até o julgamento da ADI 2.135-DF (02/08/2007)

- ESTATUTÁRIO De 02/08/2007 (julgamento da ADI 2.135-DF) até os dias atuais.

6.4. OAB

Ponto feito com base nas informações do Dizer o Direito (https://www.dizerodireito.com.br/2018/11/tcu-decide-que-ira-fiscalizar-as-contas.html)

De acordo com o STF:

> *(...) A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. (...) STF. Plenário. RE 405267, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/09/2018.*

Em razão disso, até agora prevalecia o entendimento de que as contas da OAB não estavam sujeitas à prestação de contas ao TCU. Havia uma decisão do Plenário do TCU dispensando a OAB dessa prestação de contas: Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário.

Argumentos da OAB:

A OAB invoca três argumentos para evitar a submissão de suas contas ao TCU:

1) existiriam duas decisões judiciais transitadas em julgado nas quais teria sido reconhecido que a OAB não teria que se submeter ao TCU:

• RMS 797, do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR);

• ADI 3.026/DF, do STF.

2) a OAB não é autarquia típica, não integra a administração pública, não se submete ao controle da administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada, sendo serviço essencial à justiça, o qual necessita de autonomia e independência.

3) os recursos geridos pela OAB não têm natureza tributária.

Mudança de entendimento do TCU:

Alterando o seu entendimento anterior, o TCU decidiu em 07/11/2018 que as contas da OAB devem também ser analisadas e julgadas pelo Tribunal (Processo TC 015.720/2018-7).

Principais argumentos do TCU apresentados pelo Min. Bruno Dantas:

1) NÃO HÁ COISA JULGADA QUE IMPEÇA A REAPRECIAÇÃO DO TEMA

Decisão administrativa do TCU

Inicialmente, o TCU afirmou o seguinte: a “coisa julgada”, protegida pelo art. 5º, XXXVI, da CF/88, é um atributo das decisões judiciais. Isso significa que a decisão administrativa do TCU no sentido de que a OAB não está sujeita à prestação de contas pode sim ser revista pelo próprio TCU.

Assim, é natural que o TCU revisite temas apreciados no passado, especialmente relacionados ao limite de sua competência, a qual depende da compreensão de cada época a respeito de categorias jurídicas.

RMS 797

O Recurso em Mandado de Segurança 797 do extinto Tribunal Federal de Recursos, invocado pela OAB, foi julgado em 1951, na vigência da Constituição Federal de 1946.

O principal fundamento para essa decisão do RMS 797 foi a de que as anuidades cobradas pela OAB não tinham natureza tributária. Logo, não sendo tributos, não haveria razão para o TCU fiscalizar tais recursos.

Ocorre que, no decorrer de todos esses anos, houve uma profunda mudança no arcabouço jurídico que fundamentou essa decisão, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988.

A CF/88 ampliou sensivelmente a competência do Tribunal de Contas da União, robusteceu os instrumentos de controle, potencializou o dever de transparência das instituições, e definiu, com maior rigor, a natureza tributária de determinadas receitas.

Além disso, a Constituição de 1988 definiu que as contribuições compulsórias cobradas pelos conselhos profissionais são “contribuições de interesse das categorias profissionais” (art. 149), ou seja, possuem natureza jurídica de tributo.

Assim, se levarmos em conta essa mudança e cotejarmos com a ratio decidendi do RMS 767, chegaremos à conclusão de que um dos fundamentos essenciais do RMS 797 foi alterado, qual seja, o de que as contribuições por ela colhidas dos seus inscritos não constituem tributo.

ADI 3026/DF

A ADI 3.026/DF não tratou do dever de prestar contas da OAB perante o TCU.

O pedido da ADI ajuizada pelo Procurador Geral da República foi para declarar a inconstitucionalidade do trecho final do §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/94 e, com isso, declarar que a OAB deveria sim fazer concurso público para o provimento de seus cargos.

Esse era o objeto da ADI, que foi julgada improcedente. Ou seja, o que o STF decidiu e fez coisa julgada foi unicamente que OAB não precisa fazer concurso público.

Toda a fundamentação construída na citada ação foi dirigida ao pedido. Logo, os argumentos utilizados na ADI 3.026/DF não podem ser transportados para um outro tema absolutamente distinto, qual seja, a discussão se a OAB deve ou não prestar contas ao TCU.

2) DA INSERÇÃO DA OAB COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

O Decreto-lei 200/1967, o qual foi recepcionado pela CF/1988, assim define Administração Federal:

> *Art. 4º A Administração Federal compreende:*
> *I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;*
> *II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:*
> *a) Autarquias;*
> *b) Empresas Públicas;*
> *c) Sociedades de Economia Mista.*
> *d) fundações públicas.*

Mais adiante, em seu art. 5º, I, o DL 200/1967 conceitua autarquia:

> *Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*
> *I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

Para o TCU, a OAB preenche todos os requisitos descritos na lei para se enquadrar como autarquia, ou seja, consiste em:

• serviço autônomo

• criado por lei

• com personalidade jurídica

• patrimônio e receita próprios

• para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

A característica de serviço autônomo, com personalidade jurídica, está expressamente descrita no art. 44 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Confira:

> *Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:*
> *(...)*

O Ministro Bruno Dantas apontou que

> *"(...) a OAB desempenha atividade típica da Administração Pública. A atividade de fiscalização é, por essência, uma atividade de Estado, pois interfere diretamente na liberdade individual. É reflexo do poder soberano da sociedade em relação ao indivíduo que, por esse motivo, só pode ser exercido pelo Estado, de forma direta (Administração Pública Direta) ou indireta (Administração Pública Indireta)."*

E o art. 44, § 1º do Estatuto da OAB?

O art. 44, § 1º da Lei nº 8.906/94 prevê que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico".

A interpretação no sentido de que a OAB é uma autarquia não viola esse art. 44, § 1º. Isso porque esse dispositivo legal serve apenas para afirmar que a OAB é uma entidade autônoma e independente, não estando subordinada a qualquer órgão da administração pública.

É só isso que o dispositivo quer dizer.

Ocorre que essa ausência de subordinação ou vínculo não significa dizer que a OAB não está sujeita ao controle do TCU. Ela não mantém subordinação, mas deve prestar contas.

O TCU não exerce, em hipótese alguma, nem o poder hierárquico, nem o poder funcional, sobre seus jurisdicionados.

O que o TCU faz é apenas o controle externo da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos recursos públicos que qualquer pessoa física ou jurídica receba.

Imaginar de forma diversa, seria o mesmo que dizer que órgãos da Justiça, como o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ou os órgãos e entidades essenciais à Justiça, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, estariam vinculados hierarquicamente ou funcionalmente ao TCU por estarem sujeitos ao seu controle.

3) DA NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS GERIDOS PELA OAB

Os recursos geridos pela OAB são recursos públicos?

O TCU entendeu que sim.

O fundamento principal foi o art. 149 da CF/88.

Para o TCU, as anuidades cobradas pela OAB são classificadas como contribuições de fiscalização profissional (art. 149 da CF/88). Logo, possuem natureza de tributo.

Veja o que diz o art. 149:

> *Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

É importante frisar que o art. 149 está inserido no Título VI da CF, que trata “Da Tributação e do Orçamento" e sob o Capítulo I, que estabelece normas sobre o "Sistema Tributário Nacional”.

Assim, sob a óptica da própria Constituição Federal, as contribuições de interesse das categorias profissionais constituem tributo.

A compulsoriedade das contribuições dos advogados inscritos na OAB reforça a natureza tributária dos recursos.

Em suma, o TCU entendeu que:

• A OAB possui natureza jurídica de autarquia.

• Os recursos que a OAB administra são recursos públicos considerando que as anuidades são contribuições enquadradas no art. 149 da CF/88 sendo, portanto, consideradas como tributos.

• Sendo uma autarquia que gerencia recursos públicos, a OAB se submete à jurisdição do Tribunal de Contas do TCU e, portanto, deve ser incluída como unidade prestadora de contas.

• Em outras palavras, a OAB tem o dever de prestar contas ao TCU.

Processo TC 015.720/2018-7

Modulação dos efeitos

Como vimos no início, o antigo entendimento do TCU era no sentido de que a OAB não precisa prestar contas (Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário). Desse modo, houve uma mudança de posição.

Diante disso, o TCU decidiu fazer uma espécie de modulação dos efeitos a fim de que a OAB tenha tempo para se organizar para apresentar essa prestação de contas.

Conforme afirmou o Ministro Raimundo Carreiro:

> *"Como se sabe, a inserção de uma unidade jurisdicionada na sistemática de apresentação de relatórios de gestão e de prestações de contas adotada por este Tribunal requer diversas adaptações organizacionais, com alocação e treinamento de pessoal, padronização de rotinas, desenvolvimento ou adaptação de sistemas informatizados e outros procedimentos cuja implementação – de natureza complexa – demanda esforços operacionais e, por conseguinte, uma cota razoável de tempo. Essa necessidade de prazo razoável se justifica com muito mais razão quando ponderamos a complexidade da estrutura da OAB, com unidades seccionais fincadas em todos os Estados e no Distrito Federal, subdivididas em centenas de subseções, a disciplinar a atuação de mais de um milhão de advogados no País."*

Assim, o TCU decidiu que o novo entendimento fixado deverá ser implementado somente a partir de 2020. Em outras palavras, quando for em 2021, a OAB deverá fazer a prestação de contas ao TCU dos recursos que recebeu em 2020.

Resposta da OAB

O Presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, divulgou nota afirmando que "a decisão do TCU não possui validade constitucional". Confira a íntegra:

> *"A decisão administrativa do Tribunal de Contas da União não se sobrepõe ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Na ADI 3026/DF, o plenário do STF afirmou que a Ordem dos Advogados do Brasil não integra a administração pública nem se sujeita ao controle dela, não estando, portanto, obrigada a ser submetida ao TCU. A OAB concorda com a posição do Ministério Público junto ao TCU, para quem uma eventual decisão do órgão*

> *de contas no sentido de rever a matéria significa o descumprimento do julgado do STF. A OAB, que não é órgão público, já investe recursos próprios em auditoria, controle e fiscalização, sendo juridicamente incompatível gastar recursos públicos, hoje tão escassos, para essa finalidade. A decisão do TCU não cassa decisão do STF, logo não possui validade constitucional."*

Isso significa que certamente a OAB irá questionar a decisão do TCU no STF.

Prognóstico no STF

É difícil fazer um prognóstico de como o STF irá decidir o tema. No entanto, uma análise é certa: o STF não considera a OAB como sendo uma autarquia. Para o STF, a OAB não integra a Administração Pública. Isso é praticamente pacífico no Tribunal e foi agora recentemente reafirmado:

> *(...) A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. (...) STF. Plenário. RE 405267, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/09/2018.*

Desse modo, entendo ser improvável que o STF mude de posição quanto à natureza jurídica da OAB.

Por outro lado, o STF poderá validar o entendimento do TCU com base em outro fundamento: a natureza pública dos recursos geridos pela OAB. Esse é um argumento, a meu sentir, que pode ser acolhido pelo Supremo.

Assim, o STF poderá, em tese, afirmar o seguinte: a OAB não é uma autarquia, não integra a Administração Pública, no entanto, a despeito disso, deverá prestar contas ao TCU em virtude de arrecadar, gerenciar e utilizar recursos públicos (anuidades), nos termos do art. 70, parágrafo único da CF/88:

> *Art. 70 (...)*
> *Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.*

É impossível, contudo, como já dito, fazer previsões concretas. Será necessário aguardar o pronunciamento definitivo do STF.

6.5. AUTARQUIAS TERRITORIAIS

O território tem finalidade política. É **incompatível** com a finalidade da AUTARQUIA. O território foi colocado como autarquia, por não ter melhor forma de alocá-lo. Foi uma decisão histórica, de momento.

6.6. AUTARQUIA DE REGIME ESPECIAL

6.6.1. Conceito e histórico

É uma autarquia. Tudo que já vimos até agora serve, porém possui algumas peculiaridades.

Foram utilizadas inicialmente para nossas Universidades Públicas, em que o reitor é escolhido por eleição, discentes, docentes e funcionários elegem, tem uma escolha de dirigente diferente da autarquia normal, em que o dirigente é escolhido pelo chefe do executivo que nomeia e exonera quando quiser.

E em razão da **autonomia pedagógica** (montam seu sistema de ensino). Por isso, eram ditas e são ditas ainda autarquias de regime especial.

A partir de 1995, o governo brasileiro instituiu a Política Nacional das **Privatizações**. Estado privatizou algumas empresas, vendeu-as. Neste contexto, alguns serviços foram transferidos ao particular, mas não efetivamente vendidos, foram transferidos na execução e não verdadeiramente privatizados.

Então, o Estado percebeu que este termo não servia para todas as situações, pois nem todas estavam sendo vendidas, algumas vezes fazia-se concessão, o que começou a ser chamado de **desestatizações**. Em algumas, então, o serviço continuava público, mas transferido ao particular. Com a introdução da Política Nacional das DESESTATIZAÇÕES (termo mais correto), o Brasil vê a necessidade de que sendo transferido o serviço ao particular, o serviço deve ser fiscalizado, controlado, então se cria as ***agências reguladoras***. Estas nada mais são que **autarquias de regime especial, as quais irão fiscalizar**.

Privatização # desestatização ←→ vender a execução # transferir a execução

6.6.2. Agência reguladora

Função é a mesma que o estado já exercia. O que faz ela ter essa especialidade de "regime especial"? Regime especial está ligado a FUNÇÃO da agência reguladora.

Têm as seguintes **prerrogativas**:

1ª Poder normativo técnico;

2ª Independência administrativa;

3ª Autonomia decisória;

4ª Autonomia econômico-financeira.

Vejamos:

1) ***Prerrogativa: Poder normativo técnico.***

Regulamentar, fiscalizar, regular as diversas atividades. Esta função é uma função que define normas técnicas complementares à previsão legal. A agência não tem autonomia política, então todo o normatizar da agência se restringe a normas técnicas e normas técnicas complementares à previsão legal, ela não pode fugir do que está previsto em lei.

José dos Santos Carvalho Filho (JSCF)**:** Retrata um poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum).*

Para que a agência tenha essa função, para que seja realmente eficiente, precisará de ***mais autonomia que as demais autarquias.***

JSCF**:** esse fenômeno, já conhecido em outros sistemas jurídicos, tem sido denominado de "***deslegalização"***, considerando que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei.

2) Prerrogativa: Independência administrativa.

Nomeação especial (investidura especial). Na via normal, o chefe do executivo nomeia o dirigente da autarquia, mas, excepcionalmente, na ***agência reguladora*** dependeremos da aprovação do Senado Federal. Precisaremos para escolha do dirigente da agência: Senado Federal + Presidente (art. 52 da CF).

> *Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
> *III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:*
> *d) Presidente e diretores do banco central;*
> *f) titulares de outros cargos que a lei determinar;*

Mandato com prazo fixo. Uma vez escolhido o dirigente, ele assumirá o mandato com prazo fixo. O presidente fica amarrado à escolha do dirigente, ele só poderá sair do cargo por condenação judicial ou administrativa, renúncia ou findo o mandato.

Cada agência tem seu prazo em lei específica. Tem um projeto de lei tramitando no congresso o qual seria que o dirigente seria escolhido no primeiro ano e ficaria os 03 outros anos seguintes, seriam 04 anos, acompanhando o presidente, evitando problemas.

Atualmente cada agência tem seu prazo (02, 03 ou 04 anos).

OBS: há prazos de até 7 anos, o que vem sendo objeto de controle de constitucionalidade, isto porque o nomeado tem prazo maior do que o nomeante.

Quando encerrado esse mandato se o dirigente decidir trabalhar em uma empresa que seja concernente a sua atividade anterior, do mesmo ramo (exemplo: dirigente da Anatel, termina o mandato e vai trabalhar na BRTELECOM) ***e as informações privilegiadas as quais ele teve acesso no seu mandato?*** A empresa irá se beneficiar, poderá ocorrer licitações fraudulentas.

Para frear este tipo de conduta, é criada a "**quarentena**". Graças à quarentena ele fica impedido de trabalhar na iniciativa privada naquele mesmo ramo de atividade, nada impedindo de ele trabalhar na administração da iniciativa privada de OUTRO ramo.

Qual o prazo da "**quarentena**"? QUATRO MESES. Excepcionalmente em algumas agências, doze meses. Nesse período ele continua recebendo a remuneração de dirigente.

Teoria da Captura ("Capture Theory") – doutrina pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.

3) Prerrogativa: Autonomia decisória.

O poder revisional exaure-se no âmbito interno. É inviável juridicamente, eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa a que se vincula a autarquia.

Exceção: entendimento no sentido de poderem os Ministérios exercer poder revisional de ofício ou por provocação (***recurso hierárquico impróprio***), quando as agências ultrapassem os limites de sua competência ou contrariem políticas públicas do governo central.

4) Prerrogativa: Autonomia econômico-financeira.

Têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para a gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins que a lei as destinou.

Daí a instituição de "***taxas de regulação***", das quais são contribuintes as PJ que executam atividades sob o controle da agência.

6.6.3. Exemplos de agências reguladoras para regular serviços públicos

1) ANEEL (agência nacional de energia elétrica)
2) ANATEL (agência nacional de telecomunicações)
3) ANS (agência nacional de saúde)
4) ANVISA (agência nacional de vigilância sanitária)
5) ANTT (agência nacional de transportes terrestres)
6) ANTAQ (agência nacional de transportes aquaviários)
7) ANAC (agência nacional de aviação civil) – Criada após o acidente da GOL.

6.6.4. Exemplos de agências reguladoras para fiscalizar bens públicos

1) ANA (agência nacional das águas)
2) ANP (agência nacional do petróleo)
3) ANCINE (agência nacional de cinema) – criada por MP, que até hoje não foi convertida em lei, anterior da EC 45/04. Para fomentar o cinema no Brasil.

CRÍTICA: criação desenfreada de agências, não tem a eficácia esperada.

CUIDADO – nem tudo que tem nome de agência é agência reguladora. Temos instituição com nome de agência que é autarquia, que é órgão público, temos agência que é agência reguladora, mas não tem nome de agência.

Autarquias:

ADA (agência de desenvolvimento da Amazônia)

ADENE (agência de desenvolvimento do nordeste)

AEB (agência espacial brasileira)

Órgão

ABIN (agência brasileira de inteligência - órgão da administração direta) – JSCF diz que é Agência Executiva.

Natureza de agência reguladora, mas que não ganhou o nome de agência:

CVM (Comissão de Valores Mobiliários) – efetivamente agência reguladora.

JSCF**:** INMETRO (agência nacional de metrologia, normatização e qualidade industrial)→ Agência Executiva.

Dica1**:** para AGU, estudar lei 9986 e para concurso de agência X, lei da agência X. Para outros concursos a parte geral das agências, não precisa ir além.

Dica2: normalmente nos concursos é utilizado o nome de "agência X" para se referir a uma regra geral, cuidado. Geralmente, a pergunta não é específica sobre tal agência.

6.6.5. Agências executivas

Nasceram pela lei 9649/98 - não é uma leitura obrigatória. Esta lei cria as agências executivas nas seguintes situações:

Natureza: Nada mais é do que uma autarquia ou fundação pública. Sendo que esta autarquia ou fundação pública estava precisando se tornar eficiente, e para isso realizou um plano estratégico de reestruturação. Ideal da agência executiva foi a busca pela eficiência.

Para buscar essa eficiência é elaborado um plano **estratégico de reestruturação**, com ele, a agência vai até a administração direta e celebra **um *contrato de gestão com o Ministério Supervisor*** (contrato de gestão surgiu no nosso ordenamento jurídico para definir aqueles celebrados entre dois entes da administração).

Celebra a autarquia/fundação o contrato de gestão com Administração Direta. A autarquia/fundação recebe da administração Direta:

+ Autonomia.

+ Recurso público ($).

Celebrado o contrato, através de um ***DECRETO do Presidente da República (PR***), será reconhecido o status de agência executiva.

Este status é *TEMPORÁRIO*. Encerrado o contrato, a agência executiva, volta a ser autarquia/fundação.

Exemplo desta autonomia: Dispensa de Licitação em valor dobrado (art. 24, §1º da lei 8666), REGRA: limite de 10% do convite.

> *Art. 24*
> *§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.*

O §1º diz que as autarquias/fundações qualificadas como agências executivas, ganham o limite dobrado para a dispensa de licitação (20%).

Exemplo: de agência executiva: ADA, ADENE, INMETRO.

Críticas da doutrina: obrigação da agência é ser eficiente. Prestigia pessoas da administração que estão ineficientes, dando mais dinheiro e mais autonomia, garantindo mais do que a própria lei que as criou.

Agência Reguladora # Agência Executiva

A base da atuação da agência executiva é a **OPERACIONALIDADE**, ou seja, visam à efetiva execução e implementação da atividade descentralizada, diversamente da **FUNÇÃO DE CONTROLE**, esta alvo primordial das agências reguladoras (função precípua de exercer controle sobre particulares prestadores de serviços públicos).

"AUTARQUIAS 'LATO SENSU'"	AUTARQUIA	AGÊNCIA REGULADORA (autarquia em regime especial)	AGÊNCIA EXECUTIVA
CRIAÇÃO	Lei	Lei	Lei → Autarquia ou Autarquia Fundacional → Contrato de gestão + Decreto presidente.
NATUREZA JURÍDICA	Direito público	Direito público	Direito público
ATIVIDADES	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados)	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados). **Fiscalização e controle**.	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados). Efetiva execução das

			atividades administrativas.
REGIME PESSOAL	**CF/88 Original:** regime único. **EC 19/98:** regime múltiplo. **ADIN 2135:** regime múltiplo inconstitucional. Volta regime único. *Preferencialmente estatutário.	Regime estatutário. *Antes: Contratos temporários (ADI) + ~~Celetista.~~	Regime único.
CONCURSO	Com concurso.	Com concurso.	Com concurso.
RESPONSABILIDADE CIVIL	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.
JUÍZO COMPETENTE	Depende do instituidor. Ex: União → JF.	Depende do instituidor. Ex: União → JF.	Depende do instituidor. Ex: União → JF.
CONTROLE DOS ATOS	TC, Judicial e Supervisão ministerial (**finalístico**)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (recurso hierárquico impróprio)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.
PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS	Fazenda pública.	Fazenda pública.	Fazenda pública.
DÉBITOS JUDICIAIS	Precatórios	Precatórios	Precatórios
BENS	Impenhoráveis	Impenhoráveis	Impenhoráveis
PECULIARIDADES		* Poder normativo técnico * Autonomia decisória *Independência administrativa (*capture theory)* *Autonomia econômico-financeira	+ Recursos $ +Autonomia
ESCOLHA DO DIRIGENTE	Presidente	Presidente + aprovação do Senado (art. 52, III, 'f')	Presidente (antes de ser AE era uma autarquia ou fundação...).
EXEMPLO	INCRA, INSS, UFRJ, OAB* (entidade "sui generis"), CREA, CRM…	ANEEL, ANATEL, ANP, ANAC, ANVISA…	INMETRO…

7. EMPRESAS ESTATAIS (Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública)

7.1. INTRODUÇÃO

Nem toda empresa que o Estado tenha parte ou que o Estado é dono, configura empresa pública ou sociedade de economia mista. Para ser tal, tem que ter tratamento próprio, regime próprio.

Regime Jurídico é o mesmo para empresas públicas e para as sociedades de economia mista.

OBS: nem sempre empresa estatal será SEM ou EP, nem sempre estará na administração, existem empresas estatais que estão fora.

Em 30 de junho de 2016, foi publicada a lei 13.303/16 que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mantendo as regras anteriormente aplicáveis a essas entidades, no que tange à formação societária, organização do capital e finalidades precípuas e criando novas disposições detalhadas.

7.2. EMPRESA PÚBLICA (CARACTERÍSTICAS GERAIS)

Natureza jurídica: pessoa jurídica de DIREITO PRIVADO. O nome "pública" diz respeito ao CAPITAL.

Não é um regime TOTALMENTE privado. Terá parte pública e parte privada ("**regime híbrido**", misto), mas é pessoa de direito privado.

Capital EXCLUSIVAMENTE público. Isso NÃO significa ser de um único ente, posso ter em uma empresa pública a união e o estado, autarquia e estado, município e autarquia.

O art. 3º da Lei 13.303/2016 afirma que as empresas públicas são criadas com capital 100% do Estado, admitindo-se a participação societária de qualquer entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, mas vedando a participação de particulares.

> *Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, **com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio**, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.*
> *Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas **de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**.*

Empresa pública pode ter duas finalidades:

-Pode prestar serviço público;

-Pode explorar atividade econômica.

Pode ser constituída de ***qualquer modalidade empresarial***. Poderia aqui uma Limitada, uma S.A. (de capital fechado).

7.3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Natureza jurídica: pessoa jurídica de DIREITO PRIVADO.

Capital MISTO. Cuidado: MAS, a maioria do capital ***votante***, deve estar nas mãos do poder público (há capital que dá direito a voto e que não dá. Ver empresarial: ações **ordinárias**/preferenciais). O poder público deve estar no comando, na direção dessa pessoa jurídica.

Nesse sentido, o art. 4º da Lei 13.303/2016, vejamos:

> *Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.*
> *§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.*
> *§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.*

Finalidades: também presta serviço público ou pode ser exploradora da atividade econômica.

NECESSARIAMENTE deve ser constituída na forma de S.A., sociedade anônima.

EP	SEM
Capital exclusivamente público**.**	Capital Misto
Constituição por QUALQUER modalidade empresarial**.**	Constituição NECESSARIAMENTE na forma de S.A.
Competência - Art. 109 da CF, *EP federal*, competência para julgamento das ações**.** Competência da JUSTIÇA COMUM FEDERAL**.**	Competência – não está no 109 da CF, então competência é da JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. PORÉM, se a União for interessada nesta ação, ela irá para JF, não por causa da SEM, mas por causa da UNIÃO.

Empresas públicas estaduais e municipais: Justiça Estadual.

7.4. REGIME APLICÁVEL x ATIVIDADE NA EP e SEM

Se prestarem SERVIÇO PÚBLICO, derroga-se o regime privado e prevalece o público. Se elas exploram ATIVIDADE ECONÔMICA, derroga-se o público e prevalece o regime privado.

EP e SEM podem explorar atividade econômica quando? Art. 173 da CF.

> ***Art. 173**. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado** só será permitida quando necessária aos imperativos da **SEGURANÇA NACIONAL** ou a **RELEVANTE INTERESSE COLETIVO**, conforme definidos em lei.*

Segurança nacional e relevante interesse coletivo é interesse público.

§1 º do art. 173: diz que essas pessoas poderão ter estatuto próprio por meio de lei específica.

> *§ 1º A lei estabelecerá o **ESTATUTO JURÍDICO da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias** que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]*

Em 2016, editou- o Estatuto das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.

7.5. REQUISITO DA TRANSPARÊNCIA

Consoante disposição legal, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência, previstos no art. 8º do Estatuto das Empresas Estatais.

> *Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:*
> *I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;*
> *II - Adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;*
> *III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;*
> *IV - Elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;*
> *V - Elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;*
> *VI - Divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;*

> *VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;*
> *VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;*
> *IX - Divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.*

Ademais, a lei exige a criação de estrutura de viabilize o **controle interno** da entidade, inclusive com auditoria interna realizada pelo **Comitê de Auditoria Estatutário**, que será formado por, no mínimo 3 e, no máximo, 5 membros, em sua maioria independentes, sendo que, ao menos um desses membros deve ter experiência em assuntos de contabilidade societária.

Esse Comitê ficará responsável por opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente, supervisionar as atividades dos auditores independentes e as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista, além de monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, entre outras atividades.

Ressalte-se, ainda, que o art. 12 da lei permite que as **controvérsias entre os acionistas poderão ser solucionadas por meio de arbitragem**, desde que haja previsão no estatuto social.

7.6. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E CONSELHO FISCAL

A empresa estatal deverá organizar seu Conselho de Administração que ficará responsável pela gestão da entidade e que deverá ser composto por, no mínimo, 7 e, no máximo, 11 membros, sendo que, ao menos 3 serão designados como Diretores da estatal.

Os membros do Conselho de Administração deverão demonstrar **Experiência profissional, formação acadêmica compatível** e **não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade**. Além disso, o diploma legal dispõe ser vedada a indicação para o referido Conselho ou Diretoria:

> *I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;*
> *II – De pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;*
> *III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;*
> *IV – De pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;*

> *V – De pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.*

O Conselho de Administração ficará responsável pela gestão da empresa, devendo discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes, assim como implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude.

Da mesma forma, deverá estabelecer política de porta-vozes visando a eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e as dos executivos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e avaliar os diretores da empresa pública ou da sociedade de economia mista, nos termos do controle interno, podendo contar com apoio metodológico e procedimental do comitê estatutário.

Ressalte-se, ainda que o **Conselho deve ser composto, no mínimo, por 25% de membros independentes**, garantindo-se o mínimo de 1 membro nessa condição. Esse **conselheiro independente** não terá qualquer vínculo com a empresa estatal, ressalvada a participação societária e não poderá exercer função de direção nas entidades da Administração Direta, sendo, ainda, vedada a atuação dele como fornecedor ou comprador de bens e serviços da empresa.

O **Conselho Fiscal**, por sua vez, será composto por pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa

7.7. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS: EP E SEM

7.7.1. Licitação das EP e SEM

Prestadoras de serviço público que, portanto, tem um regime mais público do que privado, devem estar sujeitas a licitação.

> *CF Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*
>
> *Lei 14.133/2021 Art. 1º, § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.*

Quando a EP e SEM explora atividade econômica, o art. 173, §1º da CF diz que PODERÃO ter estatuto próprio para licitações e contratos. Em 2016, a Lei 13.303, finalmente, trouxe as regras de licitação, conforme veremos abaixo.

1. *Dispensa e Inexigibilidade (Lei 13.303/2016)*

Inicialmente, cumpre ressaltar que a lei 13.303/16 estabelece situações de contratações diretas por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação.

As hipóteses de dispensa estão taxativamente expostas no art. 29 da referida lei, que permite a contratação direta, em razão de dispensa:

> *Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:*
> *I - Para obras e serviços de engenharia de valor até R$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;*
> *II - Para outros serviços e compras de valor até R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;*
> *III - quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;*
> *IV - Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;*
> *V - Para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;*
> *VI - Na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*
> *VII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;*
> *VIII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;*
> *IX - Na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou*

fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
X - Na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.
XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;
XII - na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
XIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
XIV - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;
XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º;
XVI - na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;
XVII - na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;
XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.
§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.
§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

> *§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.*

Por seu turno, a **inexigibilidade de licitação** estará presente sempre que se demonstrar a **inviabilidade de competição**. Neste sentido, o art. 30 da lei 13.303/16 dispõe acerca de algumas hipóteses em que se configura a contratação direta com base neste entendimento.

Lembrando-se que se trata de um rol meramente exemplificativo. Com efeito, a lei dispõe:

> *Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:*
> *I - Aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;*
> *II - Contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:*
> *a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
> *b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
> *c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
> *d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
> *e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
> *f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
> *g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*
> *§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*
> *§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.*
> *§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
> *I - Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*
> *II - Razão da escolha do fornecedor ou do executante;*
> *III - justificativa do preço.*

Em ambos os casos, em que se admita a contratação sem a realização do certame licitatório, o processo de contratação direta será instruído, no que couber, com a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso, razão da escolha do fornecedor ou do executante e justificativa do preço. Sendo assim, não obstante a desnecessidade do processo de licitação, deverá ser instaurado um processo simplificado justificador da situação excepcional

2. Modalidades e regras aplicáveis

O art. 32, IV da lei 13.303/16 prevê que o **pregão** deverá ser a modalidade licitatória preferencialmente utilizada nas contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Saliente-se que a lei deixa claro o **caráter preferencial** – e não exclusivo – desta modalidade licitatória, que somente será escolhida quando for cabível, nos moldes da legislação vigente, ou seja, para aquisição de bens e serviços comuns. Com efeito, não se pode utilizar o pregão para a execução de obras ou alienação de bens pelas empresas estatais.

Ademais, as licitações deverão atentar para a **sustentabilidade ambiental** e **acessibilidade para pessoas com deficiência** ou com mobilidade reduzida.

5) Tipo de licitação e intervalo mínimo

Inicialmente, deve-se ter em mente que as regras e princípios aplicáveis às licitações devem ser seguidos pelas empresas estatais em seus procedimentos de seleção, razão pela qual o instrumento convocatório deve trazer critérios objetivos de julgamento, evitando a escolha do vencedor com base em parâmetros pessoais. Nesse sentido, a lei dispõe que as licitações das estatais poderão prever 8(oito) critérios de escolha do vencedor, sendo que um deles deverá estar estipulado no edital.

São critérios de escolha do vencedor admitidos:

> *I – Menor preço;*
> *II – Maior desconto;*
> *III – melhor combinação de técnica e preço;*
> *IV – Melhor técnica;*
> *V – Melhor conteúdo artístico;*
> *VI – Maior oferta de preço;*
> *VII – maior retorno econômico;*
> *VIII – melhor destinação de bens alienados*

Outrossim, uma vez divulgado o instrumento convocatório, a Administração Pública deverá conceder prazo razoável para que os licitantes possam se preparar para a participação no certame. Neste sentido, a lei dispõe acerca do intervalo mínimo que deverá ser obedecido pelo ente público entre a publicação do edital e o início da licitação com a análise das propostas e documentações.

Esse **intervalo mínimo** varia de acordo com o objeto e com o tipo de licitação. Vejamos.

Em se tratando de licitação para **aquisição de bens**:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;

Nos casos de contratações de **obras e serviços**:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;

Nas hipóteses de licitação em que se adote como critério de julgamento a **melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço**, bem como para licitação em que haja **contratação semi-integrada ou integrada** – no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis.

Insta salientar que as modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos, devendo ser reaberto o prazo de intervalo mínimo, exceto quando a alteração não afetar a preparação e conteúdo das propostas.

6) Procedimento da licitação

O procedimento licitatório se desenvolve em 10 fases a seguir expostas:

1ª Preparação

Trata-se da fase interna do procedimento licitatório em que são elaborados o instrumento convocatório e a minuta do contrato, assim como justificada a necessidade da contratação a ser efetivada.

2ª Divulgação

Diante da ausência de previsão legal expressa, aplicam-se as disposições da lei 8.666/93 que define que a divulgação é feita por meio de publicação do edital em Diário Oficial e em jornal de grande circulação.

3ª Apresentação de lances ou propostas

A lei regulamenta que poderão ser adotados os modelos de disputa aberto ou fechado, ou ainda, a combinação de ambos.

No **modelo de disputa fechado**, seguindo a regra geral aplicável aos procedimentos licitatórios definidos na lei 8.666/93, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas.

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, sendo que nesses casos, poderá ser admitida a apresentação de lances intermediários e, também, o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.

4ª Julgamento

Nesse caso, será aplicado o critério previamente estabelecido no instrumento convocatório, de forma objetiva.

Em havendo empate na licitação, deverão ser utilizados os **critérios sucessivos de desempate** estipulados na lei, quais sejam:

I – Disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II – Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III – bens produzidos nos país

IV – Bens ou serviços produzidos ou prestados por empresa brasileira

IV- Bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V – Produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

VI – Sorteio

5ª Verificação da efetividade dos lances ou propostas

6ª Negociação

A negociação será feita, sempre que a proposta vencedora for desclassificada, quando então serão negociados os valores com os licitantes que ofertaram as propostas subsequentes.

Da mesma forma, a negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado pela empresa.

Isso decorre do fato de que a lei estabelece que o orçamento estimado da licitação feito pela empresa estatal será sigiloso.

7ª Habilitação

A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I – Exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante, ou seja, **habilitação jurídica**.

II – **Qualificação técnica**, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório, não sendo lícito se exigir condições técnicas que não sejam compatíveis com o objeto do contrato.

III – **Capacidade econômica e financeira**;

IV – **Recolhimento de quantia** a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Insta salientar que, quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

8ª Recurso

Na licitação das empresas estatais o prazo recursal é único. Com efeito, o recurso deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da habilitação.

9ª Adjudicação do objeto

10ª Homologação ou revogação

Nessa fase, a autoridade máxima do órgão irá verificar se o procedimento foi regular, quando então será homologado e encerrado.

Também se admite a revogação do procedimento fundada em razões de interesse público supervenientes ao início do certame e anulação em casos de vícios devidamente comprovados.

Saliente-se, ainda que o art. 75, §2º da lei 13.303/16 dispõe que:

> *§ 2º É facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:*
> *I - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;*
> *II - Revogar a licitação.*

7) Pré-qualificação permanente

A Pré-qualificação permanente configura uma decisão administrativa que informa que interessados cumprem requisitos genéricos para participação de licitações no órgão público que a está realizando. O procedimento para a pré-qualificação é público, permanente e aberto para quaisquer interessados.

Neste sentido, a lei 13.303/16 define que:

> *Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:*
> *I - Fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;*
> *II - Bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.*
> *§ 1º O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.*
> *§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.*
> *§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.*
> *§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.*

> *§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.*
> *§ 6º Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.*
> *§ 7º É obrigatória a divulgação dos produtos e dos interessados que forem pré-qualificados.*

8) Cadastramento

A lei ainda prevê a possibilidade de cadastramento de licitantes, sendo que os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, também sendo admitida a atualização a qualquer tempo. Da mesma forma que acontece na pré-qualificação, o art. 65, §1º, dispõe que "Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados."

Não se confunde com a pré-qualificação, uma vez que o cadastro se apresenta como um conjunto de informações armazenadas no órgão público, ou seja, não há qualquer provimento de caráter decisório proferido pelo órgão.

Com efeito, na pré-qualificação, é indispensável que seja proferida uma decisão pelo ente estatal, informando se a empresa tem condições de participar de futuras licitações, enquanto, no cadastro, os documentos são apresentados e arquivados no órgão público.

Acerca do tema, Marçal Justen Filho define que "a decisão de pré-qualificar é equivalente àquela produzida pela Administração ao reconhecer a habilitação do sujeito ou ao reputar que o produto ofertado é satisfatório".

9) Registro de preços

A lei 13.303/16 prevê o sistema de registro de preços, nos mesmos moldes definidos para as demais modalidades licitatórias, dispondo que, nestes casos, serão observadas, as seguintes condições:

> *I – Efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;*
> *II – Seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;*
> *III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;*
> *IV – Definição da validade do registro;*
> *V – Inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.*

7.7.2. Contratos das Empresas Estatais

Inicialmente, é importante salientar que, haja vista a natureza jurídica inerente às empresas estatais, os seus contratos não ostentam a qualidade de contratos administrativos, razão pela qual a lei não prevê cláusulas exorbitantes como a possibilidade de alteração unilateral da avença por determinação do contratante.

Inclusive, nesse sentido, o art. 173, II da Constituição da República dispõe que essas entidades devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Todavia, a lei estabelece algumas peculiaridades em relação aos contratos a serem firmados por essas empresas com particulares, inclusive a possibilidade de aplicação de multa e exigência de garantia. Vejamos.

1) Garantia

Da mesma forma que ocorre nos contratos administrativos, as empresas estatais poderão exigir do particular a ser contratado a prestação de garantia no valor de até 5% do valor do contrato, podendo esse valor chegar a até 10%, em se tratando de contratação de grande vulto, que envolva alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis. O valor da garantia, respeitados os limites legais, será estipulado pela estatal.

Além disso, o particular definirá a forma de prestação da garantia, também nos limites da lei. A garantia poderá ser prestada em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária.

2) Duração

Ressalte-se, de antemão, que não se admite a celebração de contratos com as empresas estatais por prazo indeterminado e que, os acordos firmados deverão, como regra, respeitar o prazo máximo de vigência de 5 anos.

Entretanto, os contratos poderão exceder essa duração máxima de 5 anos em duas situações, a saber:

a) Para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
b) Nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

3) Alteração bilateral

Consoante exposto anteriormente, não se admite a alteração unilateral de contratos firmados pelas empresas estatais. Os referidos acordos deverão conter cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, em determinadas situações, a saber:

a) Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) Quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
c) Quando conveniente a substituição da garantia de execução;
d) Quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
e) Quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente

contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

f) Para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual

Outrossim, a lei estipula que o contratado **poderá** aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato. Em se tratando de contratos de reformas, a alteração para acréscimos poderá chegar até o limite de 50% (cinquenta por cento). **O mais importante é ressaltar que essas alterações dependem sempre do consentimento do particular contratado.**

O art. 81, §2º da lei contém uma impropriedade que deverá ser consertada posteriormente por nova legislação ou, até mesmo, mediante interpretação jurisprudencial e doutrinária.

> *§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.*

Ora, os limites de 25% e 50% (em casos de reforma) já estão postos para alterações bilaterais, ou seja, mediante acordo celebrado entre as partes, razão pela qual a ressalva colocada no dispositivo deve ser suprimida, em razão de sua apresentação contraditória.

4) Contratos firmados com as empresas estatais

Com efeito, o art. 81, §2º deverá ser lido sem a existência da ressalva, por se tratar de erro material na elaboração da lei que repetiu o art. 65, §2º da lei 8.666/93 sem atentar para as peculiaridades deste novo contrato. **Essa interpretação se impõe, diante do equívoco do legislador.**

O art. 81, § 5º prevê a garantia de revisão contratual nas hipóteses de fato do príncipe, quando o contrato é desequilibrado por atuação extracontratual do ente público que atinge a avença de forma indireta, definindo que

Por seu turno, o § 6º do mesmo dispositivo contempla as hipóteses de fato da administração, presentes todas as vezes em que o desequilíbrio do contrato decorra de atuação do ente estatal dentro da relação contratual, determinando que *"Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".*

> *Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:*
> *I - Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*

II - Quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;
IV - Quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
V - Quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.
§ 1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.
§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º.
§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.
§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
§ 7º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento.

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

6) Sanções

A lei prevê que o descumprimento do contrato pelo particular, seja ele total ou parcial do poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – Advertência

Trata-se de penalidade aplicada por escrito, com o intuito de alertar a prática abusiva e evitar penalidades mais graves.

II – Multa

Somente poderá ser aplicada se houver previsão no instrumento convocatório ou no contrato. Trata-se de penalidade pecuniária que não se confunde com o dever de ressarcir o erário por qualquer prejuízo decorrente do contrato e pode ser aplicada isoladamente ou cumulada com outras sanções.

Ademais, a multa será descontada da garantia do respectivo contratado e, em sendo de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

III – Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A suspensão poderá ser aplicada pelo prazo máximo de 2 (dois) anos.

Para a aplicação de quaisquer sanções, deverá ser instaurado processo administrativo regular, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Por fim, cumpre estabelecer que a sanção de suspensão temporária de contratar poderá também ser aplicada às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei 13.303/16:

I – Tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
II – Tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

7) Subcontratação

A subcontratação é admitida, desde que seja parcial e mediante autorização da empresa estatal, desde que a empresa subcontratada atenda a todas as exigências de qualificação técnica impostas ao contratado no bojo do procedimento licitatório.

Com efeito, o art. 78 da lei 13.303/16 dispõe que:

> *Art. 78, O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame.*

Outrossim, veda-se a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

a) Do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

b) Direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

10) Contratação integrada e contratação semi-integrada

Assim como nas licitações previstas na lei 8.666/93, para a execução de obras, se exige a elaboração de projeto básico, com todas as características arquitetônicas e planilha de custos da obra e o projeto executivo com o cronograma de execução da obra.

A princípio, cada uma dessas etapas deverá ser feita separadamente. Ou seja, a empresa estatal deverá contratar uma empresa para a elaboração do projeto básico. Posteriormente, será feito o projeto executivo e, somente após a sua conclusão, será realizada a licitação para a execução da obra.

A lei 13.303/16, então dispõe que, em algumas situações, é possível a contratação semi-integrada, ou seja, contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Não se trata de novidade!

De fato, a nomenclatura foi criada pela nova lei, no entanto, art. 7º, §1º da lei 8.666/93 já estipula que nos contratos regulados por aquele diploma, é possível que o ente estatal contrate alguém para a elaboração do projeto básico, deixando a elaboração do projeto executivo a cargo do vencedor da licitação para a execução da obra.

Por fim, a contratação integrada, é instituto que já havia sido criado para as contratações do RDC (regime diferenciado de contratações) regulado pela lei 12.462/11. Trata-se de contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Enfim, todas as etapas ficam englobadas em uma única contratação, exigindo-se do ente estatal somente a elaboração de um anteprojeto antes da realização do certame licitatório.

Nessas contratações, devem ser observadas algumas regras, quais sejam

I – O instrumento convocatório deverá conter:

a) anteprojeto de engenharia, no caso de contratação integrada, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares;

b) projeto básico, nos casos de empreitada por preço unitário, de empreitada por preço global, de empreitada integral e de contratação semi-integrada, nos termos definidos neste artigo;

c) documento técnico, com definição precisa das frações do empreendimento em que haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas;

d) matriz de riscos;

II – O valor estimado do objeto a ser licitado será calculado com base em valores de mercado, em valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou em avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

III – O critério de julgamento a ser adotado será o de menor preço ou de melhor combinação de técnica e preço, pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução.

IV – Na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

Por fim, nessas espécies de contratações os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela empresa estatal deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

7.7.3. Falência das EP e SEM

EP e SEM não estão sujeitas ao regime falimentar, a nova lei de falências afasta sua incidência nessas entidades. Entretanto, alguns autores ainda fazem uma diferenciação: se prestadora de serviço público não se sujeita, se for predominantemente ligada à atividade econômica se sujeita. Como a nova lei não diferencia, deverá ser levada a concurso de credores.

7.7.4. Responsabilidade civil do estado nas EP e SEM

> *CF Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

As EP e SEM estão sujeitas?

DEPENDE. Estão sujeitas quando prestam serviço público. Então, a responsabilidade será objetiva na ação, em regra, e subjetiva na omissão (excepcional).

*Independentemente de ser usuário ou não usuário.

Pode o Estado responder subsidiariamente?

SE o serviço público é do estado e ele descentraliza, ele continua sendo responsável por este, então a responsabilidade será SUBSIDIÁRIA, nestes casos.

JÁ atividade econômica, está FORA do art. 37, §6º. Logo, se aplica o Direito Civil. A teoria-regra é subjetiva. Mas não sempre (pode ser objetiva, excepcionalmente). Neste caso, de atividade econômica, o estado não está sujeito a essa responsabilidade.

7.7.5. Bens das EP e SEM

Prova oral magistratura – Se eu, como juiz federal, recebesse em mãos um pedido para penhorar uma bicicleta dos correios, qual seria a decisão?

Duas questões:

Penhora em bem de EP?

Não é um bem de qualquer EP, é dos Correios e Telégrafos.

Bem de empresa pública: São penhoráveis. V OU F (CEspe) VERDADEIRO. Porque esta é a regra, os bens da EP são privados, e como privados podem ser penhorados.

Se a PJ é de direito público os bens são públicos. Quando a PJ é de direito privado, os bens são em regra privados, EXCETO aqueles que estão DIRETAMENTE ligados à prestação de serviço público (seguirão regime de bem público), sendo assim, tendo em vista o princípio da continuidade, protegendo-o, se o bem for retirado comprometendo a continuidade, NÃO PODERÃO SER PENHORADOS. Se a empresa presta serviço público, não significa presumir que todos os bens são de regime público, que estão todos diretamente ligados à prestação, ela pode ter vários bens que não são ligados, um ar condicionado por exemplo, não atrapalhará o princípio da continuidade.

STF – decidiu pacificamente que a empresa de Correios e Telégrafos tem tratamento de autarquia. **EP com tratamento de AUTARQUIA**. Então, não irá ser penhorada a bicicleta estando ou não ligado ao serviço público, e os bens de autarquia NÃO SÃO PENHORÁVEIS.

7.7.6. Regime tributário das EP e SEM

Dois dispositivos importantes: art. 150, §3º da CF e art. 173 §2º da CF.

> *CF Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **É VEDADO** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *VI - Instituir impostos sobre:*

> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
> *§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

As EP e SEM **exploradoras de atividade econômica**, não gozam da imunidade recíproca.

> *CF Art. 173 § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

Essas empresas não têm privilégios não extensíveis a iniciativa privada, ou seja, se o privilégio for extensível a iniciativa privada, elas também terão o privilégio.

Boa parte da doutrina reconhece que essas empresas, se forem prestadoras de serviço público gozam de imunidade recíproca, somente com um cuidado: DESDE que não repasse o valor do tributo para o usuário (art. 150, §3º) – neste caso o administrado paga o valor embutido, ele arca com o custo do tributo, por isso é cobrado.

> *CF Art. 150, § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

JSCF: somente em hipótese de **serviço público monopolizado**: não ameaça, não tem risco de abuso de poder econômico. Não é tranquilo na jurisprudência e doutrina. Não é condição e requisito.

Na prática o que prevalece é que elas pagam, porque é muito difícil demonstrar que elas não estão repassando o tributo no valor do serviço ao usuário.

7.7.7. Regime de pessoal das EP e SEM

Cuidado: só existe servidor público em PJ de direito público. Se essas PJ são de direito privado, o pessoal poderá ser agente público (‘emprego’ apenas, no caso...), mas NÃO servidor público.

O nome correto é servidores de entes governamentais de direito privado. Ele é empregado. Porém, cuidado ao empregar a expressão empregado público, porque segundo alguns doutrinadores este é o empregado de PJ de direito público. E podemos ter emprego na PJ de direito privado, nesta então é melhor chamar somente de empregado para não cometer erro. A jurisprudência usa essa expressão, empregado público, para os dois, porém é perfeita para o empregado de direito público, não sendo para o de direito privado (crítica dos administrativistas). EMPREGO – CLT.

Apesar de não serem servidores públicos, eles se **equiparam** a tais em alguns aspectos. Porém, NÃO é servidor público.

Quais são os aspectos e quando se equiparam:

Na exigência de concurso público. (BB, Petrobrás, CEF);

Não acumulação de cargos, REGRA (excepcionalmente é possível, quando a CF autorizar);

Estão sujeitos ao teto remuneratório, REGRA (porém se a EP/SEM vive de sua própria atividade, seus próprios recursos, se não precisa de repasse para o custeio, não precisa observar o teto).

Os empregados estão sujeitos à lei de **Improbidade Administrativa 8429/92**.

Os empregados são funcionários públicos para **fins penais**, estão sujeitos ao art. 327 do CP.

Sendo agentes públicos, estão sujeitos a **remédios constitucionais**.

Os servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista, admitidos por concurso público, gozam da estabilidade do art. 41 da CF/88?

NÃO. A estabilidade do art. 41 da CF/88 é conferida apenas aos servidores estatutários. Os agentes públicos que atuam nas empresas públicas e sociedades de economia mista são servidores celetistas (empregados públicos). Logo, não gozam de estabilidade.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser demitidos sem motivação?

Em 2013, o STF, ao analisar um caso envolvendo um empregado dos Correios que havia sido demitido sem motivação, decidiu que NÃO.

Em outras palavras, o STF afirmou que a conduta da empresa pública foi errada e que a ECT (Correios) tem o dever de motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013 (Info 699).

Principais argumentos para essa conclusão:

- Os servidores dos Correios, mesmo admitidos por concurso público, não gozam da estabilidade preconizada no art. 41 da CF/88. No entanto, apesar de não possuírem estabilidade, somente podem ser demitidos por meio de um procedimento formal, assegurado ao empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e ao final, esta demissão deverá ser sempre motivada.

- Os Correios possuem natureza jurídica de direito privado, mas se submetem a um regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que tem por objetivo a realização do interesse público.

- Explicando de outra forma, esta entidade submete-se a regras de direito privado, mas tais normas sofrem uma derrogação parcial (mitigação) em favor de certas regras de direito público. Logo, o regime aplicável à ECT não é inteiramente privado.

- Exemplos de derrogações das normas de direito privado em favor de normas de direito público: teto remuneratório, proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, exigência de concurso etc.

- Assim, o regime dos empregados públicos não está sujeito integralmente às regras da CLT, havendo uma derrogação (mitigação) em favor de regras de normas de direito público, dentre elas os princípios administrativos contemplados no art. 37 da CF/88.

- No caso, a motivação da demissão é justificada com base nos princípios da isonomia e impessoalidade, evitando favorecimento ou perseguição de empregados públicos.

- Além disso, como os empregados são admitidos por concurso público, não é razoável que sejam dispensados de forma imotivada, ou seja, sem que se observe um paralelismo entre a admissão e a dispensa.

Sobre o tema, vale mencionar os seguintes entendimentos do TST:

> *Súmula nº 390*
> *I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *II – Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *OJ nº 247 SDI-I*
> *I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;*
> *II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.*

Conforme já dito, o caso concreto no qual o STF decidiu esse tema envolvia um empregado dos Correios. Ocorre que a ementa do julgado ficou extremamente genérica, especialmente o item II. Confira:

> *EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia*

> *mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013.*

Além disso, se você ler o voto do Min. Ricardo Lewandoski, vai perceber que ele fala de forma também genérica, incluindo indistintamente todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Diante disso, os livros e os professores passaram a dizer que a decisão do STF no RE 589998 valeria para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inconformismo de outras empresas públicas e sociedades de economia mista

Ocorre que outras empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica não se conformaram com isso dizendo que elas são diferentes dos Correios e que a ECT recebe tratamento muito parecido com o de Fazenda Pública, tanto que goza de imunidade tributária (STF RE 601392, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2013).

Assim, o Banco do Brasil (sociedade de economia mista federal que explora atividade econômica) ingressou com embargos de declaração dizendo o seguinte: olha, há uma obscuridade no acórdão. Isso porque só se discutiu a questão dos Correios e a tese ficou muito genérica. Seria bom o STF esclarecer essa questão.

Decisão dos embargos

Em 2018, o STF, ao julgar os embargos de declaração, afirmou que a referida decisão (RE 589998/PI) só se aplica realmente para os Correios, considerando que o caso concreto envolvia um empregado da ECT. Quanto às demais empresas públicas e sociedades de economia mista, o STF afirmou que ainda não decidiu o tema, ou seja, terá que ser analisado caso a caso.

Assim, por enquanto, essa decisão, ao menos formalmente, só se aplica para os Correios.

O STF retificou a tese genérica que havia fixado anteriormente e agora afirmou que:

> *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998 ED/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/10/2018 (Info 919).*

7.7.8. Empresa de Correios e Telégrafos (EP)

Atenção: concursos federais.

Decreto 509/69: embora seja empresa pública, a ECT terá regime de fazenda pública. O que significa ter esse tratamento? Privilégios. Tratamento do regime público. Regime PRÓXIMO da autarquia.

Justificativa: CF/88: Art. 21, X – fala sobre serviço postal.

> ***Art. 21.*** *Compete à União:*
> *X - Manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;*

Se não fala de prestação forma INDIRETA, concessão etc. Foi interpretado que é um serviço exclusivo da UNIÃO. Quem prestava serviço já era a ECT, consequentemente os serviços seriam ilegais (inconstitucionais?!). Resolvendo o problema: ao invés de tirarem da ECT e dar para União, deram à ECT regime da União, devido à exclusividade do serviço postal.

OBS: o monopólio da ECT é somente para correspondência pessoal (carta).

ADPF 46 - STF pode até entender que a CF vê daquela forma, mas que faticamente este serviço não tem nada de exclusivo, que os particulares já estão servindo. E o que deve acontecer com o regime de fazenda pública desta empresa?

1994 – TCU reclama: Como fazenda pública, deveria fazer licitação, contrato administrativo. Como franquias, perderia impenhorabilidade...o que será? Desde então MP prorroga as franquias.

Lei 11.668/08 - Diz que a ECT terá de fazer Licitação. Contrato de concessão de serviço. Acontece que a mesma lei prorrogou os contratos de franquia por mais 24 meses.

Então, foi ajuizada a ADI 4155 para discutir tal regra, que está tramitando no STF. Aguardamos decisão.

Depois da CPI dos correios, mensalão: todas essas discussões vêm à tona. Dentro da ECT não existia processo administrativo, não se assumia responsabilidade. A partir da CPI, tiveram de arrumar, está todo mundo fiscalizando a empresa.

Privilégios da ECT:

A ECT goza de imunidades recíprocas nas finalidades específicas.

Seus bens são impenhoráveis **estando ou não ligados** ao serviço público, consequentemente a garantia de pagamento é o regime de precatório.

Empregados da ECT ficaram ressalvados da dispensa imotivada das EP.

OBS: privilégios processuais e demais privilégios não foram decididos ainda.

7.7.9. Petrobrás (SEM)

A partir da lei 9478/1997 – instituiu a ANP. Essa lei estabeleceu que a Petrobrás seguiria **procedimento simplificado de licitação**, definido por decreto do Presidente da República.

Como SEM ela estaria sujeita a lei 8666. CF: estatuto próprio por lei específica, porém se o estatuto não veio, deveria ser utilizada a regra geral (a 8666), entretanto a lei 9478 disse que deveria ser o procedimento simplificado de licitação.

TCU disse que não tinha sentido ela ter regra diferente das demais, TCU a mandou seguir a regra da lei 8666. Petrobrás ajuizou um MS 25888, competência STF.

STF julga em sede de liminar: reconhece a validade da Súmula 347

> *Súmula 347 O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.*

	EP	SEM
Criação	Lei autoriza, seguida de decreto e registro. **Qualquer forma admitida em direito.**	Lei autoriza, seguida de decreto e registro. **Forma necessariamente SA**.
Natureza jurídica	Direito privado (regime híbrido)	Direito privado (regime híbrido)
Atividades	Gerais de caráter econômico e, em algumas situações, serviços públicos.	Gerais de caráter econômico e, em algumas situações, serviços públicos.
Licitação	Lei 13.303/2016	Lei 13.303/2016
Regime Pessoal	CLT Emprego. Equiparado a servidor em algumas situações.	CLT Emprego. Equiparado a servidor em algumas situações.
Concurso	Com concurso.	Com concurso.
Responsabilidade Civil	SP: objetiva. – Estado: subsidiária. AE: subjetiva – Estado: não responde.	SP: objetiva - Estado: subsidiária. AE: subjetiva - Estado: não responde.
Juízo Competente	JF, sendo federal.	**Estadual**
Controle dos atos	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)
Imunidade tributária	Não. Somente no SP, e se não repassar ao consumidor[1].	Não. Somente no SP, e se não repassar ao consumidor[1].
Privilégios Processuais	Sem privilégios. **Exceto ECT.**	Sem privilégios.
Débitos Judiciais	Execução civil. **Exceto ECT (precatórios).**	Execução civil.
Bens	Penhoráveis. Exceto os com fim **SP – continuidade.** **ECT: → impenhoráveis (tratamento de autarquia).**	Penhoráveis. Exceto os com fim **SP-continuidade.**
Peculiaridades	Capital **exclusivamente** público. Poder ter $ de diversos entes da administração pública, Estados, Municípios. Etc. Admite subsidiária.	Capital **predominantemente** público. Poder público deve ser o maior acionista. Admite subsidiária.
Escolha do dirigente	Presidente	Presidente

Exemplos:	CEF, ECT* (regime próximo a autarquia).	Petrobrás.

[1]Há entendimento no sentido de ser imune no caso de prestação de serviço público monopolizado, ou seja, que não haja concorrência com o particular, inexistência de abuso econômico. **JSCF.**

7.7.10. Precatórios

Importante!!!

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.
STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017 (Info 858).

É inconstitucional determinação judicial que decreta a constrição de bens de sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos em regime não concorrencial, para fins de pagamento de débitos trabalhistas.
Sociedade de economia mista prestadora de serviço público não concorrencial está sujeita ao regime de precatórios (art. 100 da CF/88) e, por isso, impossibilitada de sofrer constrição judicial de seus bens, rendas e serviços, em respeito ao princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF/88) e da separação funcional dos poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III).
STF. Plenário. ADPF 275/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/10/2018 (Info 920).

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado formadas majoritariamente com capital público, mas possuindo também capital privado.

Em virtude dessas características, havia divergência se o regime dos precatórios poderia ser aplicado para as sociedades de economia mista.

O STF pacificou o tema no sentido de que é possível, desde que essa sociedade de economia mista seja prestadora de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial.

O regime de precatórios é aplicável para as empresas públicas? Depende:

1) Se for uma empresa pública prestadora de serviços públicos: SIM.

Embora, em regra, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estejam submetidas ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado, o STF tem estendido algumas prerrogativas da Fazenda Pública a determinadas empresas estatais prestadoras de relevantes serviços públicos.

Exemplos: Correios (ECT), Casa da Moeda, Infraero e companhias estaduais de saneamento básico (nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro). Nesse sentido:

A Casa da Moeda do Brasil executa e presta serviço público mediante outorga da União. A CF/88 conferiu a ela, em regime de monopólio, o encargo de emitir moeda (art. 21, VII).

Em razão disso, o STF atribuiu à Casa da Moeda as prerrogativas de Fazenda Pública, como imunidade tributária e execução pelo regime de precatórios.

STF. 1ª Turma. RE 1009828 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/08/2018.

2) Se for uma empresa pública que desenvolva atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro: NÃO.

> *Não se submetem ao regime de precatório as empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e autonomia administrativa que exerçam atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro. STF. 1ª Turma. RE 892727/DF, rel. orig. Min. Alexandre de Morais, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 7/8/2018 (Info 910).*

Ex: a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA ostenta personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade econômica em regime concorrencial, sem monopólio e com vista a auferir lucro (Lei nº 17.895/2013, do Estado do Paraná). Sujeita-se, portanto, ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173, §§ 1º, II e 2º, da CF/88), a ela não se aplicando o regime de precatórios previsto no art. 100 da CF/88.

8. CONVÊNIOS e CONSÓRCIOS PÚBLICOS

*Alguns autores colocam o tema em 'Contratos', outros na 'Administração indireta'.

8.1.1. Noção geral

Cada vez mais passamos a ter exigência dos administrados na prestação de determinados serviços. Em consequência disso, aumenta a responsabilidade da Administração nessa prestação. Destarte, a Administração precisa de técnicas e métodos mais modernos para atingir a essa exigência, além de profissionais mais qualificados. Assim temos como fundamentos:

- Exigência dos administrados
- Responsabilidade da administração
- Técnicas e métodos mais modernos
- Profissionais qualificados

É comum que o ente público não consiga, sozinho, suprir essas exigências. Surge, aí, a necessidade de reunião de esforços dos entes.

Reunião de esforços → Interesse comum - Objetivo comum dos entes → Interesses convergentes → Cooperação → Gestão associada.

Exemplos dessa reunião de esforços:

- O município deseja a demarcação dos seus limites. Esse fato interessa a mais de um município, logo surge reunião de esforços.

- Estado e União trocando informações para fins tributários.

- Travessia de rio limítrofe de municípios através de balsa.

Ou seja, sempre os partícipes dessa união têm interesses convergentes, o que difere dos contratos administrativos, onde os interesses são opostos.

8.1.2. Consórcio Administrativo (extinto) x Convênio x Consórcio Público

CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS (extintos)	CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO	CONSÓRCIOS PÚBLICOS (antigo Consórcio Administrativo)
Conceito: Ajustes entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais da mesma espécie. Exemplo: Reunião de municípios.	***Conceito:*** Ajustes entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais de **DIFERENTES ESPÉCIES** com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público. Exemplo: Reunião de estado com município. Não forma um terceiro ente, a responsabilidade dos conveniados é solidária.	***Conceito:*** gestão associada de entes políticos (U, E, M, DF) visando à realização de objetivos de interesse comum. Surgem com a Lei 11.107/05. Previstos no art. 241 da CF/88. Novidade: Eles têm personalidade jurídica. Forma um terceiro ente.

Crítica

JSCF não vê razão para a diferenciação entre convênio e consórcios administrativos. Na prática o contorno jurídico é o mesmo. O conteúdo e o regramento são os mesmos.

8.2. CONVÊNIOS

8.2.1. Conceito

Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

8.2.2. Previsão constitucional

Previsão desde a CF/67 (art. 13, §3º e art. 14, §4º).

Na CF/69 → Art. 13, §3º.

CF/88 → Art. 71, VI; art. 199, §1º; art. 23, parágrafo único (implicitamente); art. 37, §8º da CF (não é pacífico). Art. 241;

> *Art. 71. O controle externo, **a cargo do Congresso Nacional**, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*
> *VI - Fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante **CONVÊNIO**, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;*
>
> *Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*
> *§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou CONVÊNIO, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*
>
> *Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
> *Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (estaria implícita a referência aos convênios)*
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:... (há quem diga que há previsão dos convênios)*
>
> *Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por MEIO DE LEI os consórcios públicos e os CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Considerações

1. O art. 23, parágrafo único exige Lei Complementar enquanto o art. 241, fala em lei ordinária;
2. O art. 23 tem um cunho genérico. É uma norma de princípio programático (Cretella).
3. O art. 241 é mais específico sobre os objetos dos convênios.
4. O art. 37, §8º cuida de um instituto chamado contrato de gestão para celebração de atividades administrativas. Há quem diferencie dos convênios.

JSCF diz que são assemelhados aos convênios, pois tudo trata de parcerias.

8.2.3. Previsão legal

DL 200/67 - art. 10, §1º, b.

Lei 8.666/93 - art. 116 (art. 184 da Lei 14.133/2021).

> *DL 200/67 - Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*
> *§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:*
> *b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante CONVÊNIO;*
>
> *Lei 8.666 Art. 116. **Aplicam-se as disposições desta Lei**, no que couber, aos CONVÊNIOS, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*
>
> *Lei 14.133/2021 Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.*

Gasparini diz que mesmo que não existissem essas previsões seria possível que a Administração firmasse ajustes para alcançar objetivos comuns.

8.2.4. Tipos de convênios

1) ***Pessoa administrativa X Pessoa administrativa;***

Celebram ajuste com objetivo de alcançar interesse público comum.

Exemplo: SEM estadual X EP municipal; União X Autarquia.

2) ***Pessoa administrativa X Entidades particulares (física ou jurídica);***

Ajuste com objetivo do interesse público.

Ex1.: Município celebra ajuste com Bacon Pretzel LTDA.

Ex2.: Estado celebra ajuste com Irmãos Porquinhos S/A.

Crítica do CABM: Para ele só será possível firmar convênios com entidades particulares se essas entidades não tiverem fins lucrativos. Se a entidade privada tem fins lucrativos, a sua intenção não será alcançar interesse público, mas sim o lucro. Aqui, passa-se a ter objetivos contrapostos (não convergentes), descaracterizando o convênio.

Além disso, Celso Antônio diz que celebrando o convênio com entidade privada, está-se ferindo a isonomia, a não ser que o poder público promovesse licitação.

3) ***Órgão público (despersonalizado) X entidade particular***

4) ***Órgão público X pessoa administrativa diversa daquela a que pertence o órgão.***

Ex.: Secretaria da Educação do Município X Entidade particular.

5) ***Órgão da Pessoa A X Órgão da pessoa A ("Convênio Interorgânico")***

Ex.: Secretaria de Segurança Pública do RS X Assembleia Legislativa do RS.

OBS: Há entendimento no sentido de ser nulo o convênio celebrado por órgãos do convenente (Diógenes Gasparini). A maioria, entretanto, admite (JSCF e CABM).

OBS2: Não existe convênio se os convenentes são particulares.

8.2.5. Características dos convênios

Cooperação mútua entre os partícipes;

Essa cooperação, esse ajuste forma um terceiro ente com PERSONALIDADE JURÍDICA?

1ª C: Diogo de Figueiredo: Forma-se um novo ente.

2ª C: Hely, JSCF, Di Pietro: **Não se forma nova pessoa**. Em razão disso, a responsabilidade pelos atos praticados pelo convênio é solidária entre os participantes. Não existe a responsabilidade de um terceiro ente.

A responsabilidade recai sobre os partícipes, que podem ser representados por uma comissão executiva.

Execução de metas internas da Administração;

Partícipe pode denunciar o convênio sem qualquer consequência (direito de retirar-se do convênio) - Princípio do informalismo. Outra grande diferença em relação aos contratos administrativos.

É possível a **inclusão de novos partícipes no ajuste**, desde que exista identidade de interesses e respectiva previsão no termo de convênio. Na falta de previsão no termo, presume-se que não é possível a inclusão de novos partícipes.

Objeto: INTERESSE PÚBLICO. A essência do convênio impede que o ajuste seja feito no interesse privado. Obviamente que a participação de entidade particular implica em benéfico de interesse particular, mas não será o objetivo precípuo do convênio.

Formalização: **Se dá através do TERMO DE CONVÊNIO** (ou simplesmente convênio ou ainda termo de cooperação)

Autorização legislativa? Polêmica.

Durante muito tempo entendia-se ser necessária a autorização legislativa. Porém o STF já decidiu essa questão em várias ações diretas, fixando o entendimento no sentido contrário: Dispensa-se a autorização legislativa (ADI 342, 1857, 1166). Fundamento: Princípio da independência e harmonia dos poderes. O legislativo não pode se intrometer em questão atinente ao poder executivo.

STF: Será necessária a autorização legislativa quando o convênio depender de repasse de verba orçamentária ***que não esteja prevista na Lei orçamentária***.

Lembrando-se de posição de CABM: O convênio com ENTIDADE PRIVADA exige licitação, mesmo com aquelas sem fins lucrativos, para preservar o princípio da igualdade.

Prazo? **Em regra, não há prazo**. Não existe essa necessidade.

8.2.6. Convênios X Contratos administrativos

CONVÊNIOS	CONTRATOS
Vínculo jurídico	Vínculo jurídico
Interesses COMUNS	Interesses OPOSTOS
Cooperação	Lucro
Vínculo menos rígido (informalismo)	Vínculo mais rígido (implica sanções)

8.2.7. Convênios x Antigos Consórcios Administrativos

Tudo que foi falado até aqui para Convênios vale para os antigos Consórcios Administrativos, com as seguintes peculiaridades.

CONVÊNIOS	Antigos Consórcios Administrativos
Partícipes de qualquer espécie	Partícipes de mesma espécie
Não se exige uma estrutura administrativa.	Exige-se uma estrutura administrativa - Conselho Consultivo - Conselho Fiscal - Autoridade executiva

Repetindo: JSCF critica essa diferenciação. Ver acima.

8.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05)

Ver no edital se tem item específico, caso contrário, não se preocupar.

8.3.1. Conceito

Gestão associada. O consórcio foi criado para situações que um ente sozinho não era capaz de resolver. Assim surge o consórcio para reunir esforços.

Somente ***ENTES POLÍTICOS*** podem participar do consórcio, podendo ser entre quaisquer dos entes políticos da federação. Eles se reúnem para realizar a gestão associada de interesse comum. O fundamento constitucional é o art. 241 da CF.

> *Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei **OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS** e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Para constituir o consórcio, eles celebram um CONTRATO DE CONSÓRCIO, que nada mais é do que um CONTRATO ADMINISTRATIVO, e quando eles fazem isso, eles constituem também uma **nova pessoa jurídica** (perceber que nos convênios não se forma pessoa jurídica, conforme a doutrina majoritária). Exemplo: preservação ambiental (união, estado município não tem tempo etc., eles constituem uma PJ que vai cuidar, gerir e tal de forma coletiva essa área de preservação ambiental). Essa nova pessoa jurídica é constituída na forma de ***ASSOCIAÇÃO.***

Por conta disso, alguns autores explicam o tema dentro da **'administração indireta'** e outros dentro de ***'contratos administrativos'***, eis que não deixa de compor a primeira, assim como não deixa de ser uma espécie do segundo.

Di Pietro: A Lei veio para desvirtuar o instituto dos convênios e consórcios administrativos. A lei é uma merda para ela.

8.3.2. Consórcios Públicos x Consórcios Administrativos (extintos)/Convênios

CONSÓRCIOS PÚBLICOS	CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS (extintos)/CONVÊNIOS
Fim comum: Interesse Público	Fim comum: Interesse Público
Formação de uma pessoa jurídica	Não há formação de pessoa jurídica (posição majoritária). OBS: Hely defendia que esses convênios deveriam constituir uma sociedade civil, a fim de executar os interesses do ajuste.
Limitado aos entes políticos	Entes políticos, entes administrativos, pessoas particulares.

8.3.3. Protocolo de intenções

De acordo com o art. 3 e 4º da Lei, os entes políticos consorciados precisam formalizar um protocolo de intenções, onde ficarão definidos alguns elementos da nova pessoa jurídica: prazo, sede do consórcio, finalidade específica, quem são os consorciados, quem vai administrar o consórcio (Assembleia Geral) etc.

> *Art. 3o O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da **prévia subscrição de protocolo de intenções**.*

> *Art. 4o São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:*

Celebrado o protocolo, passa-se a uma segunda etapa: **ratificação por lei desse protocolo**.

> *Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a **ratificação**, **mediante lei**, **do protocolo de intenções**.*
> *§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.*
> *§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.*
> *§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.*
> *[...]*

Perceba a diferença: Aqui ocorre a participação do poder legislativo, o que não ocorre nos convênios. Aqui temos a participação do Executivo e do Legislativo.

EXCEÇÃO: Art. 5º, §4º da Lei.

> *Art. 5*
> *§ 4º **É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo** o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.*

Se já existe lei no âmbito do ente político que permita que ele celebre consórcio público, a ratificação legislativa é dispensada.

8.3.4. Natureza jurídica dos consórcios públicos

JSCF: Negócio jurídico plurilateral de direito público.

Negócio jurídico: Manifestação de vontade dos participantes para atingir um objetivo comum.

Plurilateral: Admite-se a presença de vários pactuantes (com interesses comuns), o que os diferencia dos contratos.

Direito Público: Normalmente são regras de direito público que norteiam o ajuste.

OBS: A lei 11.107/05 (art. 1º e 3º) fala em contratação de consórcios públicos.

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **contratarem** CONSÓRCIOS PÚBLICOS para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.*
>
> *Art. 3o O consórcio público **será constituído por CONTRATO** cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.*

Afinal, é contrato ou não é contrato?

JSCF diz que a expressão contrato é uma total impropriedade técnica da lei. Os consórcios públicos são mais próximos dos Convênios do que dos Contratos.

Celso Antônio adota o termo contrato. Repete o texto legal.

8.3.5. Personalidade jurídica

Os consórcios têm personalidade jurídica. São sujeitos de direitos e obrigações. Essa personalidade pode ser de Direito Público ou de Direito Privado (art. 6º, I e II da Lei).

Prima facie a ideia é que a ASSOCIAÇÃO se apresente como PJ de direito público, porque ela provém de entes da administração direta. Não obstante, a lei prevê que ela pode tanto ser uma **associação pública** (PJ de direito público, espécie do gênero de autarquia), assim como pode ser uma **associação privada** (PJ de direito privado). No entanto, enquanto associação privada, o regime sofrerá influxo de regras de **direito público**, sendo, portanto, uma **espécie híbrida**. O legislador criou um regime híbrido, sendo muito próximo ao que acontece com as EP e SEMs, não se pode dizer que é igual (até pelos papéis diferentes), mas certamente se aproxima.

> *Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:*
> *I – De DIREITO PÚBLICO, no caso de constituir ASSOCIAÇÃO PÚBLICA, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*
> *II – De DIREITO PRIVADO, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

Personalidade de Direito Público: Constituirá ASSOCIAÇÃO Pública, que será integrante da Administração Indireta (§1º).

> *§ 1o O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.*

Personalidade de Direito Privado: A lei não diz se o consórcio integrará ou não a Administração Pública Indireta (§2º).

> *§ 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.*

Sobre esse tema, algumas correntes:

1ª C: (JSCF, DG, MSZP): Integra a Administração Pública indireta, pois o consórcio prestará um serviço de forma descentralizada.

2ª C (CABM): Integram a Administração indireta, pois esses consórcios nada mais são do que empresas públicas.

3ª C (Odete): Não integram a Administração indireta.

Os Consórcios de direito privado seguem um regime jurídico híbrido (tal como empresas estatais): ora normas de direito público, ora normas de direito privado.

Doutrina crítica: Como pode essa associação integrar a administração indireta surgindo de um CONTRATO? As PJ da administração indireta devem surgir de lei (autarquias) ou no mínimo ter autorização legislativa (EPs e SEMs). É um monstrinho podre.

OBS: há lei que aprova o protocolo de intenções (visto acima), entretanto é uma lei de cada ente e somente aprova o protocolo.

A autonomia destes entes na constituição da gestão associada também é criticada. Imagine-se o caso em que a União faz consórcio com um município muito pobre (OBS: para que isso aconteça o Estado onde está esse município deve ser consorciado). Nesse caso, apesar de não haver hierarquia entre os entes na CF, é bem improvável que a União não se sobreponha. Nesse ponto, a doutrina critica a possibilidade de violação da autonomia dos entes.

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.*
> *§ 2º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.*

8.3.6. Características dos consórcios públicos

a) Formação de uma pessoa jurídica

Isso possibilita a celebração de contratos, convênios, outros consórcios etc.

b) Recebem subvenção, auxílios, contribuições sociais e econômicas (art. 2º, §1º, I);

> *Art. 2o Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.*
> *§ 1o Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:*
> *I – Firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;*

c) Pode **promover desapropriações**; pode instituir servidões. Ver acima.

d) Podem emitir papéis de cobrança

Art. 2º, §3º: OUTORGA de Concessão, permissão e autorização de obras ou serviços. Esse dispositivo extrapolou a previsão constitucional do art. 175, que não fala em autorização. Quem faz essa crítica é o JSCF.

> *§ 3o Os consórcios públicos poderão **outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos** mediante autorização prevista*

> *no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.*

e) **Estão sujeitos à fiscalização por parte do Tribunal de Contas** (art. 9º, parágrafo único da Lei), além do controle administrativo (tutela).

> *Art. 9o A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.*
> *Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo* ***Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio****, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas,* ***sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio****.*

f) O art. 18 da lei 11.107 acrescentou os Incisos XIV e XV no art. 10 da Lei de improbidade administrativa, considerando alguns atos relacionados aos consórcios como atos de improbidade que causam danos ao erário.

> *Art. 18. O art. 10 (atos que causam DANO AO ERÁRIO) da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de improbidade), passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:*
> *Art. 10*
> *XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da* ***GESTÃO ASSOCIADA*** *sem observar as formalidades previstas na lei;*
> *XV – celebrar* ***contrato de rateio de consórcio público*** *sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei." (NR)*

Di Pietro: A lei não deveria considerar isso como ato de improbidade causador de dano, uma vez que essas condutas como estão narradas não necessariamente causam danos ao erário. Além disso, essa previsão é desnecessária, pois o próprio art. 11 fala nos atos que violam os princípios da Administração, dentro dos quais estão enquadrados esses atos relativos a consórcios. Ver improbidade.

g) **Licitação**: art. 17 da Lei 11.107 e art. 23, §8º da Lei 8.666 (não mais previsão na Lei 14.133/2021).

Para os valores relativos à dispensa de licitação, aplica-se como parâmetro o dobro do percentual, ou seja, 20% da modalidade convite (a Lei 14. 133/2021 acabou com a modalidade convite).

Se o consórcio tiver até três entes: utiliza-se como parâmetro o DOBRO dos valores fixados na Lei de Licitações.

Se o consórcio tiver mais de três, utiliza-se o TRIPLO. Ver licitações.

*Crítica: doutrina critica bastante também esses parâmetros frente aos outros problemas (criação por contrato, autonomia e tal visto acima). A Lei 14.133/2021 não traz mais essas previsões.

OBS: CABM diz que não é necessária a licitação.

8.3.7. Contrato de programa e contrato de rateio

1) Contrato de programa (art. 13)

A palavra-chave é OBRIGAÇÃO. Qual a obrigação do ente perante o consórcio (obrigação de prestação de serviço, transferência de pessoal). Além disso, esse contrato estabelece as condições de validade.

JSCF: condição de validade da constituição e regulação de obrigações que uma pessoa da federação assuma para com outro ente estatal ou para um consórcio público, com o objetivo de implementar gestão associada através da qual sejam prestados serviços públicos ou transferidos, total ou parcialmente, encargos, serviços pessoais ou bens necessários a consecução dos serviços transferidos. **Prévia definição de obrigações que o ente, como integrante do consórcio, assume perante os demais pactuantes.**

> *Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por **CONTRATO DE PROGRAMA**, **como condição de sua validade**, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou **para com CONSÓRCIO PÚBLICO no âmbito de gestão associada** em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.*

2) Contrato de rateio (art. 8º)

É o pressuposto para os entes consorciados transferirem recursos ao consórcio público com base na LC 101/2000 (LRF).

JSCF: também NJ plurilateral de direito público, que se constitui como pressuposto para que os entes consorciados transfiram recursos ao consórcio público. O consorciado deve consignar em seu orçamento as dotações suficientes para as despesas assumidas no ajuste. Caso contrário será suspenso e depois excluído do consórcio.

> *Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público **mediante CONTRATO DE RATEIO**.*

OBS: Para José dos Santos Carvalho Filho (JSCF), a organização e funcionamento dos consórcios, visto que associações, serão regidos pela legislação reguladora das associações civis, prevalecendo, no caso de colisão, a disciplina da lei nº 11.107/05. Na relação jurídica decorrente do consórcio (disciplina externa) basicamente o CC, na atuação dos órgãos internos e a organização da entidade (disciplina interna) o estatuto (que deve ser criado, de acordo com o art. 7º da lei).

Art. 7o Os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público.

8.4. RESUMO: CONVÊNIOS X CONSÓRCIOS

DL 200/67 - art. 10, §1º, b.

Lei 8.666/93 - art. 116. A Lei 14.133/2021 é clara ao definir que seus dispositivos serão aplicados apenas nos causos de ausência de norma específica, mas para isso deve haver um regulamento do Poder Executivo Federal.

Como a Lei 8.666/93 terá vigência por dois 2 anos até ser revogada, deixaremos o quadro comparativo.

CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO (DL 200/67, art. 10, §1º, b; Lei 8.666/93, art. 116)	CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05)
NÃO forma nova pessoa jurídica. Cooperação mútua entre os partícipes; Execução de metas internas da Administração;	**FORMA pessoa jurídica nova**. Gestão associada. O consórcio foi criado para situações que um ente sozinho não era capaz de resolver. Assim surge o consórcio para reunir esforços. A PJ formada será uma **ASSOCIAÇÃO** pública ou privada (regime híbrido).
Podem participar entes políticos, administração indireta (autarquia), paraestatais e até particulares.	Somente ENTES POLÍTICOS podem participar do consórcio, podendo ser entre quaisquer dos entes políticos da federação.
Partícipe pode denunciar o convênio sem qualquer consequência (direito de retirar-se do convênio) - Princípio do informalismo. Outra grande diferença em relação aos contratos administrativos. **É possível a inclusão de novos partícipes no ajuste, desde que exista identidade de interesses e respectiva previsão no termo de convênio. Na falta de previsão no termo, presume-se que não é possível a inclusão de novos partícipes.**	Não há como o consorciado se desvincular desta forma, pois a lei trata o consórcio como um contrato (embora a doutrina critique essa natureza).
Formalização: Se dá através do TERMO DE CONVÊNIO (ou simplesmente CONVÊNIO ou ainda TERMO DE COOPERAÇÃO). **Discutiu-se se haveria necessidade de aprovação do legislativo. STF decidiu que só quando houver aumento de gasto não previsto na LO. A lei apenas prevê a CIÊNCIA do legislativo.**	Aqui ocorre a participação do poder legislativo, o que não ocorre nos convênios. Aqui temos a participação do Executivo e do Legislativo. Firmado anteriormente entre os entes um **PROTOCOLO DE INTENÇÕES,** este deve ser ratificado por lei.

	OBS: Se já existe lei no âmbito do ente político que permita que ele celebre consórcio público, a ratificação legislativa é dispensada. **Contrato de programa (art. 13):** A palavra-chave é OBRIGAÇÃO. Qual a obrigação do ente perante outro ou o consórcio (obrigação de prestação de serviço, transferência de pessoal). Além disso, esse contrato estabelece as condições de validade. **Contrato de rateio (art. 8º):** É o pressuposto para os entes consorciados transferirem recursos ao consórcio público com base na LC 101/2000 (LRF).
	Recebem subvenção, auxílios, contribuições sociais e econômicas (art. 2º, §1º, I); Pode promover desapropriações; pode instituir servidões. Podem emitir papéis de cobrança Art. 2º, §3º: OUTORGA de Concessão, permissão e autorização de obras ou serviços. Esse dispositivo extrapolou a previsão constitucional do art. 175, que não fala em autorização. Quem faz essa crítica é o JSCF.
Licitação: NÃO precisa de licitação prévia para celebrar convênio (lei 8.666 art. 116, caput). A busca por interesses comuns não se coaduna com a competição que envolve os procedimentos licitatórios. Nesse sentido, o Informativo 387 do STF. Para o convênio celebrar contrato, acredito que deva haver licitação. **Licitação é dispensável para AD ou AI celebrar contrato de programa com Convênio.**	**Licitação**: art. 17 da Lei 11.107 e art. 23 da Lei 8.666. Para os valores relativos à **dispensa de licitação**: Se o consórcio tiver até três entes: utiliza-se como parâmetro o DOBRO dos valores fixados na Lei de Licitações. Se o consórcio tiver mais de três, utiliza-se o TRIPLO. Ver licitações. Licitação é dispensável para AD ou AI celebrar contrato de programa com Consórcio.
Prazo? Em regra, não há prazo**. Não existe essa necessidade.**	A lei prevê uma estipulação de prazo no protocolo de intenções.
Plano de Trabalho: Onde estão as Regras aplicáveis ao convênio. Metas, etapas, fases etc. Ver art. 116, §1º da Lei 8.666/93.	Tais regras descritas ao lado, no consórcio são previstas no protocolo de intenções.

Estão sujeitos ao TC.	**Estão sujeitos à fiscalização por parte do Tribunal de Contas** (art. 9º, parágrafo único da Lei), além do controle administrativo (tutela).

9. ENTES DE COOPERAÇÃO

Estão fora da administração pública! É feito o estudo neste momento por oportunidade

9.1. INTRODUÇÃO

Não compõe a administração, cooperam com ela, estão ao seu lado.

Seria o 4º setor? Nada de jurídico, divisão da economia, porém já caiu em prova de concurso:

Economia (setores):

Estado

Iniciativa privada

ONG's

Economia Informal (4º setor).

Então, no 3º setor temos as ONG's, algumas ONG's ajudam o estado em sua finalidade, quando ela faz isso, ela é considerada um ente de cooperação. NEM TODA ONG é ente de cooperação. Essas pessoas jurídicas também são chamadas de PARAESTATAIS.

PARAESTATAL – ao lado "de" e não dentro "de". Ao lado da administração. As EP e SEM **não podem ser chamadas de paraestatais.**

Características

Estão fora da administração pública;

Paraestatais, representam o 3º setor;

Pessoas jurídicas de Direito Privado;

Não tem fins lucrativos. Não foram criadas para o lucro, MAS, podem ter.

9.2. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO (SISTEMA "S")

JSCF: pessoas de colaboração governamental

SESC, SESI, SENAI, SENAC, SEBRAE...

Cursos, capacitação, lazer, assistência (médica, odontológica, judiciária) ...

Para que servem essas PJ? Temos essas PJ para fomentar as diversas categorias profissionais. **Fomentar** indústria, comércio, transportes, isto é IMPORTANTE PARA O ESTADO. Não prestam serviços públicos, prestam **serviços de utilidade pública.**

De que vivem essas PJ? Como se remuneram?

Contribuição

Podem receber recursos orçamentários, não significa dizer que estão recebendo, depende de cada lei orçamentária, de cada momento.

Especialmente são beneficiárias da parafiscalidade, e consequentemente cobram contribuição parafiscal.

PARAFISCALIDADE: nada mais é do que a delegação da capacidade tributária ativa.

Competência tributária: aptidão para criar tributos. Competência tributária é INDELEGÁVEL.

Capacidade tributária: aptidão para cobrar tributos. DELEGÁVEL.

Quem pode receber a parafiscalidade? PJ de direito público e PJ de direito privado que são perseguidoras de interesse público.

Sistema 'S' cobra tributos, mas não cobra diretamente, normalmente é feito junto com outros tributos, é juntado com 02 ou 03 e paga-se de uma vez, para facilitar a arrecadação. Geralmente o INSS recebe e repassa a essas entidades.

Estão sujeitos ao TCU? Sim, se essas pessoas cobram tributos, ***elas estão sujeitas a controle pelo TCU.***

Regime CLT – são empregados privados.

Não tem privilégios processuais

Não tem privilégios tributários. Cuidado: se o SSA tem finalidade assistencial, beneficente, pode ter privilégio tributário.

Competência: **JE**.

9.3. ENTIDADES DE APOIO

Regulamentada na Lei 8958/94.

Entidade dentro da autarquia, Universidade, bolsa para mestrado, financiamento de viagens etc. Pode ter natureza de fundação privada, associação ou cooperativa.

Sendo que esta entidade de apoio não é constituída pelo poder público, é constituída pelos próprios servidores.

Tem como objetivo as pesquisas. Investimento nas pesquisas. Entidade de apoio surge como socorro à situação atual das universidades, de falta de recursos para a pesquisa, devido ao atual estado de sucateamento, precariedade atual das universidades. A entidade como pessoa privada pode arrecadar, vender pós-graduação etc. Arrecadando pode investir na pesquisa etc., suprindo inúmeras carências.

Celebra um contrato de **Convênio** com a Administração Pública. Tem como sede um espaço dentro da Universidade.

Pode receber dotação orçamentária. Para as Universidades é mais confortável porque a lei regulamenta. A situação piora com os Hospitais públicos, os quais têm entidade de apoio, mas não tem regulamentação.

Problema: A Entidade de Apoio funciona dentro da Universidade. Quem trabalha nela são os servidores da própria universidade. A entidade funciona dentro da universidade, com bens da universidade, os servidores que trabalham nela são servidores pagos pela universidade.

Doutrina crítica que fosse um ser dentro de outro ser, sendo aquele público e o de dentro privado, ela tem os privilégios da universidade e os privilégios da pessoa privada, gastando dinheiro como particular fosse, consequentemente gera descontrole, desvios...

Então apesar de ser uma instituição “salva-vidas”, temos esses problemas.

Exemplo: FUSP, FINATEC, FAPESP, FAPEX, FAPEAL, CERT.

9.4. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)

9.4.1. Conceito

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, prestadoras de atividades de interesse público e que, por terem preenchido determinados requisitos previstos na Lei n.° 9.637/98, recebem a qualificação (título, selo) de “organização social”.

A pessoa jurídica, depois de obter esse título de “organização social”, poderá celebrar com o Poder Público um instrumento chamado de “contrato de gestão” por meio do qual receberá incentivos públicos para continuar realizando suas atividades. As regras relacionadas com as organizações sociais estão previstas na Lei n.° 9.637/98. Veja o que diz o art. 1º:

> *Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.*

9.4.2. Quem concede a qualificação de OS?

O Ministro do Planejamento em conjunto com o Ministro da área na qual atua a pessoa jurídica que pretende a qualificação de OS.

Ex: se essa pessoa jurídica desempenha funções na área de educação, quem concederá será o Ministro da Educação em conjunto com o Ministro do Planejamento.

9.4.3. Requisitos

Quais são os requisitos necessários para a pessoa jurídica ser qualificada como OS?

Tais requisitos estão elencados no art. 2º da Lei n.° 9.637/98.

Veja um resumo dos principais requisitos necessários para que as entidades possam tentar receber a qualificação de organização social:

- finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

- ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria;

- participação, no seu órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

- obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

- proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

- previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Se a pessoa jurídica preencher todos os requisitos ali listados, o Poder Público é obrigado a conceder a qualificação?

NÃO. Mesmo preenchendo todos os requisitos, os Ministros podem decidir não conceder o título porque esta é uma decisão discricionária, na qual se avalia a conveniência e oportunidade de conceder.

9.4.4. Área de atuação

Para que a pessoa jurídica seja qualificada como OS ela precisa desempenhar atividades em uma das seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde.

Segundo a doutrina majoritária, esse rol é taxativo, de forma que se a pessoa jurídica trabalhar apenas com assistência social, por exemplo, não atenderá os requisitos para ser qualificada como uma OS.

Em provas de concurso, você poderá encontrar a afirmação de que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos não exclusivos de Estado, ou seja, serviços que são desempenhados pelo Estado, mas que podem também ser exercidos por particulares.

9.4.5. Contrato de gestão

Contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com o objetivo de que, a partir daí, seja formada uma parceria entre eles para fomento e execução das atividades que uma OS faz (ensino, pesquisa científica etc.).

No contrato de gestão serão listadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. O contrato de gestão deve ser submetido ao Ministro de Estado da área correspondente à atividade fomentada.

Ex: se a OS desenvolve atividades de saúde, quem aprovará o contrato será o Ministro da Saúde.

Obs.1: apesar de a lei dizer que esse ajuste é um “contrato”, a doutrina critica a nomenclatura e afirma que, na verdade, o melhor seria chamá-lo de convênio, de termo de colaboração ou termo de fomento. Isso porque no contrato existem interesses opostos e nessa relação da OS com o Poder Público os objetivos são os mesmos, são convergentes.

Obs.2: os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverão comunicar o Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

As organizações sociais que celebrarem contrato de gestão com o Poder Público passam a ser consideradas entidades da Administração Pública? NÃO. Mesmo tendo celebrado contrato de gestão, continuam sendo entidades paraestatais (não estatais).

As organizações sociais que celebrarem contrato de gestão com o Poder Público podem ser consideradas delegatárias de serviços públicos? NÃO. As organizações sociais exercem em nome próprio serviços públicos, mas não são consideradas delegatárias considerando que não recebem uma concessão ou permissão de serviço do Poder Público.

Os setores de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente são classificados como serviços públicos sociais. Segundo a CF/88, tais serviços devem

ser desempenhados não apenas pelo Estado como também pela sociedade (são “deveres do Estado e da Sociedade”).

Assim, é permitida a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo Poder Público. Não se aplica, portanto, o art. 175, “caput”, da CF/88 às atividades desenvolvidas pelas organizações sociais.

9.4.6. Incentivos

As organizações sociais poderão receber os seguintes incentivos para cumprir o contrato de gestão:

a) Recursos orçamentários: podem receber “dinheiro público”;

b) Cessão de bens públicos, mediante permissão de uso, dispensada licitação: podem receber, sem licitação, bens públicos para serem usados em suas atividades;

c) Cessão especial de servidor, com ônus para o órgão de origem do servidor cedido: servidores públicos podem ser colocados à disposição das organizações sociais para lá trabalharem, continuando recebendo sua remuneração dos cofres públicos; d

d) Contratadas sem licitação: as organizações sociais podem ser contratadas, com dispensa de licitação, para prestarem serviço a órgãos e entidades da Administração Pública, recebendo por isso (art. 24, XXIV, da Lei n.° 8.666/93). A Nova Lei de Licitações não traz mais tal previsão.

Veja abaixo a redação da antiga Lei de Licitações:

> *Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648/98)*

9.4.7. ADI 1923/DF

Em 1998, o PT e o PDT ajuizaram uma ADI contra diversos dispositivos da Lei das Organizações Sociais (Lei n.° 9.637/98) e contra o art. 1º da Lei n.° 9.648/98 que mudou a Lei n.° 8.666/93 para prever a dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais.

O STF finalmente julgou a ação.

Veja os principais pontos sobre o que foi decidido:

É inconstitucional a previsão de que as organizações sociais irão substituir a atuação de órgãos e entidades da Administração Pública e irão, elas próprias, desempenhar determinados serviços públicos não exclusivos?

NÃO. As organizações sociais exercem papel relevante, pela sua participação coadjuvante em serviços que não seriam exclusivos do Estado, e a Constituição admite essa coparticipação particular.

O programa de publicização é, portanto, legítimo e permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o terceiro setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, como os de saúde e de educação.

O STF não pode engessar as opções políticas dos governantes e impedir que o Governo legitimamente eleito adote determinado modelo de Estado (no caso, o Estado gerencial).

Os incentivos previstos na Lei n.º 9.637/98 em favor das organizações sociais (recebimento de recursos orçamentários, cessão de bens e servidores etc.) são inconstitucionais?

NÃO. O Poder Público pode atuar no domínio econômico (atividades econômicas) ou na área social por meio de intervenção direta (quando ele mesmo age disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários) ou indireta (quando faz uso de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos). Essa atuação indireta ocorre mediante atividades de regulação do mercado ou de fomento (concessão de incentivos e estímulos).

Em qualquer das situações, o certo é que a Administração Pública atua sob o ângulo do resultado, ou seja, verificando se os objetivos buscados estão sendo atingidos. Assim, essa cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, é o que viabiliza (possibilita) a transferência para os particulares de atividades de interesse público exigindo das organizações sociais, em contrapartida, metas e resultados a serem alcançados.

A regra segundo a qual as organizações sociais podem usar bens públicos mesmo sem licitação (art. 12, § 3º da Lei n.º 9.637/98) é inconstitucional? A dispensa de licitação para que o Poder Público contrate organizações sociais (art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93) é inconstitucional?

NÃO. As dispensas de licitação instituídas no art. 12, § 3º, da Lei n.° 9.637/98 e no art. 24, XXIV, da Lei n.° 8.666/1993 tem a finalidade de induzir (fomentar) práticas sociais benéficas, ou seja, incentivar a atuação de organizações sociais que tenham firmado contrato de gestão e que sejam, assim, reconhecidas como colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. A isso chamamos de "função regulatória da licitação".

Função regulatória da licitação: segundo essa teoria, a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade. A possibilidade de contratação direta, sem licitação, de organizações sociais ou OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) é um exemplo dessa função regulatória da licitação já que, como essa prática, o Estado induz que essas entidades sejam criadas pelos particulares.

O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. Vimos acima que a organização social que celebrar contrato de gestão pode receber recursos orçamentários.

Não houve a repetição na Lei 14.133/2021.

Recebendo esse dinheiro público, a organização social, quando contratar terceiros (ex: comprar produtos, serviços), é obrigada a fazer licitação? Dito de forma direta, a organização social submete-se ao dever de licitar?

NÃO. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei.

No entanto, por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, o regime jurídico das organizações sociais deve ser minimamente informado (influenciado) pelos princípios da Administração Pública (art. 37, "caput", da CF/88), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

Em outras palavras, quando a OS for contratar não precisará seguir as rígidas regras da Lei de Licitações de Contratos (Lei n.° 8.666/93), devendo respeitar, contudo, os princípios da Administração Pública elencados no caput do art. 37 da CF/88 (LIMPE) e as normas de seu regulamento interno (que irão explicar os passos necessários para a contratação).

Os salários pagos aos empregados das organizações sociais precisam ser fixados em lei, conforme exige o art. 37, X, da CF/88?

NÃO. Os empregados das organizações sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Logo, a sua remuneração não precisa ser fixada em lei (art. 37, X, da CF/88). Basta que seja prevista no contrato de trabalho firmado consensualmente entre a OS e o empregado.

A OS é obrigada a fazer concurso público para a contratação de seus empregados? NÃO. Não se aplica às organizações sociais a exigência de concurso público (art. 37, II, da CF/88). Vale ressaltar, no entanto, que o STF exigiu que as organizações sociais, quando forem contratar seus funcionários deverão fazer um procedimento objetivo e impessoal.

Resumo:

O Plenário do STF, por maioria, acolheu, em parte, pedido formulado na ADI para conferir interpretação conforme a Constituição e deixar explícitas as seguintes conclusões:

a) o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o disposto no art. 20 da Lei 9.637/98;

b) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF;

c) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei 9.637/1998, art. 12, § 3º) são válidas, mas devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF;

d) a seleção de pessoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

e) qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas deve ser afastada.

9.5. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

9.5.1. Noções Gerais

Lei 9790/99. Pessoa jurídica de direito privado. Celebra vínculo com estado por meio de um **TERMO DE PARCERIA**. A administração quer um projeto, a OSCIP tem um recurso, então tem natureza contratual. Doutrina diz que este termo tem natureza contratual.

JCSF diz aqui também que a OSCIP tem natureza de **convênio administrativo**, porque não há interesses contrapostos e sim cooperação, objetivos de interesses comuns.

Este termo será utilizado para viabilizar um PLANO/PROJETO de trabalho, projeto de modernização, da informática, saúde...

Para isso ela recebe **RECURSOS PÚBLICOS**.

Para a OSCIP para celebrar termo de parceria **deve existir ao menos há 3 anos** neste ramo de atividade, em TESE, representa alguma eficiência, a experiência anterior pode contribuir.

Na OSCIP não há interferência de administradores, é **PRIVADA** mesmo. A Administração da OSCIP não tem interferência de administradores públicos, não há gestão pública, é privada.

9.5.2. Dispositivos importantes da Lei 9790/90 (LOSCIP)

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:
I - As sociedades comerciais;

II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
IV - As organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
V - As entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
VI - As entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
IX - As organizações sociais; (caiu MP/SC/2008)
X - As cooperativas;
XI - as fundações públicas;
XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

*Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público** destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.*

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo. (e NÃO pelo MP)
§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.
§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.
§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

*Art. 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer **irregularidade ou ilegalidade** na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata **ciência ao Tribunal de Contas** respectivo e ao **Ministério Público**, **sob pena de responsabilidade solidária**.*

9.6. QUADRO ESQUEMÁTICO: CONSÓRCIOS PÚBLICOS, ENTIDADE DE APOIO, SISTEMA “S”, OS, OSCIP.

	Consórcios Públicos	Entidades de Apoio	Sistema "S"	OS	OSCIP
Criação	**Contrato multilateral** entre os entes federativos.	Constituída pelos próprios servidores dentro da autarquia. Lei 8958/94	Lei autorizadora + registro no CRPJ.	Extinção de estrutura da Admin. com transferência através de **Contrato de Gestão.** *Qualificação.*	Através de **Termo de Parceria** são delegadas atividades para maior otimização de serviços. *Qualificação.*
Natureza jurídica	Direito Público (associação pública – *autarquia*) Direito Privado *(híbrido – similar a EP e SEM)*	Direito Privado, dentro de um de Direito Público.	Direito privado	Direito Privado	Direito Privado.
Atividades	Mútua cooperação entre os pactuantes, visando realização de objetivos de interesse comum.	Investimento em pesquisas (dentro de Universidades, Hospitais...)	Execução de atividades de **utilidade pública** beneficiando certos setores sociais ou profissionais. Sem fins lucrativos.	Serviços NÃO exclusivos do estado (cultura, saúde, pesquisa científica...). Sem fins lucrativos.	Execução direta de projetos, programas e planos de ação, entrega de recursos humanos... Sem fins lucrativos.
Licitação	Lei 8.666/93 ****Dispensável** no caso de AD ou AI (integrante) celebrar **Contrato de Programa** com o **CP** (art. 24 XXVI). **Valores **dobrados** (três entes) ou **triplicados** (mais de três entes). Lei 14.133/2021 não prevê mais tais hipóteses	Deveria licitar, mas não lícita, não há regulamentação.	Lei 8.666/93 **Procedimento simplificado**	(para contratar OS não ocorre – "entidade fantasma"). **Ente a qual é vinculado,** não precisa para contrato *decorrente* do contrato de gestão.	**Ente a qual é vinculado,** não precisa para contrato *decorrente* do termo de parceria.
Regime Pessoal	D. Público: depende. D. Privado: CLT		CLT Emprego. Equiparado a servidor em		

			algumas situações.		
Concurso	Com concurso.		Com concurso (de acordo com **TCU**)		
Responsabilidade Civil	Objetiva	?	Subjetiva	Subjetiva	Subjetiva
Juízo Competente	Depende		Justiça Estadual		
Controle dos atos	TC (contas do representante legal do consórcio), TC's das pessoas federativas, Judicial.		TC, Judiciário, ministerial (finalístico).	TC	
Imunidade tributária	Imunidade recíproca		**Pode** ter privilégio se tiver caráter assistencial.		
Privilégios Processuais	Fazenda pública (se Direito Público).		Sem privilégios.	Sem privilégios	JEC
Débitos Judiciais	Fazenda pública.		Execução Civil		
Bens	Impenhoráveis		Penhoráveis		
Peculiaridades	→Previsão de: **Contrato de Programa** **Contrato de Rateio** **→*Poderes Jurídicos*** -Celebrar qualquer tipo de acordo com 3ºs -Instituição de tarifas e preços públicos se SP. -Delegar através de Concessão/permissão (contrato) ou autorização (ato administrativo)	**Não integra a Admin. Pública.**	**Não integra a Admin. Pública.** Recursos angariados de **Contribuições Parafiscais.**	**Não integra a Admin. Pública.** Ingerência de administradores públicos nos Conselhos de Administração.	**Não integra a Admin. Pública.** NÃO HÁ ingerência de administradores públicos nos Conselhos de Administração. Menos atreladas ao Poder público do que as OS.
Escolha do dirigente	O representante do Consórcio pode ser um chefe do poder executivo de um dos entes envolvidos.		Presidente (?)		
Exemplos:		FINATEC, FUSP	SESI, SENAI, SENAC	Associação Brasileira de Tecnologia.	Organização Ponto Terra, Instituto Arte Vida.

*Para **JSCF,** tanto Consórcios Públicos, OS's como OSCIP's tem natureza de **convênio** (ver convênios).

ATOS ADMINISTRATIVOS

1. FATO JURÍDICO E FATO ADMINISTRATIVO

1.1. INTRODUÇÃO

Quando um acontecimento atinge a órbita do direito, de forma a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, torna-se fato jurídico.

De forma semelhante, quando um acontecimento atinge a ADMINISTRAÇÃO, trata-se de **fato administrativo**. No entanto, o conceito deste último é mais abrangente, pois não necessita que ocorra a interferência na esfera de direitos.

Exemplo: Morte do alguém = Fato jurídico (fim da personalidade). Se for um servidor público = Fato Administrativo (cargo fica vago, abre-se concurso para o provimento dessa vaga etc.).

Se no fato jurídico há **uma manifestação de vontade,** torna-se um ATO jurídico. Se esse ato jurídico atingir a órbita do Direito Administrativo é um **ato administrativo,** excluindo a manifestação de vontade de atos privados, que como veremos a seguir, não entram no conceito de ato administrativo. (exemplo de ato administrativo: Estado, manifestando vontade, desapropria uma casa. Vai aumentar a lista de bens públicos, logo atinge o Direito Administrativo).

1.2. FATO ADMINISTRATIVO # ATO ADMINISTRATIVO

Ato que atinge o mundo jurídico e o direito administrativo, é *ato administrativo*. Manifestação de vontade que atinge o jurídico é ato jurídico, se atinge mais especificamente o direito administrativo é ato administrativo.

Exemplo: pessoa quer adquirir casa, estabelece contrato de compra e venda, ato jurídico. Imagine, contudo, que a manifestação de vontade foi emanada do Estado e, para isso, ele desapropria, manifesta à vontade invadindo a órbita do direito administrativo.

As condutas administrativas que não têm manifestação de vontade**, ou seja, não produzem efeitos jurídicos específicos, não são consideradas como atos administrativos**. Tais condutas se configuram somente como fatos administrativos, ou no conceito de Diógenes Gasparini: **Atos ajurídicos**. Tais atos, apesar de não se dirigirem a um fim específico, podem por consequência interferir em relações jurídicas. Como exemplo desses fatos administrativos, podemos citar os meros trabalhos dos agentes públicos, como a condução de uma viatura, ou a digitação de um ofício.

1.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS

Ato da administração é aquele ato praticado pela administração.

Temos um grande conjunto de atos da administração, e estes podem seguir o regime de **direito público** ou de **direito privado** (exemplo: a administração para celebrar contrato de locação precisa licitar, e apesar de licitar – direito público - o contrato é regido pelo direito privado, é um ato da administração porque quem fez foi a administração).

Este grande conjunto dos atos da Administração Pública é divido ao meio. De um lado os atos regidos pelo Direito Privado e outro pelo Direito Público. Se os atos praticados pela administração são regidos pelo regime público, eles são também chamados de atos administrativos.

Se o ato for praticado pela administração, é *ato da administração*, e se for praticado pela administração e for de regime público, será ***ato administrativo*.**

Se quem pratica o ato é concessionária, empresa privada que está **fora** da administração, **não é ato da administração** porque não foi feito pela administração, porém se o regime for **público** será ato administrativo, mas não feito pela administração.

É o caso das concessionárias (empresa privada) que corta a energia do cidadão, por exemplo. Mas como não são praticados pela Administração, não são atos da administração.

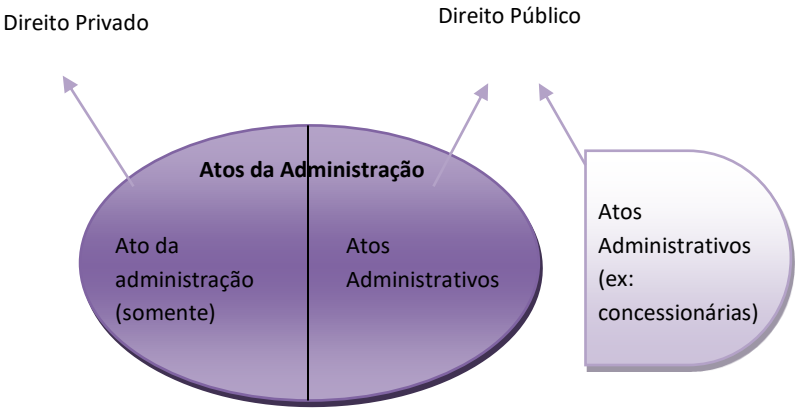
Então, encontramos atos administrativos no regime público que não foram praticados pela administração.

Resumindo:

a) O ato é praticado pela administração e o regime é privado = **Ato da administração** (mas não ato administrativo).

b) O ato é praticado pela administração e o regime é público = é ao mesmo tempo ato da administração e ato administrativo. **Ato da administração (porque quem pratica é administração) e Ato administrativo (está sujeito ao regime público).**

c) O ato não foi praticado pela administração, está fora da administração (concessionárias, permissionárias de serviços públicos), porém é regido pelo regime público. **Ato administrativo (regime público, mas fora da administração).** Exemplo: Atos praticados por concessionárias ou permissionárias – corte de energia elétrica.



2. ATO ADMINISTRATIVO

2.1. CONCEITO

***Sentido AMPLO*:** Manifestação de vontade do Estado (Ato da Administração) ou de quem o represente (concessionárias, permissionárias etc.), criando, modificando ou extinguindo direitos, na busca do interesse público, sujeito ao Regime Jurídico de Direito Público; sendo complementar e inferior à lei, ficando sujeito ao controle pelo poder judiciário (apenas quanto à legalidade, não quanto à conveniência e oportunidade).

Entram aí quase todos os tipos de atos (unilateral, bilateral, punitivo, normativo etc.).

Regime jurídico deve ser público, pois a finalidade do ato é a busca pelo interesse público; como sabemos o regime jurídico privado se coaduna com a busca dos interesses particulares, devendo ser usado o regime privado apenas subsidiariamente.

***Sentido ESTRITO*:** HLM apresenta ainda um conceito de ato administrativo em sentido estrito. Trata-se do conceito amplo com o acréscimo dos requisitos da concretude e unilateralidade. Para Hely, o ato em sentido estrito deveria ser unilateral e concreto. Não entraria nesse conceito o ato normativo (abstrato) e o ato negocial (contrato bilateral).

Não é preciso aprofundar o conceito de ato administrativo.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO (REQUISITOS DE VALIDADE)

3.1. INTRODUÇÃO

3.1.1. Doutrina majoritária e tradicional

Seguindo a orientação da doutrina majoritária, temos os seguintes elementos:

1. Sujeito/competência

2. Forma
3. Objeto
4. Finalidade
5. Motivo

Dica: “MoCoFiF**ob”** ou “OBcomFIfoMO”

Relembrando negócio jurídico – plano de existência → mAGofo, manifestação de vontade, agente, objeto, forma. Plano de validade: qualificar os elementos do plano de existência: manifestação LIVRE, agente CAPAZ, objeto LÍCITO, e forma NÃO VEDADA.

3.1.2. Classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo

Neste ponto **CABM,** não faz essa enumeração, ele difere, mas a ideia é a mesma. Para CABM, os atos administrativos têm pressupostos e elementos.

CABM distingue ELEMENTOS de PRESSUPOSTOS. Elementos seriam os aspectos indispensáveis para a existência do ato jurídico (condição de existência **de ato jurídico** - nem fala ainda em ato **administrativo**).

Teriam ainda os PRESSUPOSTOS de EXISTÊNCIA e de VALIDADE **dos atos administrativos.**

Assim, Celso Antônio faz a seguinte distinção:

1) ELEMENTOS dos atos administrativos para CABM

Elementos: partes componentes de um todo.

a) Conteúdo (é a decisão, **objeto**);

b) Forma: exteriorização (**forma)**;

2) Pressupostos de EXISTÊNCIA para CABM

Pressupostos: exteriores e necessários ao ato.

a) Objeto: sobre o que se decide (**objeto**);

b) Pertinência do ato à função administrativa – se o ato não foi praticado em função de uma atividade administrativa, ele será um não ato administrativo.

3) Pressupostos de VALIDADE

a) Pressuposto subjetivo (**sujeito/competência**);

b) Pressupostos objetivos: motivo (**motivo**) e requisitos procedimentais (**forma**), também chamado de ato-condição;

c) Pressuposto teleológico (**finalidade**);

d) Pressuposto lógico: causa (**motivo**);

e) Pressuposto formalístico: forma específica (**forma**).

Podem ser esquematizados da seguinte forma:

- para CABM este título é melhor definido da seguinte maneira:
- o termo elementos sugere a idéia de parte componente de um todo, entretanto, alguns elementos aqui elencados não podem ser considerados partes do ato pois são exteriores a ele, surgindo assim a expressão pressupostos que serão divididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade

Elementos		- conteúdo = é a decisão = **OBJETO** - forma = exteriorização = **FORMA**
Pressupostos	de existência	- objeto = sobre o que se decide = **OBJETO** - pertinência do ato ao exercício da função administrativa (para fç adm)
	de validade	- pressuposto subjetivo (sujeito) = **SUJEITO** - pressuposto objetivo = motivo = **MOTIVO** - pressuposto objetivo = requisitos procedimentais = proc. adm. prévio = **FORMA** - pressuposto teleológico (finalidade) = **FINALID.** - pressuposto lógico (causa) = **MOTIVO** - pressuposto formalístico = forma específica = **FORMA**

- sem os elementos = não há ato algum, nem mesmo jurídico,
- sem os pressupostos de existência = não há ato administrativo,
- sem pressupostos de validade – falta ato administrativo válido (será inválido)

Mas vamos com a doutrina majoritária, que não faz essa distinção. Tudo é requisito de validade do ato administrativo.

3.1.3. Previsão legal

Estão enumerados na Lei de Ação Popular 4717/65 (ela pode ser ajuizada pelo cidadão quando existir ato inválido).

> *LAP Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:*
> *a) incompetência;*
> *b) vício de forma;*
> *c) ilegalidade do objeto;*
> *d) inexistência dos motivos;*
> *e) desvio de finalidade.*

4. ESTUDO DOS ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A DOUTRINA MAJORITÁRIA

4.1. SUJEITO/COMPETÊNCIA

Somente o agente público no exercício de função administrativa, ou seja, todo aquele que exerce uma função pública administrativa, estando dentro da Administração (agentes da Administração) ou fora dela (agentes delegatários). Conceito bem amplo (funcionários de concessionárias, mesários, jurados). Com vínculo permanente ou temporário, função remunerada ou não. Por tratar apenas daqueles que exerçam função administrativa, excluem-se os magistrados e parlamentares, quando do exercício de suas funções típicas.

Não basta ser agente público, deve ser agente com competência definida em lei para realizar determinado ato. Essa definição de *competência deve estar na lei ou na CF*.

Exemplo: A Lei diz: compete ao prefeito zelar pelos bens públicos.

Características desta competência:

- Obrigatória;
- Irrenunciável;
- Imodificável;
- Não Transacionável;
- Imprescritível;
- Improrrogável (em regra);
- Excepcionalmente prorrogável (a exceção).

Vejamos:

4.1.1. Obrigatória

Função pública é encargo, obrigação, dever. Competência administrativa significa Exercício Obrigatório. PODER-DEVER. (CABM: Dever-poder)

4.1.2. Irrenunciável

Função pública é atuar em nome do interesse público, logo não pode renunciar à competência. Todo poder é irrenunciável. Princípio da indisponibilidade do interesse público.

4.1.3. Imodificável

Quem define a regra de competência é a lei, o administrador não pode modificar esta competência. IMODIFICÁVEL pela vontade do administrador.

4.1.4. Não é transacionável

O administrador não pode transacionar a competência. Quem define é a lei, sendo assim ele não pode fazer transação de competência.

4.1.5. Imprescritível

O administrador não perde a competência pelo decurso do prazo. Imprescritível.

Exemplo: O administrador é a autoridade competente para aplicar a sanção por infração funcional, depois de 10 anos, continuará tendo essa competência.

4.1.6. Improrrogável

A competência administrativa NÃO pode ser prorrogada (na legalidade pelo direito público o administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina), mesmo que não alegado, a autoridade continua incompetente.

Se as partes não alegam, não deixa de ser incompetente o administrador. Não existe a incompetência relativa prorrogável do Processo civil, até pelo princípio da legalidade, ou seja, se a lei diz que é incompetente, sempre será incompetente.

4.1.7. Excepcionalmente prorrogável

Delegação de competência administrativa é possível. Porém não é a regra, pois se fosse o administrador sempre delegaria o que não lhe agrada, ela deve ser uma exceção e deve ser sempre justificada. Sendo possível delegar, é possível avocar também a competência. Pode ocorrer então: **delegação** excepcional justificada e **avocação** da competência.

Quando delega a competência, as duas se tornam competentes, não renuncia à competência. A **competência é cumulativa.**

Exemplo: Presidente é o representante da PJ da União. Em tese, deveria assinar todos os contratos celebrados pela União. Não teria como o Presidente assinar todos os contratos. Por isso, é admissível que delegue competência para ministros assinarem por ele etc.

Leitura dos arts. 11 a 15 da lei 9784/99 (**leitura obrigatória agora**! Lei de processo Administrativo).

DA COMPETÊNCIA
*Art. 11. A competência **é irrenunciável** e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.*

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados,

quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.
Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:
I - A EDIÇÃO de atos de CARÁTER NORMATIVO;
II - A DECISÃO de RECURSOS ADMINISTRATIVOS;
III - as matérias de COMPETÊNCIA EXCLUSIVA do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.
§ 1o O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.
§ 2o O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.
§ 3o As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

*A **delegação** está PROIBIDA em três circunstâncias (não é rol taxativo):

Competência EXCLUSIVA não pode ser delegada, é dela e exclui todos os outros. (Competência privativa pode);

Competência para ATO NORMATIVO também não pode ser delegada. Atos normativos também não podem ser delegados;

Competência para DECISÃO em recurso administrativo NÃO pode ser delegada. (princípio do juiz natural).

4.2. FORMA DO ATO

4.2.1. Considerações

A vontade deve ser exteriorizada (manifestação de vontade), mas não de qualquer forma. Deve ser pela forma prevista em lei. Será exteriorizado cumprindo as formalidades específicas.

Exteriorização;

Forma Prevista em lei;

Formalidades específicas.

Vale o princípio da solenidade ou do informalismo? O ato administrativo tem formalidades específicas, por isso está sujeito ao ***PRINCÍPIO DA SOLENIDADE.***

O ato administrativo, como regra, deve ser feito por escrito, mesmo que a lei não estabeleça (PRINCÍPIO DA SOLENIDADE). Porém, excepcionalmente, pode ser de outra maneira? Por exemplo: no final de semana temos balada e por consequência blitz da polícia, teste do bafômetro etc. Quando o guarda sinaliza para encostar, esse sinal é um ato administrativo? Sim. Ele não escreveu nada, é um ato administrativo gesticulado. É possível que um ato seja de outra maneira quando a lei assim AUTORIZAR. A regra é que seja escrito.

Contrato administrativo VERBAL é possível? Sim é possível em exceção, essa previsão está no art. 60 § único da lei 8.666, pronta-entrega, pronto pagamento até 4.000 reais. É uma **exceção autorizada por lei.** A Lei 14.133/2021 prevê como exceção o contrato verbal para pequenas compras ou de prestação de serviço de pronto pagamento, no valor não superior a R$10.000,00.

> *Lei 8666 Art. 60, Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.*
>
> *Lei 14.133/2020 – Art. 95, § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

REGRA: escrito.

EXCEÇÃO (Lei 14.133/2021): pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)

4.2.2. Silêncio administrativo

É um NADA jurídico, salvo quando a lei der a ele um efeito (“em 10 dias a administração não responde é sim, ou não...”).

Exemplo: falta de resposta para o pedido de licença para construir.

Pode-se ir ao judiciário para pedir suprimento desta omissão? Exemplo: Art. 5º inc. LXXVIII da CF.

> *CF Art. 5º*
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
> *LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Se a lei nada diz, cabe pela via administrativa fazer uso do direito de petição. Em não obtendo êxito, pode recorrer à via judicial, impetrando um MS para garantir o direito líquido e certo de **petição** (direito de pedir e obter uma resposta), ou ajuizando uma ação condenatória ao cumprimento de obrigação de fazer (obrigação de se manifestar; não de conceder o pedido feito administrativamente).

Na decisão do mérito do MS o juiz não pode suprir a omissão do administrador; deve apenas impor um prazo razoável (garantia fundamental) para que a Administração se manifeste, fixando alguma sanção para o eventual não cumprimento (Doutrina majoritária).

Cuidado CABM:** traz observação – para os atos administrativos vinculados de mera conferência de requisitos, nos quais ele terá de deferir, por que o juiz não pode fazer isso no lugar dele? Tudo bem que fixe um prazo para o administrador, mas se for somente ato vinculado com mera conferência de requisitos (estritamente vinculado), para CABM, o juiz pode decidir, suprir a omissão do administrador. ***Não é a posição majoritária (violação à separação dos poderes).

Vale lembrar ainda que, dependendo da natureza do **silêncio** ou **omissão**, poderão ser adotadas medidas que rendam ensejo à responsabilização administrativa, civil ou penal do administrador omisso.

4.2.3. Processo administrativo

Onde se arquiva o decreto expropriatório? Assim como a sentença judicial é resultado do processo judicial, o *decreto expropriatório é resultado de um processo administrativo,* então ele será guardado no processo administrativo de expropriação, a demissão no processo administrativo disciplinar, o contrato administrativo no processo administrativo de licitação. O ato administrativo é resultado de um processo administrativo.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO **é condição de forma**, uma vez que todo ato administrativo deve ser precedido de um processo administrativo. (exemplo: multa de trânsito deve ter antes uma notificação, defesa etc.).

Para a validade do ato administrativo precisamos de processo administrativo prévio (com todas as garantias constitucionais a ele inerentes, inclusive o princípio do ***devido processo legal,*** com o contraditório e a ampla defesa).

Ato realizado sem as condições de forma do processo administrativo é **NULO.**

Por conta disso, o STF tem anulado (por vício de forma) muitos atos que não têm sido precedidos de processos administrativos constitucionais, ou seja, com observância dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Existem processos amplos e mitigados, como uma simples anexação de um documento.

O processo é o mecanismo de documentação, conta a história da administração, exemplo: contrato emergencial, não precisa licitação, para provar a emergência precisará de processo administrativo – o processo administrativo serve para **legitimar a conduta do administrador**.

CUIDADO: Ampla maioria diz que a forma está prevista em lei. No entanto, há uma autora que diz que a forma é livre. O "caminho" (processo, procedimento, passagem do ato), como se desenvolve até a "forma fim", até o final do processo, tem certa liberdade, no entanto a "forma fim" de fato, (a forma escrita, por exemplo) deve estar prevista em lei.

> *ATO ADMINISTRATIVO: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – 3 [...]***Reputou-se que, no caso, o cancelamento de averbação de tempo de serviço e a ordem de restituição dos valores imposta teriam influído inegavelmente na esfera de interesses da servidora. Dessa maneira, a referida intervenção estatal deveria ter sido antecedida de regular processo administrativo, o que não ocorrera, conforme reconhecido pela própria Administração. Ressaltou-se que seria facultado à recorrente renovar o ato ora anulado, desde que respeitados os princípios constitucionais. Destacou-se, ademais, que a servidora teria percebido os citados valores de boa-fé, pois o adicional fora deferido administrativamente***. A Min. Cármen Lúcia propôs a revisão do Verbete 473 da Súmula do STF ("A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"), com eventual alteração do seu enunciado ou com a concessão de força vinculante, para que seja acrescentada a seguinte expressão "garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial". Advertiu que, assim, evitar-se-ia que essa súmula fosse invocada em decisões administrativas eivadas de vícios. RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.9.2011.(RE-594296) inf. 641, plenário*

4.2.4. Motivação

É condição de FORMA do ato administrativo. É justificativa, fundamentação, mas o mais importante: ***é o raciocínio lógico que leva à prática do ato.*** É a correlação lógica dos elementos dos atos administrativos e a previsão legal.

A motivação é obrigatória ou facultativa?

1ªCorrente (JSCF): a motivação é **FACULTATIVA**, só sendo obrigatória em algumas circunstâncias. (**Posição Minoritária).** Ele diz que é facultativa, pelos seguintes motivos:

Quando legislador quis que fossem motivados, deixou expresso, como por exemplo, os atos administrativos do poder judiciário, o art. 50 da lei 9.784/99 traz uma lista de atos administrativos que necessitam de motivação, então se o legislador fez uma lista de obrigatoriedades, nas demais circunstâncias (não constantes da lista) é facultativa.

O art. 93, CF diz que os atos praticados pelo **poder judiciário** devem ser motivados. Estabeleceu-se obrigatoriedade para o judiciário, caso quisesse que os outros devessem motivar também, teria estendido expressamente aos outros.

Poderia cogitar-se necessidade de motivação nos **atos discricionários**, eis que neste precisaria demonstrar uma maior sintonia entre a vontade da lei e a decisão tomada pelo administrador, tendo em vista que, neste caso, tem liberdade de acordo com a conveniência e oportunidade, portanto, precisaria fundamentar/justificar o ato.

Entretanto, nos **atos vinculados** não haveria a mínima necessidade, isto porque nesses atos o administrador age ao serem preenchidos os requisitos legais, sem liberdade de acordo com conveniência e oportunidade, portanto, para legitimar o ato, o exame é a simples comparação "lei-ato".

2ª Corrente (STF e doutrina MAJORITÁRIA): a motivação em regra é **OBRIGATÓRIA**. Há exceção. Exemplo de exceção: exoneração *ad nuttum*.

TRT/2ª fase: O dever de motivar os atos administrativos encontra-se na legislação constitucional de forma explícita ou implícita? E na norma infraconstitucional? Aponte os dispositivos normativos e explique-os.

O STF reconhece não só as *previsões legais EXPLÍCITAS*, mas também o *dever de motivar* IMPLÍCITO no texto constitucional, sob os seguintes fundamentos:

1º Fundamento: Na CF a motivação dos **atos administrativos judiciários** está EXPLÍCITO no art. 93, para os demais atos administrativos o dever está IMPLÍCITO.

2º Fundamento: Se o poder judiciário (que somente excepcionalmente faz atos administrativos) tem o dever de motivar, quanto mais os poderes que praticam atos administrativos como regra;

> ***CF** Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*
> *X- **As decisões ADMINISTRATIVAS dos tribunais serão MOTIVADAS** e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;*

3º Fundamento: O povo, titular do poder, deve ter conhecimento de toda decisão. Todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único da CF).

> *CF Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

4º Fundamento: Art. 1º, II. Exercício da cidadania. Para ser possibilitado esse exercício (através de uma ação popular), o cidadão precisa ter conhecimento dos fundamentos da decisão para questioná-la.

> *CF Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *II - A cidadania;*

5º Fundamento: Art. 5º XXXIII. Direito à informação.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *XXXIII - **todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento)*

6º Fundamento: Art. 5º XXXV. Direito à prestação jurisdicional. Para que o poder judiciário possa rever os atos, deve ter conhecimento prévio dos fundamentos da decisão administrativa.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

7º Fundamento: Na norma infraconstitucional está EXPLÍCITO. Lei 9784/99, na qual o dever de motivar começa no art. 2º e 50.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **MOTIVAÇÃO**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

"Princípio da motivação!"

> *Art. 50. Os **atos administrativos deverão ser MOTIVADOS**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
> *I - Neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
> *II - Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
> *III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
> *IV - Dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*
> *V - Decidam recursos administrativos;*
> *VI - Decorram de reexame de ofício;*
> *VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
> *VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*
> *§ 1o A MOTIVAÇÃO deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres,*

informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

E quanto ao art. 50 dessa lei, que traz a lista dos atos necessários de motivação? A doutrina majoritária entende que essa lista, por ser tão abrangente, ***inclui todos os atos administrativo***s (Carvalho Filho é dissidente).

Se o administrador celebra um contrato sem motivação, quando acionado pelo TCU, arranja uma justificativa na última hora (motivação), ela pode facilitar a sua condição, mas NÃO SUPRE o dever de motivar, a ***motivação deve ser antes ou no máximo durante*** a prática do ato administrativo, não pode ser POSTERIOR (se for, o ato é viciado).

4.2.5. Espécies de vícios de forma

Existem três vícios de forma: (Carvalho Filho só vê dois, sanável e insanável)

Mera irregularidade: Defeito de padronização, de uniformização, que não compromete o conteúdo e a validade. Não precisa ser consertado (exemplo: era para ser feito com caneta azul e foi feito com caneta preta).

Vício de forma sanável: Transforma o ato em anulável. Precisa ser corrigido (exemplo: o ato precisava da assinatura de dois agentes e só um assinou). Se corrigido, convalida o ato.

Esses dois são a regra. Mas em situações excepcionais surge um vício mais grave:

Vício insanável: Ato nulo, não podendo ser convalidado ou confirmado (contrato administrativo feito sem licitação, vício de competência).

4.3. MOTIVO

4.3.1. Conceito e requisitos

É o elemento objetivo. É a situação de fato ou de direito que levam à prática do ato. Diferente da motivação, que é toda explicação e fundamentação da decisão no **texto do ato. O motivo do ato pode "estar fora do ato" (JSCF), a justificativa, a motivação não.**

Motivo de direito: Quando a situação fática que conduz à prática do ato é prevista em norma legal, nesse caso só cabe ao administrador aplicar o que a lei prevê. Ocorre aqui a prática de um ATO VINCULADO.

Motivo de fato: A situação fática não é prevista em lei, cabendo ao administrador delineá-la através dos critérios de conveniência e oportunidade. É o próprio administrador que elege a situação fática geradora da vontade, praticando assim, um ATO DISCRICIONÁRIO.

Exemplo: Poder público fecha fábrica que gera muita poluição.

Motivo de fato: Poluição.

Exemplo: Demissão de servidor.

Motivo de direito: Prática de infração funcional grave.

O motivo precisa ser LEGAL para que ato seja legal. ***E o que significa a LEGALIDADE deste motivo?***

Para que assim seja, três requisitos:

1) Motivo deve ser verdadeiro. Se alegar motivo falso ou inexistente o ato é ilegal.

Exemplo: Contratar servidor para a mesma vaga de um cidadão exonerado no dia anterior (*ad nutum*) sob o motivo de contenção de despesas. Ora, o motivo então não foi verdadeiro, logo a exoneração foi ilegal.

2) Motivo declarado deve estar compatível com o motivo previsto na lei.

Exemplo: Não posso usar a demissão para punir infração leve. Nesse caso, era uma situação de fato já delineada na lei (motivo de direito), gerando **ato vinculado**.

3) O motivo declarado deve estar compatível com o resultado do ato ***(congruência)***.

Exemplo: Não posso tirar o porte de arma de 'A' porque 'B' fez mau uso de sua arma. Se o resultado do ato é tirar o porte de 'A', quem deve ter feito mau uso da arma é 'A'. Não posso alegar um motivo estranho ao resultado do ato.

4.3.2. Teoria dos Motivos Determinantes

Uma vez declarado o motivo, ele deve ser cumprido, o administrador está vinculado a esse motivo. Uma vez declarado o motivo, o administrador deve obedecê-lo.

Em exoneração *ad nuttum* não precisa de motivo, porém se o administrador decidir declarar este motivo, ele ficará vinculado, ele deverá cumpri-lo.

No entanto, para aplicar a teoria dos motivos determinantes (obedecer ao motivo declarado), esse motivo deve ser legal. Imagine que o administrador exonere alegando como motivo uma briga pessoal.

Trata-se de motivo ***ilegal***, logo o ato não poderá ser cumprido com base nesse motivo.

OBS: Se apenas UM motivo for ilegal, isso não compromete a legalidade do ato. CESPE deu como verdadeiro, baseado nessa decisão do STF:

STF: Se o motivo do ato for secundário e se este motivo for ilegal **não compromete** a validade do ato. Mas se for motivo principal compromete a validade do ato (MS 7898).

OBS1: Atos de "MOTIVAÇÃO PLÚRIMA": um ato com vários motivos. Mesmo que houvesse 10 motivos, e 09 sendo invalidados, desde que um se mantenha, o ato continua surtindo efeitos.

OBS2: Atos com "MOTIVOS ALIUNDE": o motivo vem de um ato anterior, parecer, perícia...etc. Esse ato anterior integra o próximo ato como motivação.

Quando o administrador declara motivo FALSO, viola a teoria dos motivos determinantes. CERTO. Sendo o motivo falso (ilegal), não há como ele se vincular a ele, não há como ele cumprir, portanto viola a teoria dos motivos determinantes (motivo declarado vincula).

4.3.3. Tredestinação

É o desvio de finalidade do bem expropriado. Poder público desapropria imóvel para construção de hospital. Motivo: Construção de hospital. Pode depois construir uma escola? Sim. Na desapropriação é possível a mudança de motivo desde que mantida uma ***razão de interesse público*** (desde que não haja desvio de finalidade). É a chamada **TREDESTINAÇÃO LÍCITA**. É uma mudança de motivo legal, autorizada, que não ofende a teoria dos motivos determinantes. Ver desapropriação.

4.4. OBJETO

Fechamento de fábrica poluente. Qual o objeto? Fechamento. É o que o ato faz em si mesmo, o resultado prático do ato administrativo.

Objeto é a alteração no mundo jurídico que o ato quer provocar, é o resultado prático do ato administrativo. Exemplo: Dissolver, conceder, indeferir, permitir etc.

É a resposta para a pergunta: "Para que serve o ato"?

O objeto deve ser lícito, possível e determinado.

Objeto lícito do ato administrativo: é aquele conforme o ordenamento jurídico. Critério de subordinação à lei. Precisa estar previsto, autorizado pela lei, não basta estar conforme o ordenamento.

Objeto possível: objeto faticamente possível. Salvo a carreira militar, servidor depois de morto não pode ser promovido, não é faticamente possível.

Objeto determinado: precisa ser claro e preciso. Ato de nomear: Deve dizer a quem vai nomear.

4.5. FINALIDADE

4.5.1. Conceito

Finalidade é o elemento que representa a busca pelo interesse público. Sempre é uma razão de interesse público. Pode até atender mais de uma finalidade pública (saúde pública e proteção a bens públicos, por exemplo), mas não pode ter outro fim que não seja o interesse público.

Exemplo: Dissolução de passeata tumultuosa. Apontar os elementos do ato.

- Motivo (passado): É o tumulto (elemento que provoca a prática do ato).
- Objeto (presente): Dissolução da passeata (resultado prático).
- Finalidade (futuro): Ordem pública, proteção dos bens públicos (interesse público que quer se proteger com ato).

Se o ato persegue finalidade que não é razão de interesse público, o ato está viciado por abuso de poder (desvio de finalidade ou "desvio de poder"). Além de ferir os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativa.

Exemplo: Governador tem uma filha, que começa a namorar um servidor. Governador resolve remover o servidor (namorado) para longe. Ocorreu desvio de finalidade. Ou seja, o ato foi praticado com outra finalidade que não o interesse público.

Desvio de finalidade é vício ideológico, vício subjetivo, defeito na vontade.

Desvio de finalidade é vício na finalidade? Verdadeiro.

Desvio de finalidade é vício na finalidade e no motivo? Verdadeiro. Se a finalidade é viciada o administrador das duas uma: ou ele vai ter de mentir na hora do motivo ou vai declarar um motivo contrário à lei. Nos dois casos o motivo é ilegal e o ato será ilegal.

4.5.2. Finalidade X Objeto

FINALIDADE é o fim MEDIATO do ato, qual seja, o interesse público.

OBJETO é o fim IMEDIATO, qual seja, o **resultado prático** que se busca com a vontade.

5. ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS X ELEMENTOS DOS ATOS

Ato vinculado: Sem juízo de valor, sem liberdade, condicionado à lei. Exemplo: Licença e concessão de aposentadoria.

Ato discricionário: Liberdade, juízo de valor, conveniência e oportunidade (nos limites da lei). Exemplo: Autorização e permissão de uso.

Quais elementos dos atos são vinculados e quais são discricionários?

Competência: Quem define é a lei ou a CF, logo o elemento competência é vinculado. Competência é elemento **vinculado** (sempre), tanto para ato vinculado quanto discricionário.

Forma: É a prevista em lei. Tal como competência, a forma é elemento **vinculado**. Salvo pensamento dissidente apontado acima no item próprio.

Finalidade: Sempre é a busca pelo interesse público, logo a finalidade também é **vinculada**.

Motivo: **Depende** do ato.

- Quando ato VINCULADO (exemplo: aposentadoria, em que o preenchimento dos requisitos é o motivo) o motivo é **vinculado**.
- Quando ato DISCRICIONÁRIO, podemos explicitar com um exemplo: permissão de uso de mesas na calçada – autorização para uso de bem público. Se o poder público entender ser a rua tranquila, defere a permissão; se for rua perigosa não defere. Isso (fato de ser tranquila ou perigosa) é o motivo, que pode ser valorado pelo administrador conforme o caso concreto. Nesse caso, o **motivo** é discricionário. Se ele pode deferir ou indeferir, o **objeto também é discricionário**.

Objeto: **Depende**.

- Quando ato vinculado (exemplo: aposentadoria, o objeto é a concessão da aposentadoria) o objeto é vinculado. Ou seja, se o cidadão preenche todos os requisitos para a concessão, não pode a autoridade limitar a concessão, pois o objeto é vinculado.
- Quando ato discricionário, ver acima, mesma explicação do motivo.

ELEMENTO	VINCULADO	DISCRICIONÁRIO
COMPETÊNCIA	Vinculada	Vinculada
FORMA	Vinculada	Vinculada
FINALIDADE	Vinculada	Vinculada
MOTIVO	Vinculado	Discricionário
OBJETO	Vinculado	Discricionário

OBS: mesmo no ato vinculado, o administrador terá liberdade quanto ao prazo, isto é, tendo 10 dias, ele poderá praticar dentro desse prazo quando quiser.

6. MÉRITO ADMINISTRATIVO

6.1. CONCEITO

Mérito administrativo é o juízo de valor que o administrador possui ao praticar um ato discricionário. É a análise de conveniência e oportunidade do ato que o administrador faz na busca do melhor interesse coletivo.

Como já vimos no estudo dos elementos dos atos, os únicos que podem ser valorados, ou seja, que não são necessariamente vinculados ao que a lei determina, são os motivos e o objeto do ato (no ato discricionário, obviamente).

Portanto, o MÉRITO do ato administrativo, presente apenas nos atos discricionários, significa a análise de conveniência e oportunidade quanto à escolha do motivo e do objeto do ato administrativo.

Mérito do ato administrativo é motivo e objeto do ato discricionário. FALSO.

Mérito é juízo de valor, é conveniência e oportunidade. O mérito ESTÁ no motivo e ESTÁ no objeto, mas NÃO É motivo e objeto. O mérito "mora" no motivo e objeto, mas **não são sinônimos**.

6.2. CONTROLE DO MÉRITO PELO JUDICIÁRIO

6.2.1. Como se dá esse controle?

O poder judiciário pode fazer apenas o chamado controle de legalidade dos atos. No entanto, a legalidade tem sido entendida em sentido lato, ou seja, abrangendo não só a lei como os princípios constitucionais.

Dessa forma, um ato desproporcional ou irrazoável é considerado ilegal, podendo sofrer o controle do poder judiciário, o que de certa forma acabaria por atingir o mérito do ato.

Sendo assim, tem-se que, como regra geral, o mérito não pode ser controlado, mas de forma reflexa isso acaba ocorrendo com o controle de legalidade referente à proporcionalidade e à razoabilidade do ato.

6.2.2. O PJ pode rever o MOTIVO e o OBJETO do ato discricionário?

O poder judiciário pode rever motivo e objeto de ato discricionário. VERDADEIRO.

Se o motivo é falso, logo o ato é ilegal, podendo ser revisto pelo judiciário.

Com o objeto é a mesma coisa. Se o objeto for ilícito o ato é inválido, podendo ser anulado pelo poder judiciário.

Como já vimos acima, motivo e objeto não são o mérito. Mérito é a liberdade, o juízo de valor, presente no motivo e objeto, mas não se confunde com eles. A liberdade e o juízo de valor não podem ser revistos. O que pode ser revista é a ilegalidade do ato.

6.2.3. A forma do ato administrativo é sempre elemento vinculado?

A forma do ato administrativo é SEMPRE elemento vinculado. Certo ou errado?

Celso Antônio traz exceção à regra da vinculação da forma.

Diz que a forma e a finalidade podem ser discricionárias quando a lei assim o determinar. Em regra, são vinculados, mas pode haver exceção prevista em lei. Exemplo: Art. 62 da Lei 8.666 (art. 95 da Lei 14.133/2021), em que a lei confere cinco alternativas. Logo, o administrador tem discricionariedade para escolher entre as cinco.

> ***Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório*** *nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação,* ***e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço****.*
>
> *Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:*
> *I - dispensa de licitação em razão de valor;*
> *II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.*
> *§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.*
> *§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

7. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atributos do ato administrativo são os seguintes:

a) Presunção de legitimidade;

b) Autoexecutoriedade;

c) Imperatividade;

d) Tipicidade.

Vejamos:

7.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

O ato é presumidamente LEGAL, LEGÍTIMO e VERDADEIRO.

- Legitimidade: Obediência às regras morais.
- Legalidade: Obediência à lei.
- Veracidade: Corresponde à verdade.

Fundamento da presunção: Trata-se de ato emanado do Poder Público, que tem como objetivo fundamental o interesse público, o que autoriza que se presuma serem os atos por ele praticados legítimos. Devido ao fato de o poder da administração ser calcado na CF, presume-se ser este legítimo, e estar de acordo com o fundamento de validade de todo ordenamento.

Vale lembrar que se trata de presunção relativa, que admite prova em contrário (*iuris tantum*). O ônus da prova cabe a quem alega a ilegitimidade, normalmente o administrado. Por sinal, essa inversão do ônus da prova é um dos notáveis efeitos da presunção *iuris tantum*.

Maria Sylvia aponta ainda outro efeito da presunção de veracidade ao lembrar que o Judiciário não pode conhecer de ofício da invalidade do ato administrativo, como pode ocorrer no Direito Privado com relação às nulidades absolutas. No Direito Administrativo só cabe ao judiciário conhecer da invalidade quando esta for alegada pela parte interessada.

Outra consequência da presunção de legalidade do ato administrativo é a sua aplicabilidade imediata. Até que se prove a ilegitimidade do ato, este deve ser cumprido. Enquanto a parte interessada não provar a ilegalidade, o ato continua sendo executado, o que nos autoriza a dizer que a presunção de legitimidade do ato produz a sua autoexecutoriedade, atributo que estudaremos a partir de agora.

7.2. AUTOEXECUTORIEDADE

Segundo esse atributo, o ato, tão logo seja praticado, está apto a ser executado e produzir efeitos, independentemente de intervenção do poder judiciário. Tal característica, como sabemos, raramente está presente nas relações privadas, em que a parte depende de ordem judicial para executar suas decisões.

O fundamento jurídico da autoexecutoriedade é a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público.

Não se pode confundir, jamais, a dispensa da ordem judicial na execução de atos com a impossibilidade do controle desses atos pelo poder judiciário. Como já sabemos, sempre que o ato conter vício de legalidade pode ser anulado e a ninguém é vedado o acesso ao poder judiciário.

Vale lembrar, no entanto, que a autoexecutoriedade NÃO é característica presente em todos os atos administrativos.

Segundo a doutrina majoritária a autoexecutoriedade divide-se em:

- Exigibilidade: Decidir independentemente do poder judiciário. Exemplo: Decido aplicar a sanção. Exigibilidade todo ato administrativo tem. (**meio de coerção indireto**)

- Executoriedade: Executar a decisão sem necessidade de ordem judicial. Nesse caso, nem todo ato possui, como exemplo a sanção pecuniária, que, não sendo paga, é imprescindível a execução judicial. **Meio de coerção direto**.

A executoriedade do ato só existe **se prevista em lei** ou em **casos de urgência**. Mas quando previsto em lei não quer dizer que o texto legal expressamente dispõe: "esse ato é autoexecutório". Significa que o ato é previsto em lei como passível de ser executado diretamente pela Administração em determinada situação.

Exemplos clássicos de atos autoexecutórios: Destruição de bens impróprios para o consumo público e determinação de desocupação de área prestes a desabar. Nesse último caso, pode a Administração, inclusive, desocupar de forma coercitiva, solicitando auxílio da força policial, se necessário.

Autoexecutoriedade não é o mesmo que informalismo; não tem a ver com liberdade de forma.

Nem sempre o ato tem autoexecutoriedade (formada por exigibilidade + executoriedade, se faltar a executoriedade, que não é obrigatória, já não temos um ato com autoexecutoriedade).

7.3. IMPERATIVIDADE ("PODER EXTROVERSO" – CABM)

Imperatividade significa coercibilidade, obrigatoriedade. Esse atributo é presente nos atos que tem em seu conteúdo uma obrigação.

Não havendo obrigação, não há que se fala em imperatividade. Exemplos desses atos são os atos enunciativos, como o parecer e certidões, que não possuem conteúdo decisório.

ESAF: o 'poder' ***extroverso*** ampara a imperatividade. É um sinônimo. Poder extroverso do estado: **o estado interfere nas nossas liberdades.**

7.4. TIPICIDADE

Atributo corolário do princípio da legalidade, segundo o qual para cada finalidade que a Administração pretende alcançar há um ato previsto em lei, vedando-se, assim, a prática de atos inominados.

Conforme Maria Sylvia, a tipicidade é presente apenas nos **atos unilaterais**, sendo que nos contratos pode haver a convenção de acordo inominado, se assim for do interesse público e particular.

Cada ato é ligado a um motivo previsto em lei:

- Revogação=Ato inoportuno;
- Anulação=Ato ilegal;
- Demissão=infração grave.

8. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

8.1. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS

8.1.1. Atos gerais (normativos)

Destinatários indeterminados. Atos aplicados à coletividade como um todo. Efeito erga omnes a todos que estiverem na situação prevista.

Exemplos: Decretos, instruções normativas.

8.1.2. Atos individuais (específicos ou concretos)

Destinatário determinado. Divide-se em:

a) Singular: Dirige-se a um destinatário determinado. Exemplo: Nomeação.

b) Plúrimo: Mais de um destinatário determinado.

8.2. QUANTO AO ALCANCE DO ATO (DENTRO OU FORA DA ADMINISTRAÇÃO)

8.2.1. Ato interno

Produz efeitos dentro da Administração, atingindo diretamente apenas órgãos e agentes. Ex: Determinar o uso de uniforme. Como não atinge os administrados, não precisa obedecer à publicidade, bastando a mera comunicação interna.

8.2.2. Ato externo

Produz efeitos também para fora da Administração, ou seja, atingem os administrados, mesmo não deixando de produzir efeitos dentro. Exemplo: Determinar horário de funcionamento de órgão público.

Os atos externos, por sua vez, para terem eficácia perante os administrados, necessitam de publicação (princípio da publicidade).

8.3. QUANTO AO GRAU DE LIBERDADE

8.3.1. Ato vinculado

São os atos em que inexiste liberdade do administrador em sua prática, ou seja, o administrador fica subordinado ao que a lei expressamente prevê no que se relaciona à prática do ato.

8.3.2. Ato discricionário

O ato é discricionário quando o administrador tem liberdade para realizá-lo, ou seja, pode escolher, dentre as opções legais, aquela que julgar mais conveniente e oportuna para o caso concreto.

8.4. QUANTO À FORMAÇÃO DO ATO

8.4.1. Ato simples

Ato perfeito e acabado com UMA simples manifestação de vontade.

8.4.2. Ato complexo

Para ser ato perfeito e produzir efeitos depende de DUAS ou MAIS manifestações de vontade de **órgãos distintos**, sendo essas **manifestações autônomas** e em **patamar de igualdade** (mesma força e importância).

Exemplo1: Nomeação de dirigente de Agência reguladora (presidente nomeia depois de prévia aprovação do Senado).

Ex2: Concessão de aposentadoria (Administração decide, mas depende de aprovação do TCU).

Ex3: Nomeação de Ministro, desembargador.

8.4.3. Ato composto

Para produzir efeitos depende de DUAS ou MAIS manifestações de vontade no **mesmo órgão**, sendo **uma autônoma** e **outra meramente instrumental**. A primeira manifestação é a principal e a segunda é secundária, normalmente só confirmando a primeira.

Exemplo: Atos que dependem do visto (confirma que o procedimento foi correto, que o desenrolar do(s) outro(s) ato(s) foi correto), da confirmação do chefe. O subordinado pratica o ato e o chefe dá o visto. O chefe só confirma (vontade secundária).

OBS: Maria Sylvia Di Pietro: No ato complexo existe um único ato com mais de uma manifestação de vontade; ao passo que no ato composto são dois atos, sendo um deles meramente instrumental,

para dar efeito ao ato principal. Como exemplo de ato composto ela dá a nomeação do PGR pelo presidente (ato principal), que depende de prévia aprovação do Senado (ato instrumental).

8.5. QUANTO ÀS PRERROGATIVAS: ATO DE IMPÉRIO E DE GESTÃO

8.5.1. Ato de Império

São aqueles que a Administração impõe coercitivamente (imperatividade) aos administrados, que só têm a opção de cumprir.

8.5.2. Ato de gestão

São aqueles atos que a Administração não impõe sua vontade de forma coercitiva, mas há uma espécie de negociação com o administrado, assemelhando-se a uma relação privada. Como exemplo os negócios contratuais de alienação ou aquisição de bens.

8.6. QUANTO AOS EFEITOS

8.6.1. Atos constitutivos

São aqueles que alteram uma relação jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos do destinatário. Exemplo: Nomeação de servidores (cria), alteração de horário de funcionamento do órgão (modifica), cassação de uma licença (extingue).

8.6.2. Atos declaratórios

Apenas declaram uma situação jurídica preexistente, visando resguardar um direito do destinatário. Exemplo: Expedição de certidão.

8.6.3. Atos enunciativos

Têm como característica a indicação de um juízo de valor, tão somente, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório. Exemplo: Pareceres.

8.7. QUANTO À FORMA DE EXTERIORIZAÇÃO

Rememorando, podem ser:

1. Decretos e regulamentos;
2. Resoluções, deliberações e regimentos;
3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos;
4. Alvarás;

5. Ofícios;
6. Pareceres;
7.Certidões, atestados e declarações;
8. Despachos.

Vejamos:

8.7.1. Decretos e regulamentos

Os decretos têm força jurígena própria, vigoram por si mesmos, como atos independentes, os regulamentos são atos dependentes e, não tem força própria que os impulsione para a vigência. Os decretos podem ser normativos (como os de execução) ou individuais; os regulamentos só podem ser normativos.

8.7.2. Resoluções, deliberações e regimentos

Resoluções: não se confundem com os atos autônomos e de natureza primária (exemplo: legislativo, 59, VII CF).

> *Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:*
> *VII - resoluções.*

São de natureza derivada e subordinada, emanados de autoridades do elevado escalão administrativo (ministros, secretários de estado).

Em outras palavras: são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do executivo ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos (e não pelo chefe do executivo), para administrar matéria de sua competência específica. Por ser um ato normativo não poderá ser individual, pois os atos com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos; são atos de comando abstrato e impessoal.

Deliberações: oriundos de órgãos colegiados, atos simples coletivos.

Regimentos: típicos dos órgãos colegiados, função de demonstrar sua organização e funcionamento. Subordinados geralmente a um ato que aprova o regimento, normalmente pelo agente que preside.

8.7.3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos

Servem para que a administração organize sua atividade, por essa razão são denominados de **ORDINATÓRIOS.**

De acordo com a doutrina de Di Pietro, "*Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo*".

Portanto, quando cobrada em prova, geralmente, o erro da questão está quando o examinador diz que são atos emanados do Chefe do Poder Executivo.

A doutrinadora adverte que podem uns e outros ter conteúdo individual, tais como a punição, concessão de férias, dispensas etc. Ainda, podem ter conteúdo geral, contendo normas emanadas em matérias de competência de diversas autoridades (Governador de Estado, Secretários de Estado, órgãos colegiados).

Nesta senda, pode-se dizer que portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes do órgão, repartições ou serviços expedem determinações "gerais" ou "especiais" a seus subordinados, ou designam servidores para função e cargos secundários.

8.7.4. Alvarás

Através deles a administração expressa o consentimento a atividade a ser desenvolvida por particular. Exemplo: alvará de autorização, de licença. Podem ser **precários ou definitivos (**JSCF: na verdade estes são atributos da licença/autorização).

8.7.5. Ofícios

Comunicação entre as autoridades administrativas ou terceiros.

8.7.6. Pareceres

Pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida a sua apreciação. Pode ser **facultativo** ou **obrigatório** (em virtude de preceito que o prescreve como preliminar à emanação do ato).

O parecer não vincula a autoridade administrativa a quem tem a decisão, a quem cabe praticar o ato final. O agente que emite não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato, a não ser que haja com dolo (STF já decidiu que sim, art. 38 da 8666).

Há ainda os pareceres **vinculativos,** que são exceções, só sendo adotados quando a lei exigir expressamente.

É possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa?

SIM. Trata-se de tema polêmico, mas a posição que prevalece no STF e que foi novamente mencionada neste julgado é a de que é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que reste configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.

Se não for demonstrada culpa ou erro grosseiro não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa (MS 24.631/DF, Rel. Min.

Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Segundo a doutrina e o voto do Min. Joaquim Barbosa no MS 24.631/DF, existem três espécies de parecer:

PARECER		
FACULTATIVO	OBRIGATÓRIO	VINCULANTE
O administrador NÃO É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.	O administrador É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.	O administrador É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.
O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente.	O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente com base em um novo parecer.	O administrador NÃO pode discordar da conclusão exposta pelo parecer. Ou o administrador decide nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decide.
Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Há uma partilha do poder de decisão entre o administrador e o parecerista, já que a decisão do administrador deve ser de acordo com o parecer. Logo, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, não sendo necessário demonstrar culpa ou erro grosseiro.

8.7.7. Certidões, atestados e declarações

São atos declaratórios, seu conteúdo expressa a existência de certo fato jurídico. Nos dois últimos os agentes administrativos dão fé, no primeiro, apenas representam reprodução do que já está nos registros públicos.

8.7.8. Despachos

Praticados no curso do processo administrativo.

8.8. QUANTO AO CONTEÚDO

8.8.1. Licença

Ato vinculado por meio do qual a administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade. Poder de polícia.

Ato de consentimento estatal vinculado e definitivo.

O direito preexiste à licença, mas a atividade só se legitima com o consentimento do poder público.

8.8.2. Permissão

1. Permissão de uso de **bem público**: **ato administrativo unilateral**, **discricionário** e precário (podendo ser **condicionado**, caso em que, terá caráter vinculado)

2. Permissão de **serviços públicos**: **contrato administrativo**, bilateral, e resultante de atividade **vinculada** do administrador por conta da exigência de licitação para escolha do contratado.

8.8.3. Autorização

Discricionário e precário. Permite que particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. Autoriza quando não há prejuízo ao interesse público, exemplo: autorização para porte de arma.

Aqui, o direito nasce com o ato administrativo da autorização.

8.8.4. Admissão

Ato vinculado, na qual a administração confere ao indivíduo, desde que preenchidos os requisitos legais, o direito de RECEBER o serviço público. Exemplo: admissão em escolas.

8.8.5. Aprovação, homologação e visto

a) Aprovação: discricionário do administrador a respeito de outro ato. Prévia ou posterior.

b) Homologação: vinculada. Somente posterior.

c) Visto: verificação da legitimidade formal de outro ato. Vinculado, consiste em um controle de mera legitimidade formal de um outro ato administrativo ou ato praticado pelo administrador.

8.8.6. Atos sancionatórios

Sanções internas e externas. Supremacia geral ou especial.

8.8.7. Atos funcionais

Provenientes da relação estatutária.

9. FORMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (PERFEIÇÃO, VALIDADE, EFICÁCIA)

9.1. PERFEIÇÃO

Perfeição significa percorrer a trajetória, cumprir o ciclo de formação. O ato perfeito é aquele que consumou seu **ciclo de formação**, por ter encerrado todas as **fases necessárias à sua produção**.

9.2. VALIDADE

Refere-se ao preenchimento dos requisitos legais (competência, finalidade, forma, objeto, motivo).

Lembrando que um ato perfeito já é apto a produzir efeitos, mesmo que inválido. Tal ocorre, pois, pela **presunção de legitimidade**, os atos enquanto não anulados pela Administração ou Poder Judiciário, continuam a produzir efeitos.

9.3. EFICÁCIA

Aptidão a produzir seus efeitos típicos. Um ato **pendente** (sujeito a termo ou condição) é PERFEITO, mas INEFICAZ. Só produzirá efeitos quando da ocorrência do termo ou da condição.

Pode ser perfeito, válido, mas ineficaz.

Exemplo de ato perfeito, válido e ineficaz: Art. 61, parágrafo único da Lei 8.666. O contrato administrativo só produz efeitos depois de publicado. Exemplo: Empresa terá 30 dias para começar a entregar merenda. O prazo começa da publicação do ato. Antes da publicação o ato não produz efeitos, apesar de perfeito (cumpriu trajetória) e válido (cumpriu requisitos).

Exemplo de ato perfeito, inválido e eficaz: Nomeação de servidor sem observância de requisitos, enquanto não declarada a invalidade. Outro exemplo: Contratação de serviços sem licitação, enquanto não declarada a invalidade.

Exemplo de ato perfeito, inválido e ineficaz: Contratação de serviços com fraude na licitação (ato inválido) sem posterior publicação.

10. EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (TÍPICOS, ATÍPICOS, REFLEXOS, PRODRÔMICOS)

10.1. EFEITOS TÍPICOS

O efeito principal do ato, ou seja, aquele efeito que se espera, é chamado de ***EFEITO TÍPICO***. Exemplos:

Desapropriação: Efeito típico é a aquisição do bem.

Nomeação: Efeito típico é o provimento do cargo.

Demissão: Efeito típico é a punição do servidor.

Esse efeito ocorre após o aperfeiçoamento do ato.

10.2. EFEITOS ATÍPICOS: REFLEXOS E PRODRÔMICOS

No entanto, alguns atos administrativos produzem também os chamados ***efeitos atípicos*** ou secundários, que são aqueles não esperados ou não objetivados com a prática do ato administrativo.

Exemplos:

Desapropriação: Efeito típico é a transferência da propriedade. Imagine que o imóvel estivesse locado para um terceiro. O efeito atípico será o despejo do terceiro. Não era isso que se esperava do ato, por isso trata-se de um ***efeito atípico REFLEXO***. Reflexo, pois atinge terceiros estranhos à prática do ato. O efeito típico era a transferência da propriedade, mas acabou atingindo o terceiro estranho à prática do ato, atipicamente, de forma reflexa.

Nomeação de dirigente de Agência Reguladora: Efeito típico é preencher o cargo de dirigente. Esse ato torna-se perfeito quando as duas autoridades se manifestam (**ato complexo**). Se o SN aprova a nomeação do dirigente, surge, então, a necessidade de manifestação do Presidente.

Preste atenção neste detalhe: quando a primeira autoridade se manifesta, surge a obrigação de a segunda autoridade se manifestar. Essa obrigação é um efeito atípico do ato (não é o efeito principal do ato), que ocorre antes do aperfeiçoamento do ato e por isso chama-se de ***EFEITO ATÍPICO PRELIMINAR***. Esse efeito atípico preliminar é chamado por Celso Antônio de ***EFEITO PRODRÔMICO.***

Efeito prodrômico é o efeito secundário (ou atípico) que ocorre nos atos que dependem de duas manifestações de vontade (compostos ou complexos), que consiste na obrigação da segunda autoridade se manifestar quando da manifestação da primeira. Trata-se de um efeito que ocorre antes do aperfeiçoamento do ato. Os efeitos prodrômicos são mais comuns nos atos complexos.

Resumindo, os efeitos dos atos podem ser típicos e atípicos. Os atípicos por sua vez podem reflexos (atingem terceiros) ou prodrômicos (efeito preliminar).

Os efeitos prodrômicos independem da vontade do agente emissor e não podem ser suprimidos.

"Distingue-se nos atos administrativos os efeitos típicos e os efeitos prodrômicos." *CERTO, apesar de não mencionar os reflexos.*

Efeitos típicos são os específicos de determinadas categorias de atos. CERTO. Específico ou esperado.

"Efeitos prodrômicos são os contemporâneos à emanação do ato". *Foi dado como verdadeiro. Foi um enunciado muito criticado, pois contemporâneo dá ideia de posterior e o prodrômico é preliminar. Na realidade está correto, pois contemporâneo à emanação significa

durante o aperfeiçoamento do ato, que, de fato, é o momento que ocorre o efeito prodrômico. Ao contrário dos efeitos típicos, que são posteriores ao aperfeiçoamento do ato.

"Os efeitos não típicos que se produzem independentemente da vontade do emissor, também verificados efeitos prodrômicos, não são suprimíveis". O primeiro se manifestando surge inexoravelmente a obrigação da autoridade posterior, sendo tal efeito impossível de ser suprimido.

11. EXTINÇÃO (RETIRADA OU DESFAZIMENTO) DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

11.1. EXTINÇÃO NATURAL

Dá-se pelo cumprimento normal dos efeitos do ato.

Exemplo1: Contrato de construção de escola. Construída a escola o contrato resta extinto.

Exemplo2: Destruição de alimento nocivo à saúde. Feita a destruição o ato é extinto.

11.2. EXTINÇÃO OBJETIVA

Dá-se pelo desaparecimento do objeto do ato.

Exemplo: Interdição de estabelecimento, que vem a ser destruído em terremoto. Nesse caso, o objeto do ato é extinto e o próprio ato, consequentemente, também é desfeito.

11.3. EXTINÇÃO SUBJETIVA

Dá-se pelo desaparecimento do sujeito destinatário do ato.

Exemplo: Falecimento do nomeado ao cargo extingue a nomeação.

11.4. RENÚNCIA DO TITULAR DO DIREITO

Exemplo: Permissionário de uso renuncia à permissão.

11.5. AÇÃO DO PODER PÚBLICO

11.5.1. Cassação

Retirada de ato administrativo pelo descumprimento das condições inicialmente impostas. Exemplo: Na cidade é proibida a instalação de motel. Vou ao poder público pedindo licença para estabelecimento de Hotel. Se meses depois eu transformo meu hotel em motel, pode o poder público cassar a licença, devido ao descumprimento das condições inicialmente impostas.

A cassação é ato VINCULADO e SANCIONATÓRIO.

11.5.2. Caducidade

Retirada de um ato administrativo pela superveniência de uma norma jurídica que impede a continuidade da situação anteriormente consentida.

Exemplo: Permissão de uso de bem público. Posteriormente é editada lei que veda tal uso privativo por particulares. Nesse caso, a permissão é extinta pela caducidade.

11.5.3. Contraposição

É o caso no qual existem dois atos administrativos de competências e fundamentos diversos, sendo que o ato posterior tem idoneidade para eliminar os efeitos do primeiro ato. É o exemplo da exoneração, que elimina os efeitos da nomeação.

Exemplo: Nomeação e demissão.

11.5.4. Anulação

1) Considerações iniciais

É a retirada de ato administrativo pelo poder público, em razão de uma **ilegalidade**. A anulação pode ser feita tanto pela via judicial quanto por ato da própria Administração (autotutela).

A anulação, feita pela própria administração, trata-se de outro ato administrativo, devendo atender todas as exigências e condições dos atos administrativos (competência, forma, motivo, finalidade, objeto).

> *Súmula nº 346 A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*
>
> *Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

No que se refere ao princípio da autotutela, pela regra geral o ato deve ser anulado pela Administração. Excepcionalmente, entretanto, poderá o ato ser mantido, mesmo contendo vício de ilegalidade, no caso de outras circunstâncias relevantes permitirem essa decisão.

Uma dessas circunstâncias é o lapso temporal. O direito de a Administração anular um ato ilegal decai em **cinco anos**, salvo se comprovada a má-fé do administrado (art. 53 e seguintes da Lei 9.784/99). Esse prazo se refere aos atos que atingem direitos de administrados, cuja anulação seja-lhes prejudicial.

Vale lembrar que o STF já decidiu que nesses casos deve ser obedecido ao contraditório, possibilitando ao administrado contradizer as alegações do poder público, através de um processo administrativo.

> *Lei 9784/99*
> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*
>
> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
> *§ 1o No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.*
> *§ 2o Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*
>
> *Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

Concluindo o ponto: A regra é a autoexecutoriedade do ato anulatório e revogatório, mas em casos excepcionais deve ser observado **o contraditório e ampla defesa** dos possíveis prejudicados com a retirada do ato.

> *A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando estes forem ilegais. No entanto, se a invalidação do ato administrativo repercute no campo de interesses individuais, faz-se necessária a instauração de procedimento administrativo que assegure o devido processo legal e a ampla defesa. Assim, a prerrogativa de a Administração Pública controlar seus próprios atos não dispensa a observância do contraditório e ampla defesa prévios em âmbito administrativo.*
> *STF. 2ª Turma. RMS 31661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2013 (Info 732).*
> *STF. Plenário. MS 25399/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/10/2014 (Info 763).*

2) *Efeitos da invalidação*

A invalidação do ato ocorre através da prática de outro ato, o chamado ato anulatório. Esse ato de anulação produz, em regra, efeitos ***EX TUNC.***

CABM faz uma diferenciação: Para o referido autor os atos anulatórios que **restringem** direitos do administrado têm efeitos *ex nunc*, ao passo que os atos anulatórios que **ampliam** direitos teriam efeitos *ex tunc* (retroativos).

Ex: Ato 01 defere gratificação ao servidor. Um ano depois se verifica que o servidor não tinha direito, ou seja, o ato 01 era ilegal. Deve a Administração anular o ato 01. O ato anulatório, nesse caso, prejudicaria o servidor (ato restritivo de direitos), portanto, deve produzir efeitos prospectivos. Numa situação inversa, o servidor pede uma gratificação que é indeferida. Daqui a um ano descobrem que a negativa de gratificação foi ilegal. A Administração vai, então, anular o ato de

negação, com efeitos retroativos, pois ampliativo de direitos. O servidor vai ter direito à gratificação desde a prática do ato que lhe negou a gratificação.

3) *Convalidação e estabilização dos efeitos*

Quando o ato preenche todos os requisitos trata-se de ato válido. Em não preenchendo todos os requisitos, o ato tem um vício de legalidade.

Em se tratando de vício sanável, o ato pode ser **convalidado** pela Administração (efeito *ex tunc*). Essa possibilidade só existe no que tange aos vícios de ***FORMA*** e ***COMPETÊNCIA*** (que não seja exclusiva).

OBS: Nem todos os defeitos de forma e competência são sanáveis. Assim prevê o art. 55 da Lei 9.784:

> ***Art. 55****. Em decisão na qual se evidencie* ***não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros****, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração*

No entanto, quando o vício é insanável, estamos diante de ilegalidade que não tem salvação, não havendo alternativa senão a anulação do ato. Essa é a regra.

4) *Convalidação # Conversão ou Sanatória*

Exemplo de conversão: Concessão de serviço público (sem autorização legislativa). Doutrina: se eu puder transformar esse ato solene em ato mais simples que não precise de autorização, se puder aproveitar o ato, deve ser feito. Neste caso, tentariam transformar a concessão em permissão de serviço público.

Aproveitamento de um ato administrativo em que há transformação de um ato solene, o qual não preenche os requisitos em um ato mais simples, no qual são preenchidos os requisitos.

5) *Estabilização*

Excepcionalmente, mesmo se tratando de vício de ilegalidade IRREPARÁVEL, a doutrina e jurisprudências modernas têm entendido que em casos específicos pode-se mitigar, através de uma ponderação de valores, o princípio da legalidade em benefício de outro valor protegido pela Constituição, como a segurança jurídica e boa-fé por exemplo. Aplica-se, aqui, a chamada teoria do fato consumado.

Assim, temos que a regra é retirar o ato ilegal, anulá-lo. Mas no caso concreto, pode o ato ser mantido, quando se verificar que a anulação pode causar mais prejuízos que a sua manutenção. Nesse caso se procede à chamada **estabilização dos efeitos.** Poderia ser confundido com uma convalidação de ato ilegal, mas não é o caso, pois se trata de VÍCIO INSANÁVEL.

Exemplo: dos servidores nomeados sem concurso, que foram mantidos em nome da segurança jurídica. Foram estabilizados os efeitos do ato ilegal (STJ).

Igualmente, o STJ, reconheceu a aplicação da Teoria do Fato Consumado quando o exercício do cargo foi amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposentou, antes do julgamento final do mandado de segurança, por tempo de contribuição durante esse exercício e após legítima contribuição ao sistema, a denegação posterior da segurança que inicialmente permitiu ao servidor prosseguir no certame não pode ocasionar a cassação da aposentadoria.

A administração tem um prazo de 05 anos para anular, mas e o judiciário? Não há previsão. Todavia, as decisões mais recentes veem aplicando o prazo da administração (05 anos), aplicando o art. 54 da 9784/99.

11.5.5. Revogação

1) *Considerações iniciais*

A revogação é uma análise de conveniência e oportunidade, vale dizer, quando um ato praticado deixa de ser oportuno ou inconveniente pode a Administração, no exercício de sua autotutela extinguir o ato através da revogação.

Vale aqui lembrar que cabe somente à Administração revogar seus próprios atos, o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos da Administração. O controle do Judiciário somente é cabível quanto à legalidade dos atos. No entanto, também não é correto dizer que o Judiciário jamais pode revogar um ato administrativo, visto que pode perfeitamente revogar seus próprios atos exercidos na função atípica de administrar.

“Poder judiciário jamais poderá revogar ato administrativo”. FALSO.

O poder judiciário pode rever seus próprios atos administrativos. O que não pode é controlar judicialmente os atos administrativos dos demais poderes.

2) *Efeito da revogação*

Produz efeitos ex nunc, visto que atinge um ato até então considerado conveniente e oportuno.

3) *Limites da revogação*

A revogação pode ser feita a qualquer tempo, ou seja, não há limite temporal. Entretanto a revogação possui limites materiais (conteúdo), vale dizer, existem tipos de atos que não podem ser revogados.

Rol exemplificativo de atos não suscetíveis de revogação:

-Atos vinculados, pois neles o administrador é despido de liberdade de atuação. Exceção: Licença para construir.

-Ato que gera direito adquirido, por expressa previsão constitucional (se nem a lei prejudica direito adquirido, quanto mais ato administrativo);

-Ato que já exauriu efeitos (ato consumado), visto que a revogação só tem efeitos prospectivos.

LEI 14.133/2021 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Importante consignar, inicialmente, que a Lei 14.133/2021 não revogou automaticamente o regime anterior previsto na Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a na Lei 12.262/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), isso porque pelo prazo de dois anos o Gestor Público poderá optar entre aplicar o previsto na Lei 14.133/2021 ou na legislação anterior. Perceba, portanto, que há uma vigência concomitante, exceto em relação aos arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993.

> *Lei 14.133/2021*
> *Art. 193. Revogam-se:*
> *I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;*
> *II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, **após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei**.*

De acordo com os ensinamentos de Rafael Oliveira, espera-se que o Gestor Público durante os dois anos de vigência concomitante possa se adaptar ao novo regime. Obviamente, não há impedimento para que aplique a nova lei de imediato ou apenas alguns de seus institutos. O Professor Bruno Betti salienta que não poderá haver mescla entre os regimes. Portanto, ao optar por um dos regramentos a Administração deverá segui-lo integralmente.

O período de dois anos não foi uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a Lei 13.303/2016, em seu art. 91, previa que a empresa pública e a sociedade de economia mista teriam o prazo de 24 meses para promover as adaptações necessárias à adequação dos seus dispositivos.

Observa-se que a Lei 8.666/1993, ao longo dos anos, sofreu inúmeras alterações, a exemplo do seu art. 24 que foi alterado inúmeras vezes alargando as hipóteses de dispensa de licitações. Além disso, editaram-se leis que foram tomando o seu protagonismo, fato observado com a Lei do Pregão que inverteu as fases da licitação, o que acabou tornando-se uma tendência. As tentativas de mudanças, tanto diretas quanto indiretas, culminaram no Projeto de Lei 4253/2020, que foi aprovado e sancionado na forma da Lei 14.133/2021.

O Professor Rafael Oliveira cunhou a expressão "museu de grandes novidades", tendo em vista que a Lei 14.133/2021 trouxe vários institutos que eram previstos na Lei 8.666/93, a exemplo das hipóteses de contração direta. Ademais, a nova Lei de Licitações incorpora institutos que estavam previstos na Lei do Pregão (procedimento da licitação com a realização do julgamento antes da habilitação; definição de aquisição de bens e serviços comuns), na Lei do Regime Diferenciado de Contratação (orçamento sigiloso; contratação por remuneração variada), na Lei das Estatais (valores para dispensa de licitação), na Lei de Concessão (incorporação do procedimento de manifestação de interesse). E, ainda, incorpora inúmeros posicionamentos do TCU, a exemplo da Súmula 257, que admite a utilização do pregão para serviços comuns de engenharia, mas não para obras.

Por fim, salienta-se que há na nova Lei de Licitações inovações, a exemplo da modalidade de licitação diálogo competitivo.

2. ESTRUTURA

A Nova Lei de Licitações está dividida em cinco títulos, observe:

I – Disposições Gerais:

- Âmbito de aplicação;
- Princípios;
- Definições;
- Agentes públicos

II – Licitações:

- Processo licitatório;
- Definição dos objetivos;
- Definição dos impedimentos;
- Fases processuais;
- Modalidades;
- Critérios de julgamentos;
- Disposições setoriais: compras, obras e serviços de engenharia, serviços em geral, locação de imóveis e licitações internacionais;
- Definição das etapas da fase externa licitação;
- Contratação direta: hipóteses excepcionais de dispensa e inexigibilidade de licitação;
- Regras sobre alienação de bens;
- Instrumentos auxiliares: credenciamentos, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral.

III – Contratos administrativos:

- Formalização;
- Garantias;
- Alocação de riscos;
- Prerrogativas da Administração;

- Duração
- Execução;
- Alteração;
- Hipótese de extinção;
- Recebimento do objeto;
- Pagamentos;
- Nulidades
- Meios alternativos de resolução de controvérsia

IV – Irregularidades:

- Infrações;
- Sanções administrativas;
- Impugnações;
- Pedidos de esclarecimentos
- Recursos
- Controle de contratações

V – Disposições gerais:

- Portal Nacional de Contratações Públicas;
- Alterações no CPC, no CP, na Lei 8.987/1995, na Lei 11.079/2004;
- Revogação da Lei de Licitações, da Lei 10.502/2002 e dos arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011;
- Vigência;
- Outras disposições pontuais.

3. TENDÊNCIAS

O Professor Rafael Oliveira destaca que com a Nova Lei de Licitações é possível verificar cinco tendências nas contratações públicas, são elas:

- Planejamento e responsabilidade fiscal;
- Celeridade do procedimento com a diminuição de formalidades;

- Promoção de valores constitucionais fundamentais – "função regulatória da licitação ou função extraeconômica da licitação". Por exemplo, prioridade na contratação com empresas que se preocupam com a prevenção do meio ambiente; contração de empresas que possuam empregados com deficiência;
- Eficiência econômica da contração;
- Transparência.

4. ABRANGÊNCIA DA LEI 14.133/2021

O art. 1º da Lei 14.133/2021 consagra a abrangência da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, prevendo normas gerais que serão aplicadas para Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.	Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Segundo o Professor Rafael Oliveira, permanece o desafio de definir em cada dispositivo, caso a caso, se representa uma norma geral ou uma norma específica aplicada apenas à União. Isto porque apesar do art. 1º da Lei 8.666/1993 afirmar que se tratava de uma norma geral, a doutrina sempre apontou que determinados dispositivos eram norma específica, o que foi corroborado pelo STF na ADI 927.

> ***STF ADI 927:*** *EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte. (ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039).*

Considerar que uma lei é norma geral significa que apenas a União poderá legislar sobre aquele tema, é o que estabelece, por exemplo, o art. 22, XXVII, da CF. Consequentemente, a norma

será nacionalmente aplicada, vinculando os demais entes federados. Por outro lado, no caso de normas específicas (não gerais) não há vinculação e sua aplicação é apenas no âmbito federal. Portanto, podem os demais entes federados, dentro de suas autonomias, legislar sobre o tema de maneira diversa.

Conforme a melhor doutrina, as normas gerais são genéricas/abstratas, não colocam em risco a autonomia dos entes federados, tratam, por exemplo, de modalidades de licitação, dos princípios etc.

Por fim, salienta-se que a Lei 14.133/2021, assim como a 8.666/1993, dá a entender que todas as suas normas são gerais, vinculando todos os demais entes federados. Permanecerá, portanto, a discussão que havia na legislação anterior.

5. INAPLICABILIDADE

Os arts. 1º, §1º e 3º da Lei 14.133/2021 tratam das hipóteses em que não será possível a aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, são elas:

- As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei 13.303/2016. Contudo, aplicam-se os dispositivos referentes aos crimes em licitações e contratos administrativos.

Salienta-se que há casos, a exemplo do critério de desempate, em que a própria Lei das Estatais remete para a aplicação da Lei de Licitações, não havendo, portanto, impedimento da sua aplicação.

Inclusive o STF (Info 1008) reafirmou que o regime de licitações é inaplicável às sociedades de economia mista.

> *O regime de licitação e contratação previsto na Lei nº 8.666/93 é inaplicável às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria das empresas privadas, concorrendo, portanto, no mercado. Não é possível conciliar o regime previsto na Lei nº 8.666/93 com a agilidade própria desse tipo de mercado que é movido por intensa concorrência entre as empresas que nele atuam. STF. Plenário. RE 441280/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2021 (Info 1008).*

- Contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;

- Contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

> *Art. 1º, § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.*
>
> *Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:*

> *I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;*
> *II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.*

6. REGRAS PECULIARES

A Lei 14.133/2021 prevê regras peculiares (próprias) para as licitações e contratações:

- Realizadas em repartições públicas que estão localizadas no exterior;
- Envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, as quais deverão obedecer às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos na Lei 14.133/2021, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado.

Aqui, importante observar o §3º, do art. 1º da Lei 14.133/2021:

> *Art. §3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:*
> *I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;*
> *II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:*
> *a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;*
> *b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;*
> *c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;*

- Relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil.

Segundo Rafael Oliveira, são casos em que, eventualmente, a própria aplicação da nova Lei de Licitações poderá ser afastada, incidindo regras próprias fixadas por organismos internacionais. Além disso, a própria lei consagra as regras específicas de contratação com recursos de organismos internacionais, a exemplo do art. 14, §5º e art. 92, §1º.

> *Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:*
> *§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.*

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

7. APLICAÇÃO

À semelhança da Lei 8.666/1993, a Lei 14.133/2021, em seu art. 2º, consagra um rol amplo de aplicação. Observe:

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.	Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Em relação à concessão de uso, havia um debate acerca do regime jurídico a ser aplicado se o previsto na Lei 8.666/1993 ou se o previsto na legislação de concessão e serviço público. Aparentemente, o legislador acabou com a dúvida ao prever expressamente que a Lei 14.133/2021 será aplicada à concessão de uso.

As compras por encomenda já eram realidade no Poder Público, mas como geralmente eram customizadas, ou seja, adaptadas às suas necessidades, havia dúvida se a contratação seria como uma compra ou como um serviço. A Lei 14.133/2021 acabou com a dúvida, tendo em vista que faz referência à compra por encomenda.

Ao tratar da locação, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não especificou se a Administração será locatária ou locadora. Segundo Rafael Oliveira, na hipótese em que o poder público cede temporariamente, de maneira renumerada, o seu bem público para terceiro seria caso de concessão de uso de bem público e não de contrato de locação. No entender do professor, seria caso de locação apenas quando a Administração fosse locatária. Não é entendimento unanime, José Carvalho Filho, por exemplo, entende que a Administração poderá tanto ser locadora quanto locatária.

Em suma:

LEI DE LICITAÇÕES	
APLICAÇÃO	**NÃO APLICAÇÃO**
Alienação e concessão de direito real de uso de bens. Compra, inclusive por encomenda. Locação Concessão e permissão de uso de bens públicos Prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; Obras e serviços de arquitetura e engenharia; Contratações de tecnologia da informação e de comunicação.	Contratos que tenham por objeto: • operação de crédito (interno ou externo) e • gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionada a esses contratos. Contratações sujeitas a normas previstas em Locação; legislação própria.

8. TRATAMENTO DIFERENCIADO

Importante consignar que a LC 123/2006 prevê regras especiais de licitação para as microempresas e empresas de pequeno porte, o que foi mantido pela nova Lei de Licitações (art. 4º).

> *Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*
> *§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:*
> *I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;*
> *II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.*
> *§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.*
> *§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.*

9. PRINCÍPIOS

A Lei 14.133/2021 ampliou o rol de princípios em relação à Lei 8.666/1993, trata-se de um rol exemplificativo. A maioria dos princípios listados são aplicados a todo o Direito Administrativo e não apenas à Lei de Licitações e Contratos.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.	Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Segundo Rafael Oliveira, há princípios que, apesar da sua importância, ficaram fora do rol do art. 5º da Lei 14.133/2021, a exemplo do Princípio do Formalismo Moderado (sua ideia está presente ao longo do texto da nova lei). Ademais, o legislador foi expresso quanto à observância da LINDB na aplicação da Lei 14.133/2021. É importante lembrar que a Lei 13.655/2018 introduziu na LINDB disposições voltadas para a gestão pública.

> *LINDB – art. 30 As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.*

A seguir analisaremos o aspecto dos princípios mais específicos, os princípios gerais administrativos, a exemplo do “LIMPE” (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) você encontra ao longo do nosso CS de Direito Administrativo.

9.1. PRINCÍPIO DA COMPETIVIDADE

O Princípio da Competividade visa assegurar que a licitação promova a maior competitividade possível entre os licitantes, promovendo uma maior participação dos interessados e, consequentemente, aumentando as chances de a Administração contratar a proposta mais vantajosa.

No art. 3º, da Lei 8.666/1993, já eram encontradas ideias relativas ao Princípio da Competitividade que continuam sendo aplicadas no contexto da nova lei, a exemplo da proibição de inserção nos editais de licitação de barreiras de entrada, as quais limitam a participação no processo licitatório.

Como exemplo de barreiras de entrada, cita-se a cláusula que proíbe a participação de empresas em litígio com a Administração Pública. Perceba que claramente é uma violação ao Princípio da Competitividade. Além disso, decorre do Princípio da Competitividade a proibições de preferências ou distinções em razão da naturalidade da empresa.

> *Lei 14.133/2021*
> *Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:*

> *a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;*
> *b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;*

9.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Trata-se de um princípio geral do direito, previsto no art. 5º, I e no art. 37, da CF (desdobramento do princípio da impessoalidade).

Significa que a Administração não poderá fazer distinção entre os participantes da licitação, conforme se depreende do art. 9º da Lei 14.133/2021.

> *Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:*
> *b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;*
> *(...)*
> *II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional.*

Salienta-se que se trata de uma igualdade material e não meramente formal. Em outras palavras, deve a Administração Pública tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Por isso, há tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como margens de preferência.

O STF, ao analisar a competência legislativa sobre licitações e contratos firmou o entendimento de que a igualdade de condições dos concorrentes em licitações embora seja enaltecida pela Constituição, pode ser relativizada por duas vias: a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

9.3. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

O edital é a lei interna da licitação, ou seja, vincula os atos que serão praticados pela Administração Pública e pelos particulares. Caso um ato seja praticado em contrariedade ao edital, haverá uma irregularidade, não sendo possível ser sanada, haverá a invalidação do ato irregular.

9.4. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

Como mencionado acima, embora não esteja previsto expressamente no art. 5º da Lei 14.133/2021, o Princípio do Formalismo Moderado encontra-se ao longo da nova lei. Significa que

a Administração, no campo da licitação, não pode levar as formalidades ao extremo. Assim, erro meramente formal poderá ser corrigido, havendo uma relativização das formalidades.

Como exemplo, tem-se:

> *Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:*
> *(...)*
> *III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;*
> *IV - a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;*
> *V - o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;*
>
> *Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:*
> *I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;*
>
> *Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos*

Perceba que a Lei 14.133/2021 é menos formalista do que a Lei 8.666/1993, em que não havia uma ampla possibilidade de convalidação de vícios formais. Agora, desde que não coloquem em risco o interesse público e dos licitantes, poderão ser convalidados os vícios formais.

Observe algumas exigências formais que foram flexibilizadas pela Nova Lei de Licitações:

- os documentos são produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis. É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP–Brasil);

- valores, preços e custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 52 (na verdade, a referência é ao art. 51, que excepciona o uso de moeda estrangeira em licitação internacional)

> *Art. 51, Nas licitações de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.*
> *§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo.*

- não importará afastamento da licitação ou a invalidação do processo o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta;
- prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;
- reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;
- os atos são preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico.

9.5. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

O julgamento na licitação deve ser pautado em critérios objetivos e impessoais, decorre da ideia de isonomia.

A Lei 14.133/2021 ampliou os critérios de julgamento, manteve a lógica de que o critério deve ser objetivo e pessoal, bem como continua sendo proibido a criação de critérios não previsto em lei.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 45, § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.	Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - técnica e preço; V - maior lance, no caso de leilão; VI - maior retorno econômico.

9.6. PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO

Segundo Rafael Oliveira, embora não estivesse expresso na Lei 8.666/1993, já norteava as licitações, pois decorria do Princípio da Eficiência.

Pode ser observado no art. 12, VII, da Nova Lei de Licitações.

> *Art. 12, VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de*

racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

O plano de contrações anual deve ser divulgado no sitio eletrônico do ente federado, fazendo parte da fase de planejamento da licitação.

A Nova Lei de Licitação refere-se ao estudo técnico preliminar que embasará o planejamento.

Art. 6º, XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

9.7. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Era considerado apenas um objetivo pela Lei 8.666/1993. A partir da Lei 14.133/2021, passou a ter uma dupla fase, pois é um objetivo e um princípio da licitação.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** (...)	Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os **princípios** (...) e **do desenvolvimento nacional sustentável** (...) Art. 11. O processo licitatório tem por **objetivos**: IV - incentivar a inovação e **o desenvolvimento nacional sustentável**.

Na Lei 8.666/1993 o desenvolvimento nacional sustentável era percebido em diversas passagens, a exemplo da margem de preferência (art. 3ª, §§ 5º ao 12) para produtos manufaturados nacionais que atendessem as normas técnicas brasileiras, bem como para bens e serviços prestados por empresas que tivessem contratação de pessoas com deficiência.

A Nova Lei de Licitações alterou a margem de preferência, estabelecendo para os produtos manufaturados nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras e para bens reciclados ou biodegradáveis, na forma de regulamento.

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:
I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;
II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.
*§ 1º A margem de preferência de que trata o **caput** deste artigo:*
*I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do **caput** deste artigo;*

*II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do **caput** deste artigo;*
III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.
*§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).*
§ 5º A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior:
I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou
II - aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.
§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.
§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

9.8. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA

A doutrina entende que exigência da publicidade e da transparência já era extraída da própria Constituição.

Os atos de publicidade e transparência serão concentrados no sitio eletrônico do Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP), previsto no art. 174 da Lei 14.133/2021.

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:
I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.
§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:
I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:
I - planos de contratação anuais;
II - catálogos eletrônicos de padronização;
III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
IV - atas de registro de preços;
V - contratos e termos aditivos;
VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.
§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:
I - sistema de registro cadastral unificado;
II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;
IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;
*b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do **caput** do art. 19 desta Lei;*
c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;
d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.
§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.
§ 5º (VETADO).

De acordo com o artigo 175 da Lei 14.133/2021, os entes federativos poderão instituir, para além do PNCP, sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e divulgação das respectivas contratações.

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.
§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.
§ 2º Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local. (Promulgação partes vetadas)

Importante consignar que a publicidade não é absoluta, a Lei 14.133/2021, em seu art. 13, parágrafo único, prevê hipóteses de sigilo provisório nas licitações (publicidade diferida).

> *Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.*
> *Parágrafo único. A **publicidade será diferida**:*
> *I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;*
> *II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.*

9.9. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DA CELERIDADE E DA ECONOMICIDADE

A celeridade é verificada pelo julgamento antes da habilitação, o que torna o processo licitatório mais rápido.

Como exemplo de eficiência e de economicidade, pode-se citar o contrato de performance (art. 144), bem como a alocação eficiente de riscos (art. 22).

> *Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.*
>
> *Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.*
> *§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.*
> *§ 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.*

9.10. PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

Embora não estive previsto expressamente, já era reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do TCU. Trata-se da proibição da designação do mesmo agente público para diversas funções, reduzindo erros administrativos, bem como a prática de fraude nas contratações.

Em outras palavras, os agentes públicos que participam de uma licitação devem saber quais as suas funções, exercendo-as sem que haja uma acumulação de funções, para que não haja uma centralização em apenas um agente público. Evita conflitos entre os agentes durante o procedimento licitatório.

O artigo 7º, §1º da Lei 14.133/2021 veda a designação de um mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis de risco.

> *Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:*
> *(...)*
> *§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.*

São aplicações do princípio da segregação das funções:

- Não designar, para compor a comissão de licitação, o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório. (Acórdão TCU 686/2011 – plenário);
- Considera-se falta de segregação de funções, o Chefe do Setor de Licitação e Contratos elaborar o projeto básico atuar no processo como pregoeiro. (CGU, relatório 174805/2005);
- Considera-se falta de segregação de funções quando o pregoeiro e a equipe de apoio à licitação realizam trabalhos de comissão de recebimento dos materiais. (CGU, relatório 174805/2005);
- Deve ser observado o princípio da segregação de funções nas atividades relacionadas à licitação, à liquidação e ao pagamento das despesas (Acórdão 1.013/2008 – TCU 1ª Câmara).

10. OBJETIVOS

Os objetivos da licitação estão consagrados no art. 11, da Lei 14.133/2021 que demostrou preocupação com a sustentabilidade da licitação, detalhando os objetivos que já eram previstos na Lei 8.666/1993.

> *Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:*
> *I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;*
> *II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;*
> *III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;*
> *IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.*
> *Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das*

> *contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.*

Houve, ainda, a preocupação em definir os institutos, a exemplo do sobrepreço e do superfaturamento.

> *Art. 6º,*
> *LVI - sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;*
> *LVII - superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:*
> *a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;*
> *b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;*
> *c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;*
> *d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços;*

Como incentivo a inovação, pode-se citar, como exemplo, a licitação para startups.

11. REGRAS DE VIGÊNCIA E TRANSIÇÃO

Conforme prevê o art. 182, da Lei 14.133/2021, o Poder Executivo Federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados pela Nova Lei de Licitações, os quais serão divulgados no PNCP. Não se trata de uma inovação, tendo em vista que a Lei 8.666/1993 já previa a atualização de valores pelo Poder Executivo.

Além disso, o art. 183 da Nova Lei de Licitações traz a forma como os prazos serão contados. Observe:

> *Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:*
> *I - os prazos expressos em dias corridos serão computados de modo contínuo;*
> *II - os prazos expressos em meses ou anos serão computados de data a data;*
> *III - nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente.*
> *§ 1º Salvo disposição em contrário, considera-se dia do começo do prazo:*
> *I - o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na internet;*

> *II - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a notificação for pelos correios.*
> *§ 2º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, se o expediente for encerrado antes da hora normal ou se houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.*
> *§ 3º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, considera-se como termo o último dia do mês.*

Já as disposições da Nova Lei de Licitações serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

- No que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal;
- Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010;
- Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.
- Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Por fim, a Nova Lei de Licitações entrou em vigor na data da sua publicação, devendo ser observadas as seguintes regras de transição:

- O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.
- Até o decurso do prazo de 2 anos, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei 14.133/2021 ou de acordo com as leis atualmente vigentes, devendo a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada da Nova Lei de Licitações com as referidas normas;
- O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicando-se a futura nova Lei de Licitações subsidiariamente.

12. IMPEDIMENTOS

O art. 14, da Lei 14.133/2021 elenca as vedações para a participação em licitação e contratações públicas, algumas já eram previstas no art. 9º da Lei 8.666/93. Contudo, a Nova Lei de Licitações trouxe novos impedimentos (ampliou) com o intuito de evitar conflitos de interesse e violação aos princípios licitatórios.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:	Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:
I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;	I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;
II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;	II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação	
	III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;
	IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;
	V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
	VI - pessoa física ou jurídica que, **nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital**, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

A seguir faremos uma breve análise de cada um dos incisos do art. 14.

a) AUTOR DO ANTEPROJETO, DO PROJETO BÁSICO OU DO PROJETO EXECUTIVO

Assemelha-se a vedação do art. 9º, I, da Lei 8.666/93, porém incluiu o autor do anteprojeto.

A vedação justifica-se porque aquele que elaborou o anteprojeto, projeto básico ou o projeto executivo possuía vantagem competitiva em relação aos demais, tendo em vista que conhece todos os detalhes específicos, podendo se beneficiar.

Contudo, nos casos de contratação integrada (não prevista na Lei 8.666/93), ao contrário dos demais regimes de contratação, a elaboração do projeto básico e do projeto executivo é feita pelo próprio contratado, cabendo ao Poder Público a elaboração do anteprojeto. Será, portanto, uma exceção.

> *Art. 46,*
> *§ 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.*
> *§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.*

Destaca-se que, a critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

b) EMPRESA, ISOLADAMENTE OU EM CONSÓRCIO, RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO OU DO PROJETO EXECUTIVO, OU EMPRESA DA QUAL O AUTOR DO PROJETO SEJA DIRIGENTE, GERENTE, CONTROLADOR, ACIONISTA OU DETENTOR DE MAIS DE 5% DO CAPITAL COM DIREITO A VOTO, RESPONSÁVEL TÉCNICO OU SUBCONTRATADO

Novamente, assemelha-se ao impedimento previsto no art. 9º, II, da Lei 8.666/93.

A Lei 14.133/2021 entende que equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

c) PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE SE ENCONTRE, AO TEMPO DA LICITAÇÃO, IMPOSSIBILITADA DE PARTICIPAR DA LICITAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE SANÇÃO QUE LHE FOI IMPOSTA

A sanção que é mencionada refere-se à declaração de inidoneidade, bem ao impedimento de participar da licitação. Tratando-se, por exemplo, de uma advertência não há nenhum impedimento.

Segundo Rafael Oliveira, este impedimento deve ser lido em conjunto com o art. 156, III e IV, §§ 4º e 5º, da Nova Lei de Licitações. Observe:

> *Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:*
> *(...)*
> *III - impedimento de licitar e contratar;*
> *IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.*
> *(...)*
> *§ 4º A sanção prevista no inciso III do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.*
> *§ 5º A sanção prevista no inciso IV do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do **caput** do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.*

Importante consignar que a Lei 14.133/2021 define a extensão territorial dos efeitos das sanções de inidoneidade e do impedimento de licitar e contratar, o que não acontecia na Lei 8.666/93. Na vigência da Lei 8.666/93, caso uma empresa tivesse uma sanção de declaração de inidoneidade aplicada pelo Município X, havia divergência acerca da abrangência do impedimento, ou seja, não havia consenso se a empresa poderia ou não participar de licitações em outros Municípios. Verificava-se três correntes, quais sejam:

1ªC – As sanções possuem efeitos restritivos, ou seja, só são observadas perante o ente sancionador.

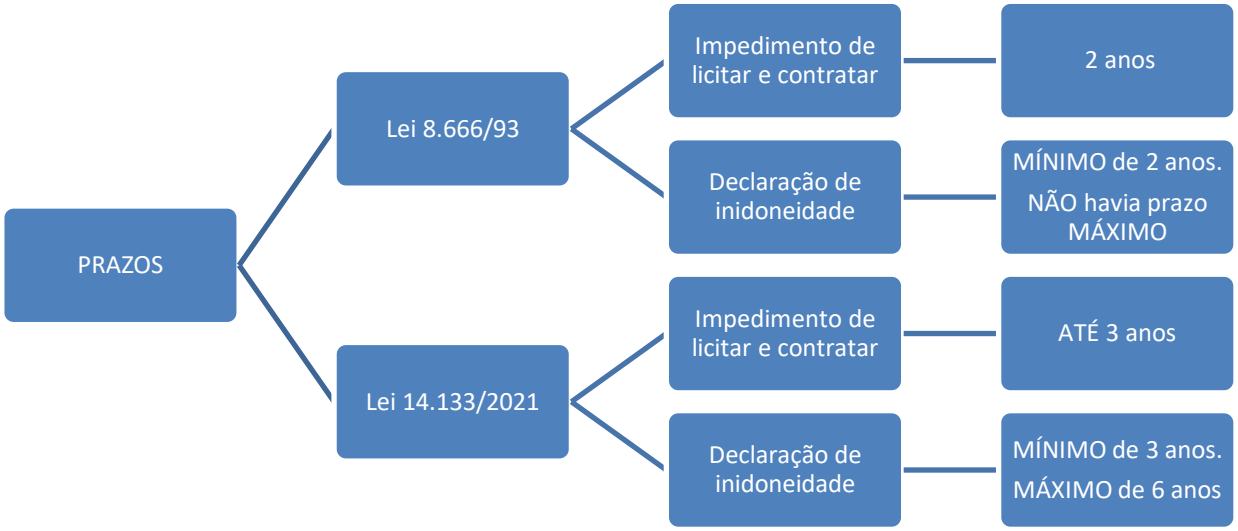
2ª C – Tratando-se de sanção de suspensão temporária, o impedimento ocorre apenas perante o ente sancionador. Por outro lado, tratando-se de declaração de inidoneidade os efeitos serão extensíveis a todos os entes federativos. Valia-se de conceitos trazidos no art. 6º da Lei 8.666/93.

3ª C (posição do STJ) – Tanto na suspensão temporária quanto na declaração de inidoneidade a empresa estava impedida de participar de licitações perante todos os entes federativos. Portanto, os efeitos eram extensivos.

A Lei 14.133/2021 adotou a 2ª Corrente, definindo claramente os limites territoriais do impedimento. Assim:

- Tratando-se de impedimento de licitar e contratar, o impedimento fica restrito ao ente sancionador;
- Tratando-se de declaração de inidoneidade, o impedimento é aplicado a todos os entes federativos.

Além disso, os prazos foram alterados.



Salienta-se que o impedimento será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante. Trata-se de uma possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

> *Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.*

d) PESSOA QUE MANTENHA VÍNCULO DE NATUREZA TÉCNICA, COMERCIAL, ECONÔMICA, FINANCEIRA, TRABALHISTA OU CIVIL COM DIRIGENTE DO ÓRGÃO OU ENTIDADE CONTRATANTE OU COM AGENTE PÚBLICO QUE DESEMPENHE FUNÇÃO NA LICITAÇÃO OU ATUE NA FISCALIZAÇÃO OU NA GESTÃO DO CONTRATO, OU QUE DELES SEJA CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, DEVENDO ESSA PROIBIÇÃO CONSTAR EXPRESSAMENTE DO EDITAL DE LICITAÇÃO

A primeira parte da vedação já era prevista no art. 9º, III, da Lei 8.666/93 de forma semelhante, possui o intuito de evitar conflitos de interesses.

A vedação em relação aos parentes é uma novidade da Lei 14.133/2021. Perceba que o legislador incorporou para as contrações públicas a vedação ao nepotismo.

e) EMPRESAS CONTROLADORAS, CONTROLADAS OU COLIGADAS, CONCORRENDO ENTRE SI

Como integram o mesmo grupo econômico, a vedação visa preservar a competitividade entre os licitantes.

f) PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE, NOS 5 ANOS ANTERIORES À DIVULGAÇÃO DO EDITAL, TENHA SIDO CONDENADA JUDICIALMENTE, COM TRÂNSITO EM JULGADO, POR EXPLORAÇÃO DE TRABALHO INFANTIL, POR SUBMISSÃO DE TRABALHADORES A CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO OU POR CONTRATAÇÃO DE ADOLESCENTES NOS CASOS VEDADOS PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Visa impedir que empresas que cometem ilícitos gravíssimos contratem com o Poder Público, servindo, igualmente, como uma forma de inibir que tais ilícitos sejam cometidos.

Por fim, caso a licitação seja parcialmente financiada por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional, não poderão participar empresas que tenham sido punidas por tais entidades internacionais.

13. CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS

O tratamento dos consórcios empresariais pela Lei 14.133/2021 é semelhante ao que a Lei 8.666/93 previa, embora alguns pontos tenham peculiaridades.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
Art. 33. **Quando permitida na licitação** a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:	Art. 15. **Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório**, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;	I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;	II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;	III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;	IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;
V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.	V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.
§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.	§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação.
§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.	§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.
	§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do caput deste artigo.
	§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.
	§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

Os consórcios empresariais estão previstos nos arts. 278 e 279 da Lei das S/A.

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.
§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.
§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

> *Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:*
> *I - a designação do consórcio se houver;*
> *II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;*
> *III - a duração, endereço e foro;*
> *IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;*
> *V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;*
> *VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;*
> *VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;*
> *VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.*
> *Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.*

Possuem as seguintes características:

- Reunião de duas ou mais empresas por contrato com o fim de atingir determinado objetivo;
- Não possuem personalidade jurídica própria, ou seja, cada empresa preserva a sua independência e sua autonomia;
- Assume obrigações que são colocadas, mas não há presunção de solidariedade. Nada impede que a Lei preveja a solidariedade (o que aconteceu na Lei de Licitações);
- Caráter provisório, ao atingir o objetivo o consórcio é desfeito.

Pela Lei 8.666/93, a possibilidade de participação dos consórcios empresariais deveria estar expressa no edital. Assim, nos casos em que não havia especificado no edital não era possível a participação do consórcio. A Lei 14.133/2021 inverteu a lógica, ou seja, o edital deve trazer expressamente que não é possível a participação do consórcio na licitação, caso não tenha a cláusula proibindo, será possível a sua participação.

Destaca-se que não mais há a imposição de que a liderança do consórcio seja de uma empresa nacional quando houver participação de empresa estrangeira. Portanto, com a Nova Lei de Licitações, a liderança poderá ser tanto da empresa nacional quanto da empresa internacional.

14. COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

As cooperativas possuem tratamento jurídico diferenciado, inclusive em matéria tributária, por isso parte da doutrina entende que sua participação fere o princípio da isonomia e da competitividade. Segunda parcela da doutrina entende que a cooperativa deve incluir em sua proposta os encargos tributários e trabalhistas. E, ainda, uma terceira parcela entende ser possível a participação da cooperativa, desde que o objeto da licitação tenha relação com as funções da cooperativa.

Por outro lado, a própria Constituição Federal prevê um tratamento mais benéfico para as cooperativas, que podem ser criadas sem o consentimento do Estado e não podem sofrer interferências. Devendo, inclusive, sua criação ser estimulada por lei.

O art. 16, da Lei 14.133/2021 prevê expressamente a possibilidade da participação das cooperativas nas contratações públicas, desde que sejam observadas as características mencionadas no dispositivo legal.

> *Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:*
> *I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;*
> *II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;*
> *III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;*
> *IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.*

15. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

Trata-se da função extraeconômica da licitação, ou seja, a licitação não se presta apenas a contratar com a pessoa que apresentou a melhor proposta econômica (o menor preço), mas também se deve buscar implementar a promoção de valores fundamentais, sendo um instrumento de desenvolvimento econômico, social, de políticas públicas do Estado, preservação do meio ambiente.

A Lei 14.133/2021, inspirada pela Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011), previu uma série de funções extraeconômicas para a licitação, a exemplo da sustentabilidade, há uma preocupação com a proteção do meio ambiente. Fala-se em contratação verde.

> *Lei 14.133/2021*
> *Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*
>
> *Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:*
> *IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.*

Observe alguns dispositivos da Lei 14.133/2021 que deixam clara a função regulatória da licitação:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:*
> *(...)*
> *XII - obra: toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel;*
> *(...)*
> *XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:*
> *(...)*
> *h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso;*
> *XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:*
> *(...)*
> *e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;*
> *XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:*
>
> *Art. 25, § 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:*
> *I - mulheres vítimas de violência doméstica;*
> *II - oriundos ou egressos do sistema prisional.*
>
> *Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:*
> *I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;*
> *II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;*
> *III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;*
> *IV - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;*
> *V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;*

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

16. MARGEM DE PREFERÊNCIA

A margem de preferência estava prevista no art. 3º, §§ 5º ao 12 na Lei 8.666/93, estando disciplinada no art. 26 da Lei 14.133/2021.

LEI 8.666/1993	LEI 14.133/2021
§ 5º Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.	Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.
§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I - geração de emprego e renda; II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV - custo adicional dos produtos e serviços; e V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.	§ 1º A margem de preferência de que trata o caput deste artigo: I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do caput deste artigo; II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do caput deste artigo; III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.
§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá	§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no

ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.	País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).
§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.	
§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.	§ 5º A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior: I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II - aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.
§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.	
§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.	§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.
§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.	§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo

	básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

A relação das empresas beneficiadas pelas margens de preferência deve ser divulgada, nos termos do art. 27 da Lei 14.133/2021, a transparência favorece o controle social.

> *Art. 27. Será divulgada, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto no art. 26 desta Lei, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.*

Salienta-se que a margem de preferência não é impositiva (é uma decisão discricionária), sua implementação depende de uma decisão fundamentada. Ao optar pela sua utilização, deve ser expedido um decreto regulatório.

A Nova Lei de Licitações passa a prever que a contratação de pessoas com deficiência pelas empresas, antes uma margem de preferência, passou a ser requisito para a habilitação.

Não mais há margem de preferência de 25%. A regra geral é de até 10%, podendo chegar em 20%.

17. OBJETO DA LICITAÇÃO

17.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assim como a Lei 8.666/93, o âmbito de incidência da Nova Lei de Licitações é bastante amplo, conforme se depreende pela leitura de seu art. 2º.

> *Art. 2º **Esta Lei aplica-se** a:*
> *I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;*
> *II - compra, inclusive por encomenda;*
> *III - locação;*
> *IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;*
> *V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;*
> *VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;*
> *VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.*

Os arts. 40 a 51 tratam do regime jurídico das compras, serviços, inclusive de engenharia, obra e locações de imóveis. Já o art. 76 trata do regime jurídico das alienações de bens da Administração Pública.

17.2. COMPRAS

17.2.1. Previsão legal

Os arts. 40 a 44 da Lei 14.133/2021 disciplinam o regime jurídico das compras. Vejamos:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:
I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;
II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;
III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;
IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;
V - atendimento aos princípios:
a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.
*§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do **caput** do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:*
I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;
III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.
§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:
I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;
II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e
III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.
§ 3º O parcelamento não será adotado quando:
I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;
II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;
III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.
§ 4º Em relação à informação de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.
Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;
II - exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;
III - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;
IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.
Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do ***caput*** *deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.*
Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:
I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;
II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;
III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.
§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).
§ 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.
§ 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.
Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;
II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;
III - síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.
§ 1º É permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.
§ 2º As contratações de soluções baseadas em ***software*** *de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.*
Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa.

17.2.2. Conceito

Entende-se por compra a aquisição renumerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 dias da ordem de fornecimento, nos termos do art. 6º, X, da Lei 14.133/2021.

17.2.3. Planejamento

O legislador preocupou-se com o planejamento, tanto que o consagrou como um dos princípios que irá nortear a atuação da Administração Pública nas licitações.

O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

- Condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, a exemplo do pagamento antecipado em situações específicas;
- Processamento por meio de sistema de registro de preços;
- Determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;
- Condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;
- Atendimento aos princípios:

  a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

  b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

  c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

17.2.4. Termo de referência

O termo de referência - documento necessário para a contratação de bens e serviços - além dos requisitos previstos no art. 6º, XXII, da Lei 14.133/2021, deve conter as seguintes informações:

- Especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
- Indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;
- Especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

  Salienta-se que desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades

17.2.5. Parcelamento

A ideia de parcelamento já era prevista na Lei 8.666/93, era uma diretriz não apenas para as compras (art. 15, IV), mas também para obras e serviços (art. 23, §1º). A Lei do RDC, em seu art. 4º, VI, previa o parcelamento do objeto sem perda de escala, igualmente a Lei 13.303/2016 traz a previsão do parcelamento

A Nova Lei de Licitações, na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

- A viabilidade da divisão do objeto em lotes;
- O aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e
- O dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

O parcelamento não será adotado quando a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor, bem como quando o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido e, ainda, quando o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

17.2.6. Indicação de marca

Em casos excepcionais, a Administração Pública poderá indicar marcas ou modelos que serão adquiridos, poderá solicitar amostras dos produtos, nos termos do art. 41 da Nova Lei de Licitações.

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:
*I - **indicar uma ou mais marcas ou modelos**, desde que formalmente justificado, **nas seguintes hipóteses**:*
a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;
*II - **exigir amostra ou prova de conceito do bem** no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;*
*III **- vedar a contratação de marca ou produto**, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;*
*IV - solicitar, **motivadamente**, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.*
*Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.*

Embora a previsão do art. 41 da Lei 14.133/2021 não estive contida na Lei 8.666/93, não se trata de uma novidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que sua ideia já estava na Lei do RDC (art. 7º) e na Lei das Estatais, bem como na jurisprudência do TCU ao interpretar a antiga lei.

LEI RDC - Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: (Vide Lei nº 14.133, de 2021) Vigência
I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade";
II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;
III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

LEI DAS ESTATAIS - Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)
I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:
a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;
c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade";
II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação;
III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada.
Parágrafo único. O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro) .

17.3. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

As obras e serviços de engenharia estão disciplinadas nos arts. 45 e 46 da Lei 14.133/2021.

Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:
I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;
IV - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Pela leitura do art. 45 da Lei 14.133/2021 nota-se uma clara preocupação com a sustentabilidade das contratações, não apenas na questão ambiental (licitações verdes) que está na pauta da Administração Pública, mas também com a questão urbanística, com a inclusão da pessoa com deficiência e com a questão do patrimônio histórico e cultural.

A execução dos serviços de obras e engenharia pode ser feita de forma direta - a própria Administração Pública irá realizar a obra ou o serviço de engenharia – ou de forma indireta, quando a Administração Pública contrata.

Nos termos do art. 46 da Lei 14.133/2021, na execução indireta das obras e serviços de engenharia são admitidos sete regimes. Vejamos:

- Empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

- Empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

- Empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional;

- Contratação por tarefa: regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

- Contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

  Trata-se de uma exceção à regra geral, já que a futura contratada irá elaborar e desenvolver os projetos básicos e executivos e não a Administração Pública que irá elaborar um anteprojeto.

> *Art. 6º, XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:*
> *a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;*
> *b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;*
> *c) prazo de entrega;*
> *d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;*
> *e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;*
> *f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;*
> *g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;*
> *h) levantamento topográfico e cadastral;*
> *i) pareceres de sondagem;*

> *j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;*

- Contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

  O projeto básico é feito pela Administração Pública, segue a regra geral.

- Fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;

> *Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:*
> *I - empreitada por preço unitário;*
> *II - empreitada por preço global;*
> *III - empreitada integral;*
> *IV - contratação por tarefa;*
> *V - contratação integrada;*
> *VI - contratação semi-integrada;*
> *VII - fornecimento e prestação de serviço associado.*
> *§ 1º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18 desta Lei.*
> *§ 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.*
> *§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.*
> *§ 4º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:*
> *I - o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;*
> *II - a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;*
> *III - a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;*
> *IV - a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;*

V - em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.
*§ 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, **o projeto básico poderá ser alterado**, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.*
§ 6º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e da aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores.
§ 7º (VETADO).
§ 8º (VETADO).
*§ 9º Os regimes de execução a que se referem os incisos II, III, IV, V e VI do **caput** deste artigo serão licitados por preço global e adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários.*

A Lei 8.666/93 só mencionava quatro regimes de execução indireta: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral e contratação por tarefa. Os regimes de contratação integrada, contratação semi-integrada e fornecimento e prestação de serviço associado foram incluídos pela Lei 14.133/2021, embora já houvessem sido mencionados no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo na Lei do RDC e na Lei das Estatais.

Para que seja realizada um obra ou serviço de engenharia é necessário que haja um projeto executivo, salvo no caso de demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico.

17.4. SERVIÇOS EM GERAL

As contrações de serviços em geral estão previstas nos arts. 47 a 50 da Lei 14.133/2021.

Devem-se observar dois princípios: PADRONIZAÇÃO e PARCELAMENTO nas licitações de serviços em geral, os quais já estavam presentes nas compras.

Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:
I - da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.
§ 1º Na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados:
I - a responsabilidade técnica;
II - o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;
III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

> *§ 2º Na licitação de **serviços de manutenção e assistência técnica**, o edital deverá definir o local de realização dos serviços, admitida a exigência de deslocamento de técnico ao local da repartição ou a exigência de que o contratado tenha unidade de prestação de serviços em distância compatível com as necessidades da Administração.*

O art. 48 da Lei 14.133/2021 trata da possibilidade de terceirização, nos casos de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, trazendo algumas proibições para a Administração, com o intuito de evitar vínculos trabalhistas e gerar responsabilidades pelo pagamento de serviços que não foram contratados.

> *Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as **atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade**, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:*
> *I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;*
> *II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;*
> *III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;*
> *IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;*
> *V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;*
> *VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.*
> *Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.*

Em uma interpretação literal do art. 48 da Lei 14.133/2021, a terceirização só poderia ocorrer em relação à atividade meio, não podendo ocorrer em relação à atividade-fim da administração. Tal fato contraria a jurisprudência do STF e a reforma trabalhista.

> ***Tema 725 da repercussão geral do STF - Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa***
> *Tese firmada: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.*

Diante disso, Rafael Oliveira compreende que o art. 48 da Lei 14.133/2021 pode ser interpretado de duas maneiras:

- 1ª – Não se admite terceirização de atividade-fim, seguindo a literalidade do dispositivo legal;

- 2ª – O art. 48 da Lei 14.133/2021 ao estabelecer a possibilidade de terceirização da atividade-meio, em uma interpretação sistemática do sistema com base na jurisprudência do STF e na lei trabalhista, não proibiu a terceirização da atividade-fim.

Não há impedimento para que a Administração Pública contrate mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que haja uma justificativa expressa e que isso não acarrete perda de economia de escala.

Salienta-se que não se trata de parcelamento de serviço, a execução será para o mesmo objeto. Por exemplo, por questões de segurança, ocorre a contratação de duas empresas para o armazenamento de dados em nuvem.

> *Art. 49. A Administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, **desde que essa contratação não implique perda de economia de escala**, quando:*
> *I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; e*
> *II - a múltipla execução for conveniente para atender à Administração.*
> *Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, a Administração deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados.*

O contrato, nos serviços de regime de dedicação exclusiva de mão de obra, deve cumprir alguns requisitos, o que visa eximir a responsabilidade do Poder Público por encargos trabalhistas.

> *Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:*
> *I - registro de ponto;*
> *II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;*
> *III - comprovante de depósito do FGTS;*
> *IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;*
> *V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;*
> *VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.*

17.5. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

Está disciplinada no art. 51 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 51. Ressalvado o disposto no inciso V do **caput** do art. 74 desta Lei, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.*

Salienta-se que no caso de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha, a licitação será inexigível. Na Lei 8.666/93 era hipótese de dispensa de licitação, o que era criticado pela doutrina.

A Lei 8.666/93 já tratava sobre a possibilidade de locação de imóveis, não houve muitas alterações. Permanece, contudo, a polêmica acerca da possibilidade de a Administração Pública ser locadora de bens públicos.

1ªC – José dos Santos Carvalho Filho entende ser possível que a Administração seja locadora;

2ªC – Rafael de Oliveira entende não ser possível, deve ser feito um contrato de concessão e não de locação. O que possibilita, por exemplo, a retomada imediata do bem público.

17.6. ALIENAÇÃO DE BENS

A alienação de bens está disciplinada no art. 76 da Nova Lei de Licitações. Observe:

> *Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*
> *I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:*
> *a) dação em pagamento;*
> *b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f", "g" e "h" deste inciso;*
> *c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;*
> *d) investidura;*
> *e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;*
> *f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;*
> *g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;*
> *h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;*

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;
j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;
II - tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:
a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;
b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
d) venda de títulos, observada a legislação pertinente;
e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.
§ 1º A alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.
*§ 2º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I do **caput** deste artigo, cessadas as razões que justificaram sua doação, serão revertidos ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário.*
§ 3º A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a:
I - outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;
II - pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.
§ 4º A aplicação do disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos:
I - aplicação exclusiva às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;
II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo de destinação e de regularização fundiária de terras públicas;
III - vedação de concessão para exploração não contemplada na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico;
IV - previsão de extinção automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social;
V - aplicação exclusiva a imóvel situado em zona rural e não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente à exploração mediante atividade agropecuária;

VI - limitação a áreas de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores;
*VII - acúmulo com o quantitativo de área decorrente do caso previsto na alínea "i" do inciso I do **caput** deste artigo até o limite previsto no inciso VI deste parágrafo.*
§ 5º Entende-se por investidura, para os fins desta Lei, a:
I - alienação, ao proprietário de imóvel lindeiro, de área remanescente ou resultante de obra pública que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço que não seja inferior ao da avaliação nem superior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços previsto nesta Lei;
II - alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.
§ 6º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, dispensada a licitação em caso de interesse público devidamente justificado.
§ 7º Na hipótese do § 6º deste artigo, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

Destaca-se que no âmbito da Lei 8.666/93 havia distinção entre a modalidade de licitação para a alienação de bens imóveis (modalidade concorrência) e para bens móveis (modalidade leilão). A Lei 14.133/2021 acabou com a distinção, a modalidade será o LEILÃO TANTO PARA OS BENS MÓVEIS QUANTO IMÓVEIS.

DISPENSA DE LICITAÇÃO (HIPÓTESES TAXATIVAS)	
BENS IMÓVEIS	**BENS MÓVEIS**
I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de: a) dação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente p ara outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f", "g" e "h" deste inciso; c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em	II - tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, observada a legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes; j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;	

18. FASES DA LICITAÇÃO

18.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei 14.133/2021, em relação à Lei 8.666/93, alterou significativamente a sistemática das fases da licitação. Contudo, não produziu uma inovação no ordenamento jurídico, já que incorporou o que está previsto na Lei do Pregão e na Lei do RDC.

A Nova Lei de Licitações mantém a sistemática de divisão em fase interna e fase externa, tratando de forma mais detalhada cada uma das etapas.

O art. 17 da Nova Lei de Licitações estabelece as etapas de todo o processo licitatório. Observe:

> *Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:*
> *I - preparatória;*
> *II - de divulgação do edital de licitação;*
> *III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;*
> *IV - de julgamento;*
> *V - de habilitação;*
> *VI - recursal;*
> *VII - de homologação.*

A regra geral segue o fluxograma abaixo (o que era exceção antes):



Trata-se do mesmo rito que era previsto para o pregão.

Excepcionalmente, mediante ato motivado com explicação dos benefícios decorrentes, a fase de habilitação pode ocorrer antes da apresentação das propostas e do julgamento.



Na Lei 8.666/93, a maioria da doutrina, entendia o último ato da licitação era a adjudicação. Após a Lei 14.133/2021 ficou expresso que o último ato será a homologação, a adjudicação ocorrera antes, nos termos do art. 71.

> *Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:*
> *IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.*

As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica (traz maior celeridade, economia e consagra o princípio da isonomia entre os licitantes), admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo. Trata-se de uma novidade em relação à Lei 8.666/93, mas consagra a tendência que já constava na Lei do Pregão e na jurisprudência do TCU.

Obs.: A Administração possui a faculdade de exigir, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Desde que previsto no edital, na fase de julgamento, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

Na hipótese excepcional de licitação presencial, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Por fim, a Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Inmetro como condição para aceitação de:

- estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;
- conclusão de fases ou de objetos de contratos;
- material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

18.2. FASE INTERNA OU PREPARATÓRIA

18.2.1. Conceito

Compreende os atos iniciais e preparatório praticados por cada órgão e entidade administrativa para efetivação da licitação.

18.2.2. Etapas

Salienta-se que a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

- A descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido.

  O estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

- A definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto (casos de contração integrada), projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

- A definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

- O orçamento estimado (estimativa do que será gasto com a contratação), com as composições dos preços utilizados para sua formação.

> *Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.*
> *§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:*

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.
§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:
I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;
II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;
III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.
§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.
§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.
§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que

necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.
§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

Destaca-se que o valor estimado não é mais utilizado para a definição da modalidade de licitação.

- A elaboração do edital de licitação

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.
§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.
§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.
§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.
§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.
§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:
I - obtenção do licenciamento ambiental;
II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.
§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.
§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.
§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

> *I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;*
> *II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.*
> *§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:*
> *I - mulheres vítimas de violência doméstica;*
> *II - oriundos ou egressos do sistema prisional.*

- A elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
- O regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
- A modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- A motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
- A análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

> *Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.*
> *§ 1º A matriz de que trata o **caput** deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.*
> *§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:*
> *I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;*
> *II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;*

III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.
§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.
§ 4º Nas contratações integradas ou semi-integrada, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

- A motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:
I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;
II - (VETADO).
Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.
Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.
§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.
§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.
§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.
§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.
§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:
I - obtenção do licenciamento ambiental;
II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.
§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.
§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:
I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;
II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.
§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:
I - mulheres vítimas de violência doméstica;
II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

Perceba que há uma sequência de atos a serem praticados, aumentando exponencialmente o sucesso da licitação.

18.2.3. Papel dos Órgãos da Administração

Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

- Instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;
- Criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos

  O catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

  A não utilização do catálogo eletrônico de padronização dos modelos de minutas de deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.
- Instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;
- Instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

- Promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

Importante consignar que nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling - BIM*) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

O BIM , regulamentado no Decreto 10.306/2020, é um conjunto de tecnologias e processos integrados que permite a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de uma construção, de modo colaborativo, que sirva a todos os participantes do empreendimento, em qualquer etapa do ciclo de vida da construção.

Atenção para o art. 20 da Lei 14.133/2021, o Decreto 10.818/2021 regulamenta o que seria considerada artigos de luxo.

> *Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.*
> *§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.*
> *§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.*

18.2.4. Audiência pública

A Lei 14.133/2021 seguiu a tendência do Direito Administrativo trazendo a possibilidade de audiência pública para qualquer modalidade de licitação.

> *Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.*
> *Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.*

18.3. FASE EXTERNA

Trata-se da fase em que há a publicação do instrumento convocatório e dos seus demais atos subsequentes.

18.3.1. Publicação do edital

O edital é o instrumento convocatório da licitação, não existe mais a carta convite.

> *Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).*
> *§ 1º Sem prejuízo do disposto no **caput**, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. (Promulgação partes vetadas)*
> *§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.*
> *§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.*

18.3.2. Apresentação das propostas

O art. 55 da Lei 14.133/2021 trata dos prazos de apresentação das propostas, os quais são contados a partir da data de divulgação do edital, variando de acordo com o objeto licitado.

> *Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:*
> *I - para aquisição de bens:*
> *a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;*
> *b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea "a" deste inciso;*
> *II - no caso de serviços e obras:*
> *a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;*
> *b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;*
> *c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;*
> *d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a", "b" e "c" deste inciso;*
> *III - para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;*
> *IV - para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis.*
> *§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos*

> *dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.*
> *§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).*

O modo de disputa é tratado no art. 56 da Nova Lei de Licitações, podendo ser aberto ou fechado. Destaca-se que os modos podem ser conjugados.

> *Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:*
> *I - **aberto**, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;*
> *II - **fechado**, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.*
> *§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada **quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto**.*
> *§ 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada **quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço**.*
> *§ 3º Serão considerados **intermediários os lances**:*
> *I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;*
> *II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.*
> *§ 4º Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.*
> *§ 5º Nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato.*

É possível a exigência de garantias, como requisito de pré-habilitação, que não poderá ser superior a 1% do valor estimado para a contração. São modalidades de garantia:

- Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública;
- Seguro-garantias;
- Fiança bancária.

A garantia poderá ser perdida nos caos em que houver recusa em assinar o contrato ou não houver apresentação dos documentos para contratação.

Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.
§ 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.
§ 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.
§ 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação.
§ 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei.

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.
§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:
I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;
II - seguro-garantia;
III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

18.3.3. Julgamento

O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- menor preço;
- maior desconto;
- melhor técnica ou conteúdo artístico;
- técnica e preço;
- maior lance, no caso de leilão;
- maior retorno econômico.

Importante a leitura dos seguintes artigos:

*Art. 34. O julgamento por **menor preço ou maior desconto** e, quando couber, **por técnica e preço** considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.*
§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser

considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.
§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos.

*Art. 35. O julgamento por **melhor técnica ou conteúdo artístico** considerará **exclusivamente** as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.*
*Parágrafo único. O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.*

*Art. 36. O julgamento por **técnica e preço** considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.*
*§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:*
I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;
II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
IV - obras e serviços especiais de engenharia;
V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.
*§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, **na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica**.*
§ 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento.

*Art. 37. O julgamento por **melhor técnica ou por técnica e preço** deverá ser realizado por:*
I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o

programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;
III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).
*§ 1º A banca referida no inciso II do **caput** deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:*
I - servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;
II - profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei.
*§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas "a", "d" e "h" do inciso XVIII do **caput** do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:*
I - melhor técnica; ou
II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

*Art. 38. No julgamento **por melhor técnica ou por técnica e preço**, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.*

*Art. 39. O julgamento **por maior retorno econômico**, utilizado **exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência**, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.*
*§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo, os licitantes apresentarão:*
I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:
a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;
b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;
II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.
§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.
§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.
§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

> *I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;*
> *II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.*

Importante salientar que serão desclassificadas as propostas que:

- contiverem vícios insanáveis;
- não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
- não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;
- apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

O art. 60 da Lei 14.133/2021 define amplos critérios de desempate e o art. 61 abre a possibilidade de negociação com o primeiro colocado. São novidades em relação à Lei 8.666/93, mas já havia menção na Lei do RDC, na Lei das Estatais.

> *Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:*
> *I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;*
> *II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;*
> *III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;*
> *IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.*
> *§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:*
> *I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;*
> *II - empresas brasileiras;*
> *III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;*
> *IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.*
> *§ 2º As regras previstas no **caput** deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.
§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.
§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

18.3.4. Habilitação

A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- Jurídica;

Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

- Técnica;

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:
I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;
II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;
III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;
V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;
VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.
§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que

tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.
*§ 2º Observado o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.*
*§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.*
§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.
§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.
*§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do **caput** deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.*
*§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do **caput** deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.*
*§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do **caput** deste artigo.*
§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.
§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:
I - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;
II - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.
*§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do **caput** deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.*

- Fiscal, social e trabalhista;

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:
I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;
VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
*§ 1º Os documentos referidos nos incisos do **caput** deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.*
*§ 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do **caput** deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica.*

- Econômico-financeira.

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:
I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;
II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.
§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.
*§ 2º Para o atendimento do disposto no **caput** deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.*

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.
§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.
§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.
*§ 6º Os documentos referidos no inciso I do **caput** deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.*

Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

- complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
- atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

18.3.5. Encerramento da licitação

Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

- Determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;
- Revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;
- Proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

  Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

  O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado. Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

- Adjudicar o objeto e homologar a licitação.

19. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

19.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 28 da Lei 14.133/2021 traz as cinco modalidades de licitação, incluiu o pregão (havia lei própria), excluiu a tomada de preços e o convite (ainda irão permanecer por dois anos), criou uma nova modalidade: diálogo competitivo.

Não mais a preocupação com o valor estimado do contrato para a definição da modalidade de licitação, que será definida pelo objeto do contrato.

> *Art. 28. São modalidades de licitação:*
> *I - pregão;*
> *II - concorrência;*
> *III - concurso;*
> *IV - leilão;*
> *V - diálogo competitivo.*
> *§ 1º Além das modalidades referidas no **caput** deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.*
> *§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no **caput** deste artigo.*

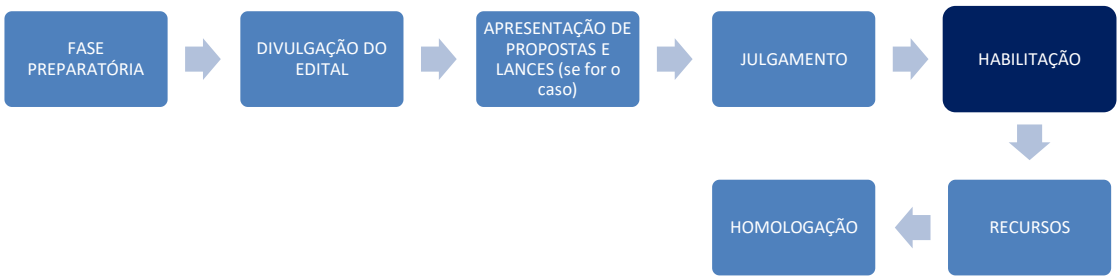
19.2. PREGÃO

O pregão foi incorporado ao texto da Nova Lei de Licitações, não estava previsto na Lei 8.666/93, era tratado em lei própria que terá validade por dois anos ainda.

Trata-se de uma modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado), cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, será utilizado o pregão.

O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços comuns de engenharia (todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens).

Segue as seguintes etapas:



O critério de julgamento do pregão é o menor preço (já era previsto na Lei do Pregão) ou o maior desconto.

19.3. CONCORRÊNCIA

Trata-se de modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

a) menor preço;

b) melhor técnica ou conteúdo artístico;

c) técnica e preço;

d) maior retorno econômico;

e) maior desconto;

Perceba que aplicação da concorrência é subsidiária, isto porque será aplicada nos casos em que não for possível a utilização do pregão.

A concorrência segue as mesmas etapas do pregão. Aqui a nova lei inovou, tendo em vista que a habilitação ocorrerá após o julgamento.

19.4. CONCURSO

Trata-se de modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor.

Está previsto no art. 30 da Lei 14.133/2021. Observe:

> *Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:*
> *I - a qualificação exigida dos participantes;*
> *II - as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;*
> *III - as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.*
> *Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.*
> *Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) - e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.*
> *§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o **caput** deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.*

*§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o **caput** deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.*
§ 3º Na hipótese de posterior alteração do projeto pela Administração Pública, o autor deverá ser comunicado, e os registros serão promovidos nos órgãos ou entidades competentes.

19.5. LEILÃO

Consiste na modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance.

Obs.: A Lei 8.666/93 previa leilão apenas para bens móveis. Tratando-se de bem imóvel a modalidade era a concorrência, salvo em relação aos imóveis adquiridos por dação em pagamento ou por meio de procedimento judicial.

Disciplinado no art. 31 da Lei 14.133/2021.

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.
§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.
§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:
I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;
II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;
III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;
IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;
V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.
§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.
§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a

fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.

19.6. DIÁLOGO COMPETITIVO

Trata-se de modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Está disciplinada no art. 32 da Lei 14.133/2021.

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:
I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
a) inovação tecnológica ou técnica;
b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
a) a solução técnica mais adequada;
b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;
III - (VETADO).
§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:
I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;
II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;
III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;
IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;
V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;
VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;
VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;
VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a

especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;
IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;
X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;
XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;
XII - (VETADO).
§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

20. CONTRATAÇÃO DIRETA

20.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A contratação direta compreende hipótese em que o Poder Público não irá licitar, podendo ocorrer dispensa da licitação ou caso de inexigibilidade, está disciplinada no art. 72 da Lei 14.133/2021.

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
VI - razão da escolha do contratado;
VII - justificativa de preço;
VIII - autorização da autoridade competente.
Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Salienta-se que a própria Constituição conferiu a possibilidade de o legislador fixar casos em que a licitação não irá ocorrer.

> *Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Importante consignar que o art. 72 não faz menção à hipótese de licitação dispensada, a qual está prevista no art. 76, I e II da Nova Lei de Licitações.

> *Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*
> *I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, **dispensada** a realização de licitação nos casos de:*
> *a) dação em pagamento;*
> *b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f", "g" e "h" deste inciso;*
> *c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;*
> *d) investidura;*
> *e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;*
> *f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;*
> *g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;*
> *h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;*
> *i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;*
> *j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;*

> *II - tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão,* ***dispensada*** *a realização de licitação nos casos de:*
> *a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;*
> *b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;*
> *c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;*
> *d) venda de títulos, observada a legislação pertinente;*
> *e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;*
> *f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.*

Em grande medida, os arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 e os arts. 74, 75 e 76 da Lei 14.133/2021 se assemelham.

Por fim, no caso de contratação indireta haverá responsabilidade solidária entre o contratado e o agente público responsável.

> *Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida* ***com dolo, fraude ou erro grosseiro****, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.*

20.2. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A licitação será inexigível quando a competição entre os licitantes for inviável, em especial (rol exemplificativo) nos seguintes casos:

- Aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos.

  Aqui, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

  Na Lei 8.666/93 havia divergência na doutrina sobre a aplicação do art. 25, I aos serviços. A Lei 14.133/2021 acabou com a polemica, tendo em vista que expressamente traz a contratação de serviços.

- Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

  Considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico,

afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico

- Contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

  a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

  b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

  c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

  d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

  e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

  f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

  g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

  h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Assemelha-se a hipótese do art. 25, II, da Lei 8.666/93 que era conjugado com o art. 13. A Lei 14.133/2021 aglutinou os dispositivos.

Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Segundo Rafael Oliveira, ainda que a Nova Lei de Licitações não faça menção à singularidade, ela deve estar presente, pois demostra a presença de características próprias. A Súmula 252 do TCU faz menção, importante observar como será o entendimento dos tribunais.

> *Súmula 252 TCU - A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.*
>
> *Súmula 39 TCU - SÚMULA Nº 039 A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.*

- Objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento. Não estava previsto expressamente na Lei 8.666/93, mas era hipótese admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do TCU.

  O credenciamento é um procedimento auxiliar da licitação, está disciplinado no art. 79 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:*
> *I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;*
> *II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;*
> *III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.*
> *Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:*
> *I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;*
> *II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;*
> *III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;*
> *IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;*
> *V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;*
> *VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.*

- Aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha (constava como hipótese de dispensa de licitação na Lei 8.666/93 – art. 24, X), devendo ser observados os seguintes requisitos:

  a) avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

  b) certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

  c) justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

20.3. DISPENSA DE LICITAÇÃO

As hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 75 da Lei 14.133/2021. Algumas hipóteses já estavam previstas no art. 24 da Lei 8.666/93, algumas foram modificadas e outras não apareciam no regime anterior.

Obs.: algumas hipóteses de dispensa de licitação do art. 24 da Lei 8.666/93 (inciso X, XI, XVI, XXII, XXIV, XXX, XXXIII e XXXV) não foram mantidas no rol do art. 75 da nova Lei de Licitações. Além disso, duas situações antes tratadas como dispensa de licitação receberam novo tratamento legislativo (incisos X e XI, do art. 24 da Lei 8.666/1993)

É dispensável a licitação:

- Para contratação que envolva valores inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores.

  Esse valor já era previsto nas dispensas de licitação nas Leis das Estatais.

  Observações:

  1ª) Deve ser considerado para definição do valor o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora, bem como o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

  Não se aplica o somatório no caso contratações de até R$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.

  2ª) Os valor poderão serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

  3ª) Salienta-se que as contratações, aqui, serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. Perceba que se trata de um processo simplificado de contratação.

  4ª) Serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

- Para contratação que envolva valores inferiores a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras.

  Aplica-se as mesmas observações mencionadas acima para os valores inferiores a R$ 100.000,00.

  Esse valor já era previsto nas dispensas de licitação nas Leis das Estatais.

- Para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 ano, quando se verificar que naquela licitação:

  a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas (licitação deserta);

  b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (licitação fracassada);

  Perceba que há aqui uma aglutinação das hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24, V (licitação deserta) e VII (licitação fracassada). A nova Lei de Licitação, contudo, incluiu o limite temporal de menos de um ano. Portanto, não se admite contratação direta quando a licitação deserta ou fracassada ocorreu após um ano.

- Para contratação que tenha por objeto:

  a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

  b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;

  c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais)

  Importante consignar que quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.

  d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;

  e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

  f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

  g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

  h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a

contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;

i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;

j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;

> *Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*
> *II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;*
> *V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;*

m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;

- Para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

> *Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)*
> *Parágrafo único. O apoio previsto no **caput** poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, as ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos, e a formação e a capacitação de recursos humanos qualificados. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)*
>
> *Art. 3º-A. A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão celebrar*

convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com a anuência expressa das instituições apoiadas. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Art. 4º A ICT pública poderá, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
III - permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
*Parágrafo único. O compartilhamento e a permissão de que tratam os incisos I e II do **caput** obedecerão às prioridades, aos critérios e aos requisitos aprovados e divulgados pela ICT pública, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades a empresas e demais organizações interessadas. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)*

Art. 5º São a União e os demais entes federativos e suas entidades autorizados, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
§ 1º A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá à empresa, na forma da legislação vigente e de seus atos constitutivos. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
§ 2º O poder público poderá condicionar a participação societária via aporte de capital à previsão de licenciamento da propriedade intelectual para atender ao interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
*§ 3º A alienação dos ativos da participação societária referida no **caput** dispensa realização de licitação, conforme legislação vigente. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
*§ 4º Os recursos recebidos em decorrência da alienação da participação societária referida no **caput** deverão ser aplicados em pesquisa e desenvolvimento ou em novas participações societárias. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
*§ 5º Nas empresas a que se refere o **caput,** o estatuto ou contrato social poderá conferir às ações ou quotas detidas pela União ou por suas entidades poderes especiais, inclusive de veto às deliberações dos demais sócios nas matérias que especificar. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*

*§ 6º A participação minoritária de que trata o **caput** dar-se-á por meio de contribuição financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável, e poderá ser aceita como forma de remuneração pela transferência de tecnologia e pelo licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação de titularidade da União e de suas entidades. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)
§ 1º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.
§ 2º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.
*§ 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no **caput** será efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, com a possibilidade de adoção de remunerações adicionais associadas ao alcance de metas de desempenho no projeto. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)*
*§ 4º O fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas na forma do **caput** poderá ser contratado mediante dispensa de licitação, inclusive com o próprio desenvolvedor da encomenda, observado o disposto em regulamento específico. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
*§ 5º Para os fins do **caput** e do § 4º , a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar concomitantemente mais de uma ICT, entidade de direito privado sem fins lucrativos ou empresa com o objetivo de: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
I - desenvolver alternativas para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador; ou (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
II - executar partes de um mesmo objeto. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
§ 6º Observadas as diretrizes previstas em regulamento específico, os órgãos e as entidades da administração pública federal competentes para regulação, revisão, aprovação, autorização ou licenciamento atribuído ao poder público, inclusive para fins de vigilância sanitária, preservação ambiental, importação de bens e segurança, estabelecerão normas e procedimentos especiais, simplificados e prioritários que facilitem: (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)
*I - a realização das atividades de pesquisa, desenvolvimento ou inovação encomendadas na forma do **caput ;** (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)*

II - a obtenção dos produtos para pesquisa e desenvolvimento necessários à realização das atividades descritas no inciso I deste parágrafo; e (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)
III - a fabricação, a produção e a contratação de produto, serviço ou processo inovador resultante das atividades descritas no inciso I deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)

- Para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

- Nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;

- Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas **no prazo máximo de 1 ano** (antes era até seis meses), contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso

  Considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.
§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:
I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.
§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:
I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;
II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;
III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.
*§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o **caput** deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.*
§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.
§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.
§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

- Para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

  Não mais importa a data de criação do órgão ou entidade.

- Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

- Para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

- Para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

- Para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

- Para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

- Para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

- Para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

20.4. LICITAÇÃO DISPENSADA

As hipóteses de licitação dispensada, previstas no art. 76 da Lei 14.133/2021, basicamente, equivalem-se as hipóteses previstas no art. 17 da Lei 8.666/93.

Prevalece que se trata de hipótese de atuação vinculada. Além disso, a nova Lei de Licitações não acabou com a polêmica se seria norma específica ou geral. O STF, na ADI 927, entendeu que o art. 17, I, "b" e "c" , II, "b" e "c" e §1º da Lei 8.666/93 seriam normas específicas e não gerais, podendo os Estados, Municípios e DF estabelecerem regras diversas.

A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

- Tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

  a) dação em pagamento;

  b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f", "g" e "h";

  c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

  d) investidura;

  e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;

  f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

  g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

  h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

  Art. 6º, § 1º Serão regularizadas as ocupações de áreas não superiores a 2.500 ha (dois mil e quinhentos hectares).

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

> *Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:*
> *I - não seja proprietário de imóvel rural;*
> *II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.*
> *§ 1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.*
> *§ 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.*
> *§ 3º - A Licença de Ocupação será intransferível intervivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.*

j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;

- Tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

  a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;

  b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

  c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

  d) venda de títulos, observada a legislação pertinente;

  e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

  f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

21. PROCEDIMENTOS AUXILIARES

21.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de mecanismos que irão auxiliar a realização da licitação ou a contratação administrativa.

Estão disciplinados no art. 78 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:*
> *I - credenciamento;*
> *II - pré-qualificação;*
> *III - procedimento de manifestação de interesse;*
> *IV - sistema de registro de preços;*
> *V - registro cadastral.*
> *§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o **caput** deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.*
> *§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do **caput** deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.*

21.2. CREDENCIAMENTO

O credenciamento é um processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Está disciplinado no art. 79 da Nova Lei de Licitações. Vejamos:

> *Art. 79, O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:*
> *I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;*
> *II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;*
> *III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.*
> *Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:*
> *I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;*
> *II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;*
> *III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;*
> *IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;*

> *V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;*
> *VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.*

Importante consignar que o credenciamento é uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, IV da Lei 14.133/2021.

> *Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:*
> *IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;*

21.3. PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação é um procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto.

Está disciplinada no art. 80 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:*
> *I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;*
> *II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.*
> *§ 1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte:*
> *I - quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral;*
> *II - quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.*
> *§ 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.*
> *§ 3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:*
> *I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;*
> *II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.*
> *§ 4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.*
> *§ 5º Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.*
> *§ 6º A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.*
> *§ 7º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.*
> *§ 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:*
> *I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;*

> *II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.*
> *§ 9º Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público.*
> *§ 10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.*

21.4. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)

Previsto no art. 81 da Lei 14.133/202. O PMI já era realidade nos casos de concessão tradicional de serviços públicos e nas PPP's.

> *Art. 81 A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.*
> *§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.*
> *§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no **caput** deste artigo:*
> *I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;*
> *II - não obrigará o poder público a realizar licitação;*
> *III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;*
> *IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.*
> *§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o **caput** deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.*
> *§ 4º O procedimento previsto no **caput** deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.*

21.5. SRP – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Consiste em um conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras.

A Lei 14.133/2021 ampliou a atuação do SRP, permitindo sua utilização para locação.

Importante destacar que o SRP possui três órgãos importantes, são eles:

Órgão ou entidade gerenciadora	Órgão ou entidade participante	Órgão ou entidade não participante
Órgão ou entidade da Administração pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente (art. 6º XLVII).	Órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais de contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços (art. 6º, XLVIII)	Órgão ou entidade da Administração pública que não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços (art. 6º, XLIX)

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;
II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
III - a possibilidade de prever preços diferentes:
a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
d) por outros motivos justificados no processo;
IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
VI - as condições para alteração de preços registrados;
VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.
§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e

econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital.
§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.
§ 3º É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações:
I - quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;
II - no caso de alimento perecível;
III - no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.
§ 4º Nas situações referidas no § 3º deste artigo, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.
§ 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:
I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;
II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;
III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;
IV - atualização periódica dos preços registrados;
V - definição do período de validade do registro de preços;
VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.
§ 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

No artigo 86, §2º da Lei 14.133/2021, há a previsão da chamada “licitação carona”.

Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.
(...)
§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no caput deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:
I - apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
II - demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei;
III - prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

O limite individual, isto é, por órgão ou entidade, não poderão exceder 50% dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de preços para o órgão gerenciados e para os órgãos participantes.

No que diz respeito ao limite global, o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, o dobro do quantitativo de cada item registrado, na ata de registro de preços para o órgão gerenciados e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Para a aquisição emergencial de medicamentos e material de insumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da saúde não estará sujeita ao limite global.

Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

21.6. REGISTRO CADASTRAL

Está previsto no art. 87 da Lei 14.133/2021, trata-se de procedimento prévio à licitação no qual a Administração permite o cadastramento, com a apresentação de documentos de habilitação, de interessados na futura licitação.

Corresponde à fase de habilitação.

Os interessados (ainda não são licitantes), antes de aberto o certame, apresentam os documentos de habilitação para serem cadastrados perante determinado órgão ou entidade administrativa.

> *Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.*
> *§ 1º O sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.*
> *§ 2º É proibida a exigência, pelo órgão ou entidade licitante, de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos.*
> *§ 3º A Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.*
> *§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º deste artigo, será admitido fornecedor que realize seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas.*
>
> *Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.*

§ 1º O inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.
§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.
§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.
§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.
§ 5º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas por esta Lei ou por regulamento.
*§ 6º O interessado que requerer o cadastro na forma do **caput** deste artigo poderá participar de processo licitatório até a decisão da Administração, e a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado referido no § 2º deste artigo.*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021)

1. VISÃO GERAL

A Lei 14.133/2021 manteve algumas características dos contratos administrativos que havia na Lei 8.666/93, a exemplo das cláusulas exorbitantes. Inovou em relação à repartição de riscos, às garantias.

2. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratados administrativos regem-se, predominantemente, por um regime jurídico de direito público. Aplicam-se, supletivamente, as normas de direito privado, nos casos de lacuna ou omissão.

Neste sentido, o art. 89 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*
> *§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.*
> *§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.*

Salienta-se que o Poder Público também irá celebrar contratos privados, a exemplo de um contrato de locação, de um contrato de seguro. O que difere um contrato administrativo de um contrato privado, basicamente, por dois critérios:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	CONTRATOS PRIVADOS
Relação jurídica verticalizada, há um desequilíbrio contratual, a Administração Pública possui prerrogativas	Relação jurídica horizontal, há um equilíbrio entre o Poder Público e o particular.
Regidos pelo direito público.	Regidos pelo direito privado, predominantemente.

A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo (poderá ser prorrogado, uma vez, por igual período) e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

Caso nenhum dos licitantes aceitar a contratação, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:

- Convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;

- Adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Importante consignar que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante, salvo no caso dos licitantes remanescentes. .

Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual. Na Lei 8.666/93 era caso de dispensa de licitação, o que tecnicamente era incorreto, tendo em vista que a licitação havia sido realizada.

Atenção para o art. 91 da Lei 14.133/2021:

> *Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.*
> *§ 1º Será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação.*
> *§ 2º Contratos relativos a direitos reais sobre imóveis serão formalizados por escritura pública lavrada em notas de tabelião, cujo teor deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.*
> *§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.*
> *§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.*

São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

- o objeto e seus elementos característicos;

- a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

- a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

- o regime de execução ou a forma de fornecimento;

- o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

- os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

- os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

- o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

- a matriz de risco, quando for o caso;

- o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

- o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

- as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

- o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

- os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

- as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

- a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

- o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

- os casos de extinção.

Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

- licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

- contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

- aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos. Nos contratos de serviços contínuos, observado o prazo de um ano, o critério de reajustamento de preços será por:

- reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

- repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de um mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.

> *Art. 135, § 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.*

Obs.: O serviço contínuo com regime de dedicação exclusiva de mão de obra é aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: vinte dias úteis, no caso de licitação e dez dias úteis, no caso de contratação direta, salvo nos casos de contratos celebrados em caso de urgência que terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos mencionados, sob pena de nulidade.

Além disso, o instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

- dispensa de licitação em razão de valor;
- compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

Por fim, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00.

3. GARANTIAS

A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

- Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;
- Seguro-garantia;

> *Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:*
> *I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;*
> *II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.*
> *Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.*

> *Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia (performance Bond) e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:*
> *I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:*
> *a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;*
> *b) acompanhar a execução do contrato principal;*
> *c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;*
> *d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;*
> *II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;*
> *III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.*
> *Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:*
> *I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;*
> *II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.*

- Fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.

Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto (valor superior a R$ 200.000.000,00), poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, em percentual equivalente a até 30% do valor inicial do contrato.

Além disso, nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos referidos percentuais.

Atenção para os arts. 100, 101 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 100. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.*
> *Art. 101. Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.*

4. ALOCAÇÃO DE RISCOS

A alocação de risco dos contratos administrativos está prevista no art. 103 da Lei 14.133/2021. Embora não estivesse prevista na Lei 8.666/93, a doutrina entendia que não havia impedimento para o seu uso, tendo em vista que é um tema inerente aos contratos, mesmo que intuitivamente. Ademais, a alocação de riscos estava prevista na Lei das PPP's, na Lei das Estatais e na Lei do RDC.

> *Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.*
> *§ 1º A alocação de riscos de que trata o **caput** deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.*
> *§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.*
> *§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.*
> *§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.*
> *§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:*
> *I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei;*
> *II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.*
> *§ 6º Na alocação de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários à sua identificação, alocação e quantificação financeira.*

A matriz de riscos é uma cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- Listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

- No caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

- No caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

5. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Estão disciplinadas no art. 104 da nova Lei de Licitações, que manteve o rol previsto na Lei 8.666/93 (art. 58), fazendo um detalhamento maior.

> *Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:*
> *I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*
> *II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;*
> *III - fiscalizar sua execução;*
> *IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*
> *V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:*
> *a) risco à prestação de serviços essenciais;*
> *b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.*
> *§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*
> *§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

5.1. ALTERAÇÃO DO CONTRATO

A possibilidade de alteração dos contratos está disciplinada a partir do art. 124 da Lei 14.133/2021 (equivale ao art. 65 da Lei 8.666/93), podendo ser feita de forma unilateral ou bilateral.

> *Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
> *I - unilateralmente pela Administração:*
> *a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;*
> *b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*
> *II - por acordo entre as partes:*
> *a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
> *b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*

> *c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*
> *d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.*
> *§ 1º Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração.*
> *§ 2º Será aplicado o disposto na alínea "d" do inciso II do **caput** deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.*
> *Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).*
> *Art. 126. As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.*
> *Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.*

Já havia e permanece a controvérsia sobre se os limites percentuais devem incidir apenas nas contratações de quantidade ou nas qualitativas.

1ª C – entende que só devem ser respeitados os limites quando houver alterações de quantidade. Para as alterações qualitativas não limite algum.

2ª C – os limites devem ser aplicados tanto para alterações qualitativas quanto quantitativas.

5.2. EXTINÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

Está disciplinada no art. 139 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:*
> *I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;*
> *II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;*

III - execução da garantia contratual para:
a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;
b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;
c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;
d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;
IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.
*§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do **caput** deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.*
*§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso.*

5.3. FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO

A execução do contrato está prevista no art. 115 da Lei 14.133/2021.

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.
§ 1º É proibido à Administração retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante.
§ 4º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.
§ 5º Em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.
§ 6º Nas contratações de obras, verificada a ocorrência do disposto no § 5º deste artigo por mais de 1 (um) mês, a Administração deverá divulgar, em sítio eletrônico oficial e em placa a ser afixada em local da obra de fácil visualização pelos cidadãos, aviso público de obra paralisada, com o motivo e o responsável pela inexecução temporária do objeto do contrato e a data prevista para o reinício da sua execução.
§ 7º Os textos com as informações de que trata o § 6º deste artigo deverão ser elaborados pela Administração.

No caso do § 5º, o cronograma será prorrogado independentemente de aditivo no contrato.

A figura do fiscal do contrato está prevista no art. 117 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.*
> *§ 1º O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.*
> *§ 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.*
> *§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.*
> *§ 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:*
> *I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;*
> *II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.*

ATENÇÃO! O terceiro não poderá exercer a função própria e exclusiva de fiscal.

As obrigações do contratado na execução do contrato estão previstas nos arts. 119 e 120 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 119. O contratado será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.*
> *Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.*

As obrigações do contratado na execução do contrato podem ser observadas pela leitura do art. 121 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*
> *§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.*
> *§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos*

> *encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.*
> *§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:*
> *I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;*
> *II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;*
> *III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;*
> *IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;*
> *V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.*
> *§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.*
> *§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*

Os parágrafos 1º e 2º do art. 121 são novidades trazidas pela Lei 14.133/2021, visam proteger a Administração Pública. Ainda, no parágrafo 2º do art. 121, a Lei 14.133/2021 aderiu ao posicionamento do STF e do TST sobre o assunto.

No parágrafo 3º, estão previstas medidas acautelatórias que a Administração Pública poderá adotar para se livrar da responsabilidade subsidiária.

Por fim, no art. 116 da Lei 14.133/2021, estão previstas as hipóteses de reservas de cargos. Trata-se de uma preocupação da nova lei com a ideia da função regulatória da licitação.

> *Art. 116. Ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas.*
> *Parágrafo único. Sempre que solicitado pela Administração, o contratado deverá comprovar o cumprimento da reserva de cargos a que se refere o caput deste artigo, com a indicação dos empregados que preencherem as referidas vagas.*

5.4. APLICAÇÃO DE SANÇÕES

A aplicação de sanção é fruto do poder disciplinar, está disciplinada no art. 156, da Lei 14.133/2021.

> *Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:*
> *I - advertência;*

> *II - multa;*
> *III - impedimento de licitar e contratar;*
> *IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.*

Iremos detalhar abaixo.

5.5. OCUPAÇÃO PROVISÓRIA

A ocupação provisória está prevista no art. 104, V, "a" e "b" da Lei 14.133/2021.

> *Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:*
> *(...)*
> *V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:*
> *a) risco à prestação de serviços essenciais;*
> *b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.*

5.6. APLICAÇÃO DIFERIDA DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Há previsão no art. 137, §2º da Lei 14.133/2021.

> *Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:*
> *(...)*
> *§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:*
> *I - supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;*
> *II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;*
> *III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;*
> *IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;*
> *V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.*

A exceção do contrato não cumprido consiste no fato da parte que não cumprir a sua obrigação no contrato não poder exigir da outra parte que a cumpra.

É considerada cláusula exorbitante por ter a sua aplicação diferida, postergada.

No caso do inciso IV, o prazo previsto na Lei 8.666/93 era de até noventa dias.

6. DURAÇÃO DO CONTRATO

6.1. PREVISÃO LEGAL

Está prevista nos arts. 105 a 114 da Lei 14.133/2021.

> *Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.*
> *Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:*
> *I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;*
> *II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;*
> *III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.*
> *§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.*
> *§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.*
> *Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.*
> *Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas "f" e "g" do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do **caput** do art. 75 desta Lei.*
> *Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.*
> *Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:*
> *I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;*
> *II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que*

serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.
Art. 111. Na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.
Parágrafo único. Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado:
I - o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;
II - a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.
Art. 112. Os prazos contratuais previstos nesta Lei não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial.
Art. 113. O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei.
Art. 114. O contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

Prazo nada mais é do que o período, estabelecido pelas partes envolvidas nos ajustes, fixado para que o objeto do contrato seja executado. Ao fixar o prazo, a Administração Pública leva em consideração suas necessidades e o custo da execução, devendo ter uma noção desde a etapa de planejamento (termo de referência e projeto básico)

6.2. CONTRATOS POR PRAZO CERTO x CONTRATOS POR ESCOPO

A nova Lei de Licitações positivou a distinção, encontrada na doutrina e na jurisprudência, entre contrato por prazo certo e contrato por escopo.

CONTRATO POR ESCOPO	CONTRATO POR PRAZO CERTO
Impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto	Impõe ao contratado um prazo específico para a execução do contrato.
O prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato. O contrato só será finalizado quando com a entrega do objeto (função moratória)	O prazo é fundamental para caracterizar as obrigações da contratada. Em outras palavras, fixa o limite em que o contrato terá a sua vigência. Findo o prazo, o contrato será extinto.
Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado: I - o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas; II - a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas	

admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.	

6.3. REGRA GERAL

Em regra, os contratos terão prazo determinado dentro dos limites fixados pela lei, nos termos do art. 105 da Nova Lei de Licitações. Ao final do prazo, não havendo prorrogação, o contrato será extinto ou reajustado.

> *Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.*

A previsão do art. 105 da Lei 14.133/2021 não difere muito da previsão do art. 57 da Lei 8.666/93 que vincula a duração dos contratos a disponibilidade dos créditos orçamentários. Trata-se de decorrência lógica da previsão 167 da CF.

Contudo, permanece a dificuldade que já ocorria em relação à interpretação do art. 57 da Lei 8.666/93, em que parte da doutrina, em uma interpretação literal, defendia a extinção do contrato administrativo com o termino do exercício financeiro. Por outro lado, há doutrinadores que sustentam que a duração dos contratos, embora vinculada ao exercício financeiro, não haveria óbice para que ultrapasse, desde que houvesse previsão de créditos orçamentários suficientes, nesse sentido a Orientação 39 da AGU.

Portanto, EM REGRA, os contratos administrativos terão prazo de um ano. Quando o objeto contratual tiver previsão no plano plurianual, os contratos poderão ultrapassar um ano.

6.4. PRAZOS DIFERENCIADOS

Variam de acordo com o objeto a ser contratado.

- Prazo de cinco anos – casos em que o objeto do contrato for um serviço ou fornecimento contínuo (serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas)

> *Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo **de até 5 (cinco) anos** nas hipóteses de **serviços e fornecimentos contínuos**, observadas as seguintes diretrizes:*
> *I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;*
> *II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;*
> *III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.*

*§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.*
§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

- Prazo de até 10 anos, nos casos de:
    - bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
    - materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
    - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
    - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
    - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia
    - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
    - Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, nos contratos sem investimento.

- Prazo máximo de 15 anos - contrato que previr a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação

- Prazo indeterminado - contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação

- Prazo de até 35 anos - na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato

7. EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A extinção do contrato poderá ser:

- Determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta.

  É necessária a autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo

- Consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

  Aqui também será necessária a necessária a autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo

- Determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial. Trata-se de uma novidade em relação à Lei 8.666/93, mas que positivou o entendimento da jurisprudência.

Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a devolução da garanti, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção e ao pagamento do custo da desmobilização.

O art. 137 da Lei 14.133/2021 determina que constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

- Não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícia ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

- Desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

- Alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

- Decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

- Caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

- Atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

- Atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

- Razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

- Não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

- Supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;

- Suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

- Repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

- Atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

- Não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

As hipóteses de extinção por suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses, de repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis ou de atraso superior a 2 (dois) meses, observarão as seguintes disposições:

- não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

- assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea "d" do inciso II do caput do art. 124 desta Lei.

8. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A Lei 14.133/2021 (art. 151), ao contrário da Lei 8.666/93, trata de forma expressa dos meios alternativos de resolução de controvérsias, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e do comitê de resolução de disputas.

> *Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*
> *Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.*

O rol do art. 151 é exemplificativo, é possível, por exemplo, negociação entre as partes.

8.1. ARBITRAGEM

A utilização da arbitragem pela Administração Pública encontra previsão legal no artigo 1º, §1º da Lei 9.307/96.

> *Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*
> *§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

A autoridade ou o órgão competente da Administração Púbica direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Percebe-se, ainda, que as questões que podem ser submetidas à arbitragem referem-se às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

O art. 152 da Lei 14.133/2021 trata da arbitragem, vedando que ela seja utilizada por equidade.

> *Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.*

A mesma disposição está prevista no artigo 2º, §3º da Lei de Arbitragem.

> *Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.*
> *(...)*
> *§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Já no compromisso arbitral, não havendo acordo prévio sob re a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção e dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

É a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

8.2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação é forma alternativa de resolução de conflitos disciplinada pela Lei 13.140/2015.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, a mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. O mediador não tem poder decisório.

Na mediação, há vínculo anterior entre as partes.

Por outro lado, a conciliação consiste em meio alternativo de controvérsias, na qual o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

8.3. COMITÊ DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O comitê de resolução de disputas ou o *dispute board* (DB) é um mecanismo alternativo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos, especialmente com relação a contratos de longa duração, notadamente os contratos de infraestrutura e de inovação científica e tecnológica.

O DB é formado por um comitê composto por profissionais especialistas e independentes, nomeados para acompanharem a execução contratual, desde o início ou nos momentos mais críticos do projeto, e sugerirem/decidirem soluções às eventuais controvérsias técnicas que possam surgir ao longo da execução contratual.

Quanto à composição dos membros do comitê, a prática contratual normalmente adota a formação por três membros, cada parte contratante indicando um dos componentes. Os dois indicados, então, nomeiam um terceiro membro.

Dessa forma, o *dispute board* proporciona uma espécie de gerenciamento que previne o acirramento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações entre as partes envolvidas.

A adoção pelo comitê de resolução de disputas gera vantagens na execução contratual, que podem ser resumidas em fatos qualitativo das manifestações, diminuição da litigiosidade nos contratos, celeridade na resolução de conflitos, integração de contratos incompletos visando a redução e incertezas e redução de custos se comparado à arbitragem.

Pode ser dividido em três categorias tratadas pela doutrina especializada e visualizadas na prática de seu manejo contratual, quais sejam: recomendatória, adjudicatória e a mista.

- No DB recomendatório, os comitês fazem recomendações e são chamados de *dispute review boards* – DRB.
- No DB adjudicatório, os comitês irão tomar decisões e são chamados de *dispute adjudication boards* – DAB.
- O DB misto é aquele que terá ambas as funções, sendo, portanto, chamado de *combined dispute boards* – CDB.

Por fim, de acordo com o art. 154 da Lei 14.133/2021, o processo de escolha dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

9. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

De acordo com o art. 120 da Lei 14.133/2021, o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

Tal previsão assemelha-se com o art. 70 da Lei 8.666/93, que exigiu a dolo ou culpa para a responsabilidade civil. A nova Lei de Licitações não mais menciona as expressões “dolo” ou “culpa”, em razão disso parcela da doutrina começa a defender que a responsabilidade será objetiva.

Por outro lado, há doutrinadores que discordam da tese de responsabilidade objetivo, primeiro porque a responsabilidade objetiva depende de expressa previsão legal (o que não ocorre). Portanto, ainda permanece a responsabilidade subjetiva.

O art. 121 da Lei 14.133/2021 consagra a responsabilidade do contratado em relação aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes do contrato. Houve a incorporação da interpretação, já consagrada no STF, acerca dos encargos trabalhistas.

> *Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*
> *§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.*
> *§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.*
> *§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:*
> *I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;*
> *II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;*
> *III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;*
> *IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;*
> *V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.*
> *§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.*
> *§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*

10. INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A Lei 14.133/2021 tratou de forma mais clara e detalhada as infrações que o contratado pode cometer e, na sequencias, as sanções. Correlacionada infrações e sanções, o que traz uma segurança jurídica maior ao direito sancionador.

10.1. INFRAÇÕES

O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- dar causa à inexecução parcial do contrato;

- dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- dar causa à inexecução total do contrato;
- deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

> *Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º , que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*
> *I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;*
> *II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;*
> *III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;*
> *IV - no tocante a licitações e contratos:*
> *a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;*
> *b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;*
> *c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;*
> *d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;*
> *e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;*
> *f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração*

pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.
§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.
§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.
§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

10.2. SANÇÕES

Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas na Lei 14.133/2021, levando em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, os danos que dela provierem para a Administração Pública e a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle, as seguintes sanções:

- advertência;
- multa;
- impedimento de licitar e contratar;
- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

10.2.1. Advertência

Será aplicada exclusivamente nos casos de dar causa à inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

10.2.2. Multa

A multa será calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 da Nova Lei de Licitações.

Além disso, a multa poderá ser cumulada com a aplicação das sanções de advertência, impedimento de licitar e contratar e com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

O interessado, caso deseje, poderá interpor defesa no prazo de 15 dias, contado da data em que foi intimado.

Por fim, se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

10.2.3. Impedimento de licitar e de contratar

A sanção de impedimento de licitar será aplicada nos casos das seguintes infrações administrativas:

- dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- dar causa à inexecução total do contrato;
- deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

A aplicação da referida sanção somente ocorrerá quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 anos (era de máximo de 2 anos).

Obs.: Na Lei 8.666/93 havia divergência sobre se aplicação da sanção impediria o contratado de licitar em todo território nacional ou em apenas no território no qual foi sancionado. 1ª C - a sanção só valeria para o ente sancionador, tendo o contratado a liberdade de licitar com outro ente. 2ª C - na suspenção do poder de licitar só era com o ente sancionador, enquanto a declaração de inidoneidade seria mais severa, por isso o contratado não poderia participar de nenhuma contratação ou licitação com qualquer ente. 3ª C - sustenta efeitos extensivos dizendo que a empresa contratada não poderia participar de nenhuma contratação ou licitação no período que estivesse sancionada em qualquer tese.

A nova Lei de Licitação afastou o entendimento majoritário do STJ e aplicou a segunda corrente de forma literal nos parágrafos §4º e §5º. Precedendo sua aplicação a um processo administrativo.

Salienta-se que o impedimento de licitar e contratar deverá ser precedido de análise jurídica, observado:

- Quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada

por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

- Quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

10.2.4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar

A declaração de inidoneidade será aplicada para as seguintes infrações administrativas:

- apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Além disso, a declaração de inidoneidade será aplicada quando justificar a imposição de penalidade mais grave que a sanção de impedimento de licitar e contratar (para os casos em que é prevista), e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 anos (2 anos na Lei 8.666/93) e máximo de 6 anos (a Lei 8.666/93 não trazia prazo máximo).

10.3. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE RESPONSABILIZAÇÃO

A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar, nos termos do art. 158 da Lei 14.133/2021, requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

Transcorrido 5 anos, contado da ciência da infração pela Administração, sem que ocorra a instauração do processo de responsabilização, haverá a prescrição que será:

- interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;
- suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;
- suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

A Lei 8.666/93 não estabelecia de maneira literal prazo prescricional para aplicação das sanções.

10.4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

10.5. REABILITAÇÃO

É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

- reparação integral do dano causado à Administração Pública;
- pagamento da multa;
- transcurso do prazo mínimo de 1 ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;
- cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;
- análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

A sanção pelas infrações de apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e de praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

11. CONTROLE

A Lei 14.133/2021 demostra uma grande preocupação com ss regras de controle sobre a execução dos contratos.

> *Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:*

> *I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;*
> *II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;*
> *III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.*
> *§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o **caput** deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.*
> *§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.*
> *§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do **caput** deste artigo observarão o seguinte:*
> *I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;*
> *II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.*

Salienta-se que diferente da antiga Lei 8.666/93, a Lei 14.133/2021 tem como maior objetivo trazer saneamento dos conflitos, na medida em que oferece a Administração Pública mecanismo para prevenção e fiscalização de possíveis conflitos que poderão surgir.

Atenção para os seguintes artigos:

> *Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.*
> *§ 1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.*
> *§ 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação.*

§ 3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.
§ 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:
I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;
II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;
III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.
§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:
I - as causas da ordem de suspensão;
II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.
§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:
I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;
II - prestar todas as informações cabíveis;
III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.
§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.
§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

Art. 172. (VETADO).

Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados

públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

12. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)

Trata-se de uma novidade trazida pela nova Lei de Licitações, concentrará todas as informações sobre a contratação e licitação dos órgãos.

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:
I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.
§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:
I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.
§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:
I - planos de contratação anuais;
II - catálogos eletrônicos de padronização;
III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
IV - atas de registro de preços;
V - contratos e termos aditivos;
VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.
§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:
I - sistema de registro cadastral unificado;
II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;
IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;
*b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do **caput** do art. 19 desta Lei;*

c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;
d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.
§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.
§ 5º (VETADO).
Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.
§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.
§ 2º Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.
Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:
*I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput** do art. 8º desta Lei;*
II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;
III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.
*Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão:*
I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;
II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

ANTIGA LEI DE LICITAÇÃO: LEI 8.666/93

1. PREVISÃO LEGAL

a) Lei 8.666/93 (licitações e contratos);

b) Lei 10.520/02 (pregão);

c) Lei 8987/95 (contratos);

d) Lei 11.079 (PPP).

e) Lei 12.232/10 (disciplina licitação sobre serviço de publicidade – é uma norma geral);

2. CONCEITO

Trata-se de um **processo administrativo** que legitima e fundamenta a celebração de um contrato administrativo, através da apresentação de diversas propostas de contrato a fim de possibilitar à Administração optar pela mais vantajosa. Lembrando que processo administrativo é requisito de forma do ato.

Licitação é um procedimento de escolha da melhor proposta (a mais vantajosa para o poder público); não necessariamente a mais barata.

A licitação tem fundamento no **princípio da impessoalidade** da Administração Pública, vale dizer, a escolha do contratado não pode ser feita de maneira subjetiva. É a ideia de dar a oportunidade para que qualquer um que preencha os requisitos possa ganhar a licitação e contratar com o poder público. O objetivo aqui é afastar a ideia de o Estado contratar sempre com os mesmos indivíduos.

A licitação é um **procedimento vinculado**, ou seja, fixadas suas regras, cumpre ao administrador cumpri-las fielmente.

3. SUJEITOS À LICITAÇÃO

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL

Os sujeitos à licitação estão enumerados no art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93 (Art. 1º, II da Lei 14.133/2021).

> ***Lei 8.666 Art. 1º,*** *Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Vale, aqui, dizer que a referida lei é a que estabelece a normativa geral de licitações em nosso ordenamento, editada em conformidade com o art. 22 XXVII da CF/88.

> *CF Art. 22. Compete privativamente à UNIÃO legislar sobre:*
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Estão sujeitos ao procedimento licitatório:

a) Administração direta: União, estados, DF e municípios.

b) Administração indireta: Autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

c) Fundos especiais.

d) Demais entes controlados direta ou indiretamente pelo poder público.

3.2. AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

São pessoas jurídicas de direito privado, com finalidade de prestar serviços públicos ou exploração de atividade econômica. Possuem um regime jurídico híbrido, que varia conforme a finalidade do ente.

Se for um regime mais público do que privado, ela fica sujeita à Lei 8.666, sem dúvidas.

No entanto, a CF (art. 173) prevê que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica ***serão*** regidas por lei específica (Lei 13.303/2016) que criou estatuto próprio que trata, entre outras coisas, de licitação.

> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*
> *III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*

3.3. OS "FUNDOS ESPECIAIS"

A sua menção na lei é imprópria, pois além de não ter personalidade jurídica, trata-se de recursos destinados para fins especiais que ficam sempre vinculados a um órgão público da administração direta. Exemplo: Fundo especial para ajudar pequenos produtores de leite. O Fundo especial pode ser ainda um código na lei orçamentária, sem existência enquanto estrutura física. É um simples número orçamentário, que sequer tem condições de licitar.

*Existe fundo especial com natureza de fundação → estaria então na administração indireta.

3.4. OS "DEMAIS ENTES CONTROLADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELO PODER PÚBLICO"

Tais como os Sistemas S, Organizações sociais (OS), OSCIP.

DICA: Para saber se o ente é controlado ou não, precisa saber se recebe dinheiro público, razão pela qual terá controle pelo Tribunal de Contas. Tendo controle pelo TC, está abrangido pela Lei 8.666/93.

4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

CF/88: O Art. 22, XXVII dispõe que compete **PRIVATIVAMENTE** à União a edição **de normas gerais** sobre licitações e aos demais entes federativos compete a edição de *normas específicas*.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *XXVII - **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Competência privativa admite delegação (Art. 22, §único).

> *Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

A Lei reguladora (norma geral) de licitações e contratos é a Lei 8.666/93 (Estatuto Geral das Licitações). Além da Lei 8.666, vale fazer menção a outras leis, também de caráter geral, que trazem algumas peculiaridades em relação ao estatuto. Trata-se da Lei 10.520/2002 (pregão), Lei 8.987/95 (contratos), Lei 11.079/04 (PPP).

Todas são leis de âmbito nacional, ou seja, aplicam-se a todos os entes federativos (e não leis de âmbito federal).

Pode a União legislar sobre normas federais, o estado sobre normas estaduais? SIM. No que se referem a normas específicas, podem os entes legislar, no entanto, a lei estadual ou municipal só terá aplicação no âmbito do ente político que a editou.

Exemplo da Lei da Bahia, que inverteu o procedimento licitatório.

Seria constitucional uma lei estadual que inverte o procedimento, vale dizer, lei que inverte procedimento é geral ou específica?

A Lei 8.666 seria uma norma geral? STF diz que sim, embora em alguns artigos traga normas específicas (muitos detalhes). Essa discussão foi levada ao STF (ADI 927).

O STF então deu *interpretação conforme* a algumas alíneas do art. 17, para considerá-las constitucionais quando interpretado como **norma específica do âmbito federal** (serve para quem legislou), não se aplicando aos demais entes.

A decisão se referiu somente a esse artigo, especificamente a algumas alíneas. No entanto, nenhum ente até hoje regulou essa matéria.

Na verdade, outros dispositivos da lei poderiam sofrer essa análise, entretanto, somente o art. 17 foi objeto de análise.

> *Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: [...]*

As leis mais modernas sobre o tema já têm sido divididas entre normas gerais e normas específicas.

5. OBJETO DA LICITAÇÃO

OBJETO IMEDIATO é a seleção da proposta mais vantajosa apta a satisfazer o interesse público.

OBJETO MEDIATO é a obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação, prestação de serviço público. Tudo a ser realizado por particulares através de uma contratação formal.

5. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Além dos princípios que regem a Administração Pública, podemos citar mais alguns como princípios específicos do processo licitatório:

Princípios explícitos no texto do Estatuto:

- Legalidade;

- Impessoalidade;

- Moralidade;

- Igualdade;

- Publicidade;

- Probidade administrativa;

- Vinculação ao instrumento convocatório;

- Julgamento objetivo.

Princípios correlatos:

- Competitividade;

- Sigilo das propostas;

- Formalismo procedimental;

- Adjudicação compulsória.

5.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O procedimento licitatório deve ser realizado nos termos exatos em que é na Lei.

> *Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*
> *Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.*

5.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Não pode haver benefícios ou discriminações em face do concorrente A ou B. Todos devem ser tratados objetivamente.

5.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como toda atividade administrativa, o procedimento licitatório deve ser conduzido pela eticidade e lealdade. Celso Antônio defende que o dever de moralidade também se aplica aos licitantes.

5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os interessados em contratar devem competir em igualdade de condições (desde que preencham os requisitos) e o julgamento das propostas deve ser isento de subjetividades. Nesse sentido, o §1º do art. 3 do Estatuto*, in verbis*:

> *Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*
> *§ 1o É vedado aos agentes públicos:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;*
> *II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.*
> *§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:*
> *II - Produzidos no País;*
> *III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.*
> *IV - Produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.*
> *V - Produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.*
> *§ 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.*
> *§ 5o Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:*
> *I - Produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e*

II - Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.
§ 6o A margem de preferência de que trata o § 5o será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:
I - Geração de emprego e renda;
II - Efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
IV - Custo adicional dos produtos e serviços; e
V - Em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.
§ 7o Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5o.
§ 8o As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5o e 7o, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.
§ 9o As disposições contidas nos §§ 5o e 7o deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:
I - À quantidade a ser adquirida ou contratada; ou
II - Ao quantitativo fixado com fundamento no § 7o do art. 23 desta Lei, quando for o caso.
§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.
§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.
§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.
§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5o, 7o, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.
§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.
§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

5.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos devem ser públicos a fim de possibilitar uma maior participação de concorrentes (e consequentemente uma proposta mais vantajosa) além de darem transparência ao procedimento, possibilitando o controle tanto dos participantes quanto dos administrados.

5.6. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os Administradores devem atuar com honestidade, hombridade, boa-fé, tanto para com os licitantes como para com a própria Administração, a fim de garantir um processo efetivo e vantajoso ao interesse público.

5.7. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

As regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente cumpridas. Em regra, o instrumento convocatório é o edital de convocação, ressalvada a modalidade convite, em que o instrumento convocatório da licitação é a carta-convite.

> ***Art. 45**. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle**.*

Diz-se que o **edital é a lei da licitação**, ou seja, tudo de relevante para o procedimento licitatório, todas as regras devem estar previstas no edital.

Uma vez que o edital é a lei do procedimento, o administrador não pode exigir nem mais nem menos daquilo que está previsto no edital. O não cumprimento das regras do edital torna o procedimento inválido, sendo passível de correção administrativa ou judicial.

Exemplo: Administração pública edital com requisito: certidão do órgão de classe. Se nenhum dos concorrentes preenche o requisito, e se a administração acaba concluindo pela desnecessidade do requisito, pode dispensar o requisito?

Não pode. Pelo princípio da vinculação ao edital, pelo princípio da isonomia (imagine aqueles que não entraram na concorrência por não preencher o requisito), e em última análise pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, visto que no caso não estaria sendo escolhida a melhor proposta.

A alteração do edital até é possível, mas apenas como exceção, e cumprindo as seguintes obrigações:

- Divulgar a modificação pela mesma forma que divulgou o edital original.

- Reabrir o prazo estabelecido no início, salvo quando a alteração não afetar a formulação de propostas.

5.8. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

É um princípio corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 45 do Estatuto, *in verbis*:

> ***Art. 45***. ***O julgamento das propostas será objetivo***, *devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

O julgamento da melhor proposta deve levar em conta o tipo de licitação prevista no edital, assim como todos os critérios e fatores nele dispostos.

Em outras palavras, o julgamento da proposta não pode ser discricionário, baseado em elementos estranhos ao instrumento convocatório, ou levando em consideração um critério de seleção diverso daquele previamente exposto no edital.

OBS1: tipo de licitação é o critério a ser utilizado na escolha da proposta.

Exemplo: Licitação do tipo menor preço. O concorrente A cobre o preço de 1mil. O concorrente B cobre um centavo a mais, mas dá um milhão de vantagens não pertinentes ao preço. NÃO pode a Administração escolher a proposta B, pois o critério previamente estabelecido no edital era o menor preço.

OBS2: Tipo # modalidade: MODALIDADE é pregão, consulta, concurso. TIPO é menor preço ou técnica e preço/técnica. Os tipos estão no art. 45 da lei 8666.

> *Art. 45 § 1o Para os efeitos deste artigo, constituem TIPOS DE LICITAÇÃO, exceto na modalidade concurso:*
> *I - A de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;*
> *II - A de melhor técnica;*
> *III - a de técnica e preço.*
> *IV - A de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.*

5.9. PRINCÍPIO DO SIGILO DE PROPOSTA

As propostas devem ser entregues em envelopes lacrados e assim permanecer até o momento de sua abertura em seção pública (art. 43, §1º)

> *Art. 43, § 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.*

Ninguém além do próprio licitante pode ter conhecimento da proposta, vale dizer, nem os demais licitantes, nem a Administração.

Exceção ao envelope lacrado: **Leilão**. No leilão não há preocupação quanto ao sigilo de proposta.

OBS: **Pregão** não é exceção. Pregão tem proposta escrita, só depois há lances verbais.

A conduta de fraude ao sigilo de proposta configura improbidade administrativa (Lei 8.429/92), aplicável tanto ao agente da comissão quanto ao licitante infrator, sem prejuízo das sanções penais previstas para os crimes de licitação previstas no próprio Estatuto.

5.10. PRINCÍPIO DO FORMALISMO PROCEDIMENTAL

O procedimento de licitação deve obedecer às formalidades previstas na Lei 8.666/93. No entanto, o STJ vem ***mitigando esse princípio*** em situações específicas, sustentando que a formalidade imprescindível deve ser aquela que, em não sendo observada, pode gerar algum dano à Administração ou aos licitantes.

As formalidades devem ser **necessárias**. Como saber se a formalidade é necessária? Temos de pensar se a modalidade causa prejuízo no caso da não observância.

O princípio do formalismo implica algumas vedações ao Administrador: Não pode inventar novas modalidades de licitação; não pode juntar modalidades; não pode criar nova fase do procedimento. Em suma, não pode modificar as regras procedimentais previstas na Lei.

5.11. PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO OBRIGATÓRIA

O licitante vencedor deve ser aquele escolhido para a celebração do contrato, não podendo ser preterido em benefício de outro concorrente. Pelo mesmo princípio, finalizado um procedimento licitatório (com a homologação da adjudicação), não é possível que a Administração faça um novo procedimento sem que tenha contratado com o vencedor do certame finalizado.

OBS: Esse princípio não obriga a Administração a contratar com o vencedor; apenas garante sua posição preferencial no momento da celebração do contrato.

6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Aqui, tivemos alterações significativas que já foram mencionadas acima.

6.1. PREVISÃO LEGAL

Art. 22 da Lei 8.666/93.

> *Art. 22. São **MODALIDADES** de licitação:*
> *I - Concorrência;*
> *II - Tomada de preços;*
> *III - convite;*
> *IV - Concurso;*
> *V - Leilão.*
> *(pregão também, mas consta em lei própria)*

Seis são as modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso e pregão (essa última não constante do Estatuto, mas de lei federal própria – Lei 10.520/02).

As **três primeiras** (concorrência, tomada de preço e convite) têm o mesmo objeto (contratação de obras, serviços e fornecimento) e são definidas conforme o **valor** do contrato, em regra.

Já as **três últimas** (concurso, leilão e pregão) não usam o valor do contrato como o parâmetro de escolha da modalidade. Em regra, usa-se como critério o **objeto** do contrato.

6.2. CONCORRÊNCIA (REGRA: QUANTO AO VALOR)

6.2.1. Conceito

É a modalidade destinada às contratações mais vultosas, exigindo por isso, maior formalismo e publicidade.

6.2.2. Regra

Como já dissemos, a concorrência é selecionada, em regra, em razão do valor do contrato. Os valores estão no art. 23, e variam de acordo com a natureza da contratação. Vejamos:

Obras e serviços de engenharia: A concorrência é obrigatória para valores **ACIMA** de 3,3 milhões de reais.

Compras e outros serviços: A concorrência é obrigatória para valores **ACIMA** de 1 milhão e 430 mil reais.

Obs.: o Decreto 9.412/18 atualizou os valores do art. 23.

OBS: No caso de consórcios públicos os valores duplicam (três entes) ou triplicam (mais de três entes).

> *8666 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*
> *I - Para obras e serviços de engenharia:*
> *c) na modalidade concorrência - acima de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e*
> *II - Para compras e serviços não referidos no inciso anterior:*
> *c) na modalidade concorrência - acima de R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).*

6.2.3. Exceções

Excepcionalmente, no entanto, a concorrência é selecionada ***em razão da natureza do contrato (objeto).*** Será obrigatória quando tratar de:

- Compra e venda de Imóveis;
- Concessão;
- Licitações internacionais (art. 23, §3º).
- "CCL".

1) ***Modalidade concorrência em razão do objeto: compra e venda de imóveis (não importa o valor – art. 19 da Lei 8.666);***

Entretanto, não se trata de regra absoluta. No caso de venda de imóvel, se ele for oriundo de decisão judicial ou dação em pagamento, poderá ser vendido também na modalidade **leilão.**

Ou seja: regra é concorrência (e aqui será excepcionalmente em razão do objeto) para compra e venda imóveis. Por Exceção, também se admite **leilão** na venda (art. 19).

> *Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de **procedimentos judiciais** ou de **dação em pagamento**, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:*
> *I - Avaliação dos bens alienáveis;*
> *II - Comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;*
> *III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade **de CONCORRÊNCIA ou LEILÃO**.*

Decisão judicial: Qualquer ordem judicial que passe a titularidade do imóvel para o poder público.

Dação em pagamento: É o pagamento de obrigação ao poder público feito através da transferência de um bem. Exemplo: Pagamento de tributo feito com a transferência de imóvel.

2) ***Modalidade concorrência em razão do objeto: concessão de serviços públicos ou de direito real de uso de bem público (Art. 2, inc. II, Lei 8987/95).***

Concessão comum ou especial (PPP's) de serviços públicos, assim como a concessão de direito real de uso de bem público precisam ser precedidas de **concorrência**.

> *Lei 8987/95 - Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:*
> *II - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*

OBS: Se os serviços estiverem no programa nacional de desestatização, excepcionalmente, poderão ser concedidos por **leilão** (ex: desestatização da telefonia). A previsão dos serviços do PND está na Lei 9.074/95.

3) Modalidade concorrência em razão do objeto: licitações internacionais (art. 23, §3º)

Regra

As licitações internacionais (que contam com a participação de empresa estrangeira) são, em regra, feitas na modalidade concorrência.

Exceção1

Excepcionalmente pode ser usada a modalidade tomada de preços, quando preenchidos dois requisitos:

1- Valor do contrato compatível com o parâmetro de valor da tomada de preços (vale dizer, se for valor superior ao que comporta a tomada não é possível);

2- Precisa ter um cadastro de empresas estrangeiras, ou seja, um banco de dados com os documentos dessas empresas estrangeiras.

Exceção2

Pode, ainda, ser usada a modalidade convite, quando preenchidos os seguintes requisitos:

1- Valor compatível com a modalidade convite;

2- Não pode existir fornecedor (do bem ou serviço) no país.

Em suma: se for compra e venda de imóveis, a regra é a concorrência SEMPRE, todavia, poderá a modalidade ser leilão se disser respeito à dação em pagamento ou decisão judicial. Se for concessão de serviços públicos ou de direito real de uso de bens públicos, a regra é a concorrência, mas poderá ser leilão se estiver no PND. No que diz respeito às licitações internacionais, a despeito da modalidade ser definida pelo objeto, acaba sendo definida também pelo valor, abarcando as outras modalidades que originalmente são definidas somente quanto ao valor (concorrência é a regra neste caso, mas pode ser tomada e convite também, de acordo com o valor e o cadastro – tomada – assim como o valor e a não existência do fornecedor – convite – no Brasil).

6.2.4. Participantes

Qualquer pessoa física ou jurídica que preencha os requisitos do instrumento convocatório pode participar da modalidade concorrência.

6.2.5. Prazo de intervalo mínimo

Cada modalidade possui o chamado prazo de intervalo mínimo, que nada mais é do que o lapso temporal observado, previsto em lei que vai da publicação do edital até a abertura dos envelopes. É um prazo obrigatório mínimo, ou seja, não impede que seja superior ao previsto. Esses prazos estão no art. 21 do Estatuto.

Quanto à **concorrência** o prazo de intervalo mínimo varia conforme o tipo de licitação:

1. Licitação do tipo técnica ou do tipo técnica e preço: prazo mínimo de **45 dias.**

2. Licitação do tipo preço: prazo de **30 dias.**

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:*
> *I - Quarenta e cinco dias para:*
> *b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";*
> *II - Trinta dias para:*
> *a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior (ou seja: tipo preço);*

OBS: *São **dias corridos***. Quando o legislador quer dia útil, ele deixa expresso.

6.3. TOMADA DE PREÇOS (REGRA: QUANTO AO VALOR)

6.3.1. Conceito

O critério aqui também é o **valor da contratação**.

A tomada de preços é a modalidade que fica entre convite (valores mais baixos) e concorrência (valores altos).

Deve ser usada a modalidade tomada de preços nos seguintes casos e valores:

Obras e serviços Engenharia: **ENTRE** 330 mil até 3,3 milhões de reais.

Compras e outros serviços: **ENTRE** 176 mil e 1.430.000,00.

OBS IMPORTANTE: Quando o valor é exatamente no limite, pode-se usar a modalidade menos rigorosa (tomada). Em qualquer caso, no entanto, existe uma orientação do TCU dizendo

que se pode optar pela modalidade mais complexa. Vale dizer, a concorrência sempre pode ser utilizada neste caso, assim como a tomada pode ser utilizada dentro de seus parâmetros e quando couber o convite. Isso porque o contrato administrativo é passível de alteração, e esta alteração **deve ser dentro dos limites da modalidade.** Para a prova objetiva, levar que no limite é a modalidade abaixo.

6.3.2. Participantes da modalidade tomada de preços

Participam da tomada de preços os licitantes **cadastrados** ou aqueles que ***preencherem os requisitos de cadastramento até três dias*** antes da entrega dos envelopes. Nesse último caso, o licitante deve pedir o cadastramento através de um requerimento, acompanhado de todos os documentos necessários para tal.

O cadastramento nada mais é do que uma habilitação prévia, em que os concorrentes, ao preencherem todos os requisitos necessários, são cadastrados perante a repartição, recebendo o chamado ***certificado de registro cadastral***. Dessa forma, quando surge um procedimento licitatório, não precisam passar pela fase de habilitação, bastando levar ao órgão licitante o certificado de registro cadastral (que tem validade de um ano).

Percebe-se que a tomada de preços tem um processo mais célere se comparada à concorrência, que prevê uma fase específica de habilitação, posterior à convocação do edital.

Normalmente, cada pessoa administrativa tem o seu cadastro de empresas. No entanto, nada impede que um ente possa se socorrer do cadastro de outro.

6.3.3. Prazo de intervalo mínimo

Licitação do tipo técnica ou tipo técnica e preço: Prazo mínimo de **30 dias**.

Licitação do tipo preço: Prazo mínimo de **15 dias.**

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *II - Trinta dias para:*
> *b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";*
> *III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior (ou seja: tipo preço), ou leilão;*

Perceber: diminuir 15 dos prazos da concorrência.

6.4. CONVITE (REGRA: QUANTO AO VALOR)

É a modalidade que comporta menos formalismo, sendo definida com base nos seguintes valores de contratação:

Obras e serviços de engenharia: Qualquer valor que não ultrapasse 330 mil reais.

Compras e outros serviços: Vai de 0 a 176 mil reais.

Vale lembrar que quando o valor não ultrapassa o limite de 10% da modalidade convite, a licitação é DISPENSÁVEL, ou seja, não é necessária, mas não impede que o administrador licite, caso no qual poderá optar pela modalidade convite.

Na modalidade convite não existe publicação de edital, sendo o instrumento convocatório materializado através da chamada **carta-convite**, dirigida pelo órgão licitante, a um mínimo de três interessados no ramo do objeto da contratação, que podem ser escolhidos livremente pelo administrador. No entanto, como veremos no tópico seguinte, a participação no certame não é limitada somente aos competidores convidados.

6.4.1. Participantes

Licitantes convidados (cadastrados ou não): Os licitantes convidados não precisam ser cadastrados, desde que sejam do ramo da atividade objeto do contrato. Como já frisamos, devem ser convidados no mínimo três interessados.

OBS: Se não existirem três licitantes no mercado, ou se, apesar de convidados, não forem apresentadas três propostas, nada impede que, justificadamente, o administrador prossiga com o processo licitatório com um número menor de licitantes (apesar de na prática o TCU entender que isso não seria possível, pelo princípio da competitividade, assim como o STJ já apresentou decisão nesse sentido). Em não havendo justificação, deve ser repetido o procedimento.

Licitantes cadastrados e não convidados: Podem participar os cadastrados que se habilitarem até **24h antes** da entrega das propostas. Esse prazo de 24 não é de cadastramento (diferente da tomada que tem os 3 dias para oferecer os documentos), é apenas para a entrega das propostas do cadastrado.

Instrumento convocatório do convite: Carta-convite (exceção ao edital – regra geral). No entanto, isso não significa que não há publicidade, pois apesar de não haver publicação de edital, a licitação é feita publicamente (*vide princípios, princípio da publicidade).* Publicidade não se confunde com publicação. Esta é apenas uma forma de publicizar o ato.

A Carta-convite não precisa ser publicada em diário oficial, mas deve ser afixada no átrio da repartição, a fim de possibilitar aos não convidados (mas cadastrados) manifestarem interesse de participar do processo.

6.4.2. Intervalo mínimo

Entre a expedição da carta-convite (ou publicação dela, o que ocorrer posteriormente) e a entrega dos envelopes deverá ser observado o prazo mínimo de 05 dias **ÚTEIS.**

Dia útil é o dia em que a repartição está funcionando. Se, por algum motivo a repartição não funciona (seja por alguma calamidade ou simples ponto facultativo), não é considerado dia útil.

OBS: o prazo daqui não é para a abertura dos envelopes. Aqui, o prazo é para entrega.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: ....*
> *§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:*
> *IV - cinco dias **ÚTEIS** para **convite**. (difere dos outros – concorrência e tomada – que são contados em dias corridos)*

6.4.3. Comissão de licitação do convite

Outra peculiaridade da modalidade convite refere-se à mitigação da comissão de licitação (art. 51 do Estatuto).

A regra é ter três servidores na comissão. Excepcionalmente, na modalidade convite, se a repartição for pequena e o destaque de três servidores para a comissão possa comprometer o serviço do órgão, pode a comissão ser formada por apenas um servidor.

> *Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por **comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação**.*
> *§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.*

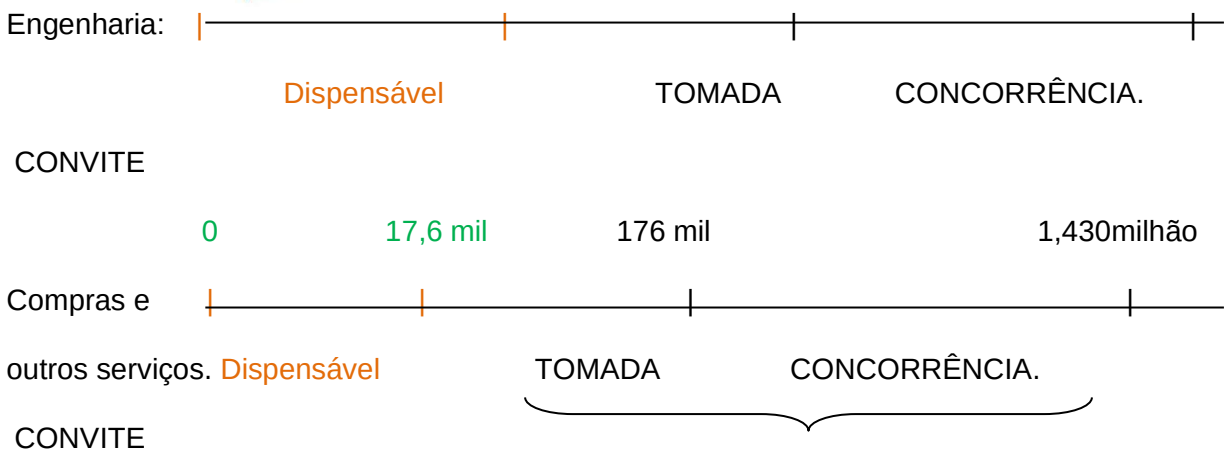
OBS: A modalidade de licitação pode ser substituída pelo administrador? SIM, desde que o seja uma substituição por uma modalidade mais rigorosa.

A utilização de uma modalidade mais rigorosa tem relevância no sentido de possibilitar uma futura alteração no contrato com o licitante, visto que uma alteração contratual superveniente não pode ultrapassar o limite do valor da modalidade licitatória usada.

6.5. ESQUEMA DE VALORES (CONVITE x TOMADA x CONCORRÊNCIA)

Considerações

0 33 mil 330mil 3,3 milhão



OBS: Esses valores de dispensa são duplicados ou triplicados quando da existência de consórcio público. Se o **consórcio público** tiver **até** três entes, os valores (limites) serão **dobrados** (33 ou 17,6x 02)**;** Se o **consórcio público** tiver **mais** de três entes, os valores são **triplicados.** (33 ou 17,6 x 03);

> *Art. 23*
> *§ 8o No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.*

Dispensa:

A dispensa se baseia no valor do convite (art. 24).

A licitação é dispensável quando o valor for igual ou menor a 10% do limite do convite.

Engenharia: 10% do convite = 33.000,00 reais.

Outras obras: 10% convite = 17.600,00 reais.

Vale lembrar que empresas públicas, sociedades de economia mista, agências executivas e consórcios públicos têm esses limites de dispensa dobrados, ou seja, 20%' do valor do limite da modalidade convite (art. 24, §1º), portanto, 66.000,00 e 35.200,00 respectivamente.

> *§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)*

6.5.1. Vedação do Fracionamento de despesas

> *Art. 23*
> *§ 5º É vedada a utilização da modalidade "CONVITE" ou "TOMADA DE PREÇOS", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o*

> *somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.*

Se existe e possibilidade fática de o objeto ser contratado por inteiro, não pode o Administrador fracionar essas contratações a fim de licitar numa modalidade menos rigorosa ou até mesmo conseguir sua dispensa. Exemplo: Comprar um carro por mês, sabendo que precisa de um total de 20 carros.

Esse fracionamento de despesa é considerado uma **FRAUDE à licitação**. Agora, se no caso concreto não houver possibilidade de contratação integral do objeto, vale dizer, se a falta de planejamento orçamentário tornar obrigatória a divisão das despesas, até pode o administrador contratar separadamente, mas deve observar a modalidade de licitação cabível para hipótese de contratação integral do objeto, ou seja, deve utilizar a modalidade mais rigorosa. Isso cai em parecer de segunda fase.

Vale lembrar que a legislação não considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço.

6.6. LEILÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.6.1. Conceito

Ao contrário da regra das primeiras três modalidades vistas, o critério a ser verificado para a escolha do leilão *não é o valor* do objeto, mas **sim a sua natureza**.

Leilão serve para **alienar.**

A modalidade leilão serve para:

- VENDA de bens móveis inservíveis para a Administração
- VENDA de bens ***i***móveis decorrentes de decisão judicial ou dação em pagamento (art. 19). A alienação dos demais deve seguir a modalidade concorrência.
- VENDA de produtos legalmente apreendidos ou penhorados (de qualquer valor)
- VENDA de bens **móveis** (qualquer um) até o limite de 3,3 milhões. Ou seja, o art. 17, §6º permite a alienação através de leilão de qualquer bem móvel que não ultrapasse o valor. É um caso excepcional do leilão, em que não se observa a qualidade do objeto, mas sim o PREÇO.

> *Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*

> *§ 6o Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei (tomada de preço: 3.300.000,00), a Administração poderá permitir o* ***LEILÃO****.*

Inservível: Bens que não servem mais. Não necessariamente sucata, basta que não sirva para a finalidade que é usado.

Apreendidos: Exemplo os bens apreendidos pela polícia, pela receita federal.

Penhorados: Não se trata dos bens penhorados em processo de execução. O legislador errou, pois quis se referir aos bens EMPENHADOS, ou seja, com a garantia real do penhor. Exemplo: Penhor de joias da CAIXA. Caso não pague a dívida as joias são leiloadas.

6.6.2. Quem faz o leilão?

O leiloeiro é um servidor designado para essa função. Porém, nada impede que seja criado por lei esse cargo.

6.6.3. Procedimento do leilão

Não tem procedimento específico na lei. Segue o procedimento estabelecido no edital.

6.6.4. Prazo de intervalo mínimo

Prazo mínimo de 15 dias **corridos** entre a publicação do edital e o leilão.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *III -* ***quinze dias*** *para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou* ***LEILÃO****;*

6.7. CONCURSO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.7.1. Conceito

Não se confunde com o concurso público para provimento de cargos, que NÃO é modalidade de licitação.

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, destinada à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, na qual os vencedores recebem como contraprestação um prêmio ou uma remuneração.

Trata-se da escolha de uma atividade eminentemente intelectual, em que a Administração não busca a contratação direta com o vencedor, mas apenas a escolha do melhor projeto.

Exemplo: Escolha de projeto arquitetônico para reforma de praça. Ao vencedor pode ser dado um prêmio ou remuneração.

6.7.2. Procedimento

Também não é previsto na Lei. Cada concurso tem um procedimento, que é definido pelo seu regulamento. O regulamento deve ser obtido junto ao local indicado no edital.

6.7.3. Comissão

Aqui, também existe exceção à regra da comissão de licitação composta de no mínimo três servidores.

A comissão do concurso é especial. É dispensável a presença de servidores públicos, sendo imprescindível apenas a presença de pessoas idôneas com conhecimento da matéria em exame.

> *Art. 51, § 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.*

6.7.4. Prazo de intervalo mínimo

Prazo de 45 dias **corridos** entre o **edital e a seleção**. É o que mais cai em prova.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *I - quarenta e cinco dias para:*
> *a) concurso;*

6.8. PREGÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.8.1. Conceito

O pregão é modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços **comuns**, numa tentativa de desburocratizar o processo licitatório e torná-lo mais célere.

Pregão = Aquisição.

Leilão = Alienação.

Bem e serviço comum: É aquele que pode ser definido no edital como expressão usual de mercado.

Não significa bem simples. Significa aquele que pode ser comprado pronto em um estabelecimento. Que é facilmente encontrado no mercado, que quando colocado no edital todos

conseguem definir bem do que se trata. Os serviços de engenharia, por exemplo, não entram nesse conceito, em regra.

Vale lembrar que o pregão é definido **apenas pela natureza do objeto** do contrato, vale dizer, não está limitado a nenhum valor.

Previsão legal: Lei 10.520/2002. Só traz as peculiaridades do pregão em relação à Lei 8.666.

O pregão pode ser **presencial** ou **eletrônico**.

O eletrônico ocorre em ambiente virtual (sala virtual na internet, por exemplo) em que se admite a participação apenas daqueles que previamente demonstraram interesse em competir.

No âmbito federal o pregão é feito **preferencialmente** por meio eletrônico. O problema desse método está relacionado à segurança do procedimento, pois, como se sabe, os meios eletrônicos nunca serão infalíveis (a queda de sistema é um problema bastante comum nesses processos).

O pregão é utilizado somente no **tipo menor preço**. Não é cabível no tipo técnica ou técnica + preço.

O procedimento é realizado pelo pregoeiro, previamente designado e capacitado, auxiliado por uma equipe de apoio.

O pregão tem um procedimento INVERTIDO, como analisaremos ulteriormente.

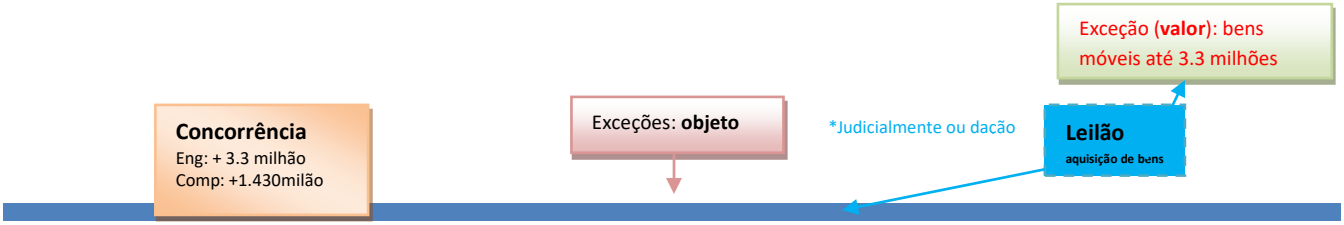
6.8.2. Prazo de intervalo mínimo

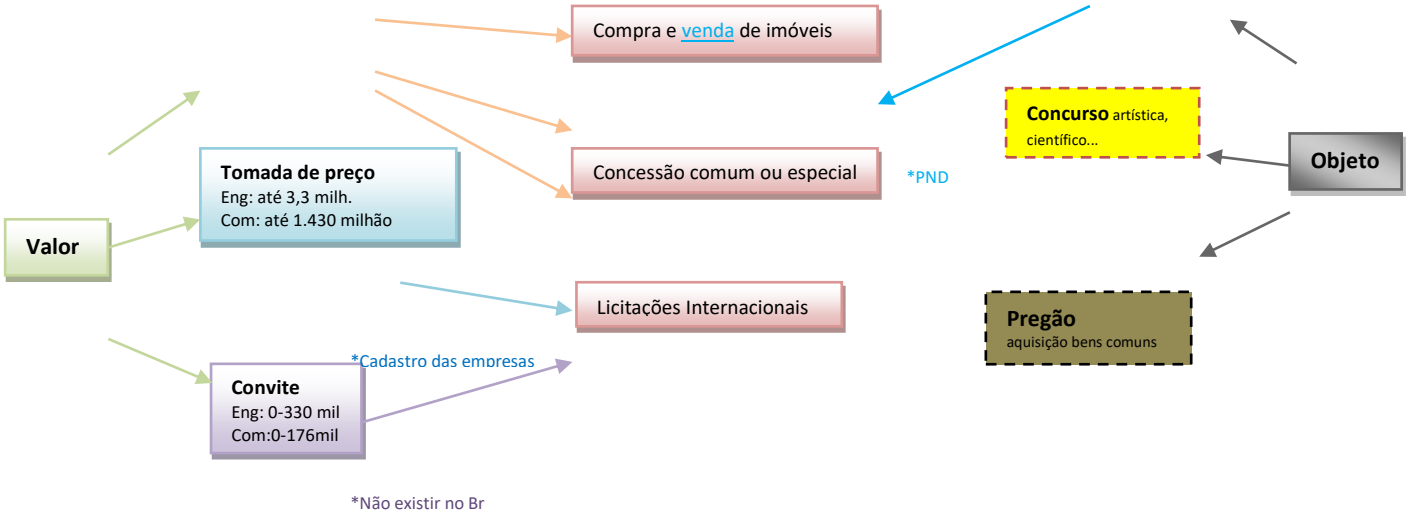
O edital do pregão deve ser publicado com no mínimo **oito dias úteis de** antecedência.

OBS: Os menores prazos são de dias ÚTEIS (05 do convite e 08 do pregão).

> *Lei 10.520/02*
> *Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*
> *V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, **não será inferior a 8 (oito) dias úteis;***

ESQUEMA MODALIDADES DE LICITAÇÃO





7. CONTRATAÇÃO DIRETA (DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO)

7.1. INTRODUÇÃO

A contratação direta libera a licitação, mas isso não significa que o ato não precisa ser precedido de um processo administrativo. Esse processo recebe o nome de ***PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO*** (art. 26 da Lei 8.666/93).

> *Art. 26. As **DISPENSAS** previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as **situações de INEXIGIBILIDADE** referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o **retardamento** previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, **dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos**.*
> *Parágrafo único. O **PROCESSO** de **DISPENSA**, de **INEXIGIBILIDADE** ou de **retardamento**, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
> *I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; **(Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)***
> *II - **razão da escolha** do fornecedor ou executante;*
> *III - justificativa do preço.*
> *IV - **documento de aprovação dos projetos** de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

***Dica parecer procuradoria:** fundamentar bem, detalhar bem a justificação. O artigo e os incisos. Esmiuçar.

Como foi acrescentada uma nova hipótese de licitação dispensável, a Lei nº 13.500/2017 também precisou alterar a redação do inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93 exigindo que o processo formal de dispensa demonstre qual é o "grave e iminente risco à segurança pública" que autoriza a contratação direta. Compare:

Redação anterior	Redação dada pela Lei 13.500/2017
Art. 26 (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;	Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - Caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

Vale lembrar que a contratação direta, devidamente justificada, deve ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, a fim de que esta o ratifique e o publique na imprensa oficial num prazo de cinco dias, como requisito de eficácia do ato.

O TCU e demais tribunais de contas fiscalizam com muito mais rigor esse processo de justificação, em comparação com o processo de licitação, que é a regra. É na contratação direta em que existe mais risco de fraudes, favorecimentos e descriminações.

DICA: Se parecer é sobre contratação direta, atentar para a existência de processo de justificação.

Possibilidades de contratação direta: Dispensa e inexigibilidade de licitação.

7.2. DISPENSA

7.2.1. Conceito e espécies

Aqui, a competição é faticamente possível, é viável. No entanto, ela não acontece por vontade do legislador.

Legislador libera da licitação.

A dispensa se subdivide em:

1) ***Licitação dispenSADA***

A licitação é faticamente possível, mas não é admitida. O Administrador não tem vontade de escolher se lícita ou não. Quem decide é o **LEGISLADOR**. As hipóteses de licitação dispensada estão previstas no art. 17 da Lei 8.666, que trata das **alienações de bens públicos.**

2) ***Licitação dispenSÁVEL***

A licitação é faticamente possível, mas **não é necessária**. No entanto, o administrador tem discricionariedade para licitar, se assim quiser. Quem decide é o **ADMINISTRADOR**. Prevista no art. 24 da Lei 8.666.

Tanto o rol do art. 17 quanto o rol do art. 24 **são taxativos**, pois são previsões expressas do legislador.

7.2.2. Hipóteses de licitação dispensável

Vejamos agora as hipóteses de licitação dispensável, divididas conforme o critério de dispensa:

a) Valor do objeto da licitação;

b) Situações excepcionais;

c) Gêneros perecíveis e obras de arte;

d) Desinteresse na contratação;

e) Entidades sem fins lucrativos;

f) Disparidade de propostas;

g) Intervenção da União no domínio econômico;

h) Complementação do objeto;

i) Contrato entre pessoas administrativas;

j) Locação e compra de imóvel;

k) Negócios internacionais;

l) Pesquisa científica e tecnológica;

m) Energia Elétrica;

n) Transferência de tecnologia;

o) Consórcios Públicos e Convênios de Cooperação;

p) Navios, embarcações, aeronaves e tropas;

q) Peças no período de garantia técnica;

r) Materiais de uso militar;

s) Catadores de materiais recicláveis.

t) Construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais (Lei 13.500/2017)

Vamos ao estudo pormenorizado.

*Lei 8.666 Art. 24. É **DISPENSÁVEL** a licitação: (em razão de...)*

1) *Valor do objeto da licitação*

> *Art. 24*
> *I - para OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;*
> *II - para OUTROS SERVIÇOS E COMPRAS de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;*

Obras e serviços de engenharia: 10% do limite para convite

Compras e outros serviços: 10% do limite para convite

Empresas estatais, consórcios públicos e agências executivas = limite de dispensa dobrado.

> *§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.*

2) *Situações excepcionais*

> *Art. 24*
> *III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;*
> *IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;*
> *XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.*
> *IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;*

EMERGÊNCIA aqui não é aquela criada pelo próprio administrador. Quando decorre de sua negligência ou desídia (exemplo: falta de coleta de lixo). Nesses casos, a dispensa até pode ser deferida, mas fundamentada no interesse público (razão essa que deve ser consignada no processo de justificação), devendo o administrador desidioso sofrer a responsabilização cabível.

A EMERGÊNCIA do inciso refere-se à iminente perigo decorrente de evento fortuito.

Somente pode ser dispensada a licitação de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo de 180 dias a contar do **surgimento do perigo**. NÃO É DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO.

O contrato emergencial é improrrogável.

3) Gêneros perecíveis e obras de arte

> *Art. 24*
> *XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;*
> *XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.*

4) Desinteresse na contratação

> *Art. 24*
> *V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;*

*Licitação "DESERTA"

É aquela em que não existem licitantes.

Duas alternativas surgem: Licitar de novo ou contratar diretamente. A regra é licitar de novo, mas, quando isso causar prejuízos à Administração, admite-se a contratação direta (mantidas as condições preestabelecidas no edital).

*Licitação "FRACASSADA"

É o caso de desclassificação geral.

A licitação tem duas fases: Habilitação e classificação/julgamento.

Se na fase de habilitação a empresa não cumpre os requisitos será inabilitada.

Se todas as empresas forem inabilitadas (inabilitação geral), deve haver nova licitação, salvo se isso causar prejuízo à Administração (mesma solução da 'deserta').

Se a empresa é habilitada e passar à fase seguinte, analisa-se a proposta. Se a proposta não cumprir a forma prevista no edital ou o preço não for compatível com o de mercado (disparidade da proposta), será desclassificada.

Agora, se todos os licitantes forem desclassificados (desclassificação geral), a lei permite a contratação direta (após aberto mais prazo para novas propostas). Essa última seria a fracassada para parte da doutrina (maioria).

> *Art. 48, § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

Alguns autores, no entanto, consideram licitação fracassada o desastre em qualquer das fases. Apenas uma questão terminológica, pois quanto à dispensa ser restrita ao caso de desastre na classificação não há divergência.

5) *Entidades sem fins lucrativos*

> *Art. 24*
> *XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;*
> *XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*
> *XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.*

Compreende esse inciso, além da OS, a OSCIP. Vale lembrar que a licitação é dispensável somente no contrato em que a OS vai prestar um serviço à entidade ao qual está vinculada. Se for contrato entre OS e outro ente que não seja aquele que ela detém vínculo pelo termo de parceria (OSCIP) ou contrato de gestão (OS), deverá este ente licitar.

6) *Disparidade de propostas*

> *Art. 24, VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único (hoje é §3º!) do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.*

É o caso da licitação fracassada (frustrada) vista acima, junto à deserta.

> *Art. 48, § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

7) *Intervenção da União no domínio econômico*

> *Art. 24, VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento.*

8) Complementação do objeto

> *Art. 24, XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*

Complementação de obra, serviço, ou fornecimento anterior inacabado e com contrato rescindido, desde que observada a ordem da licitação anterior.

9) Contrato entre pessoas administrativas

> *Art. 24, VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*

Na Contratação feita por Administração DIRETA com pessoas administrativas do mesmo ente federativo é dispensável a licitação, excluídas as empresas exploradoras de atividade econômica, que precisam competir junto com a iniciativa privada. Da mesma forma, se for ente administrativo criado após a vigência do Estatuto, a licitação não é dispensada.

> *XVI - para a **impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais**, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico.*

Estaria englobada no caso anterior não fosse uma peculiaridade: Aqui não é necessário que o ente administrativo a ser contratado tenha sido criado antes da vigência da lei.

> *XXIII - na contratação realizada por **empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas**, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*

Aqui se trata das estatais contratando com suas subsidiárias. Exemplo: Petrobrás contratando com a Transpetro.

10) Locação e compra de imóvel

> *Art. 24, X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.*

É o caso da necessidade de compra ou locação de um imóvel **específico.**

11) Negócios internacionais

Art. 24, XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público.

12) Pesquisa científica e tecnológica

*Art. 24, XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do **caput** do art. 23*

*§ 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do **caput**, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
*§ 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do **caput** do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do **caput**. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*

13) Energia Elétrica

Art. 24, XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.

14) Transferência de tecnologia

Art. 24, XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

15) Consórcios Públicos e Convênios de cooperação

Art. 24, XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

16) Navios, embarcações, aeronaves e tropas

Art. 24, XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos

prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei

17) Peças no período de garantia técnica

Art. 24, XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia.

18) Materiais de uso militar

Art. 24
XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto.
XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

19) Catadores de materiais recicláveis

Art. 24
XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

20) Para prestação de serviços de assistência rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e Na Reforma Agrária.

Art. 24
XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2010)

21) Contratações em cumprimento ao que dispõe a Lei sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica.

Art. 24
XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Lei 10.973/04
Art. 3o A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.
Parágrafo único. O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

Art. 4o As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:
I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;
II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.
Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas.

Art. 5o Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.
Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.
§ 1o Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.
§ 2o Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.

> *§ 3o O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas.*

22) Construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais

A Lei nº 13.500/2017 acrescentou mais um inciso ao art. 24, criando uma nova hipótese de licitação dispensável. Veja:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
> *(...)*
> *XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.*

7.3. INEXIGIBILIDADE

7.3.1. Conceito e previsão legal

Refere-se à **competição inviável**, conforme previsão do art. 25.

O rol do art. 25 é **exemplificativo**. Traz apenas exemplos nos quais a competição seria inviável e consequentemente inexigível.

> *Art. 25. É **INEXIGÍVEL** a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:*
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial EXCLUSIVO, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*
> *II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*
> *Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*
> *I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
> *II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
> *III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
> *IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
> *V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
> *VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
> *VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 2º Na hipótese DESTE ARTIGO e em QUALQUER DOS CASOS DE DISPENSA, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Quais são então as hipóteses de competição inviável, fora as do art. 25? R: Veremos então as condições de viabilidade da competição. Três requisitos cumulativos. Faltando qualquer um deles a competição torna-se inviável: pressuposto lógico, jurídico e fático.

7.3.2. Pressupostos cumulativos de viabilidade da competição

1) Pressuposto lógico

Pluralidade de objetos e de ofertantes.

Nesse sentido, a inviabilidade da competição por falta de pressuposto lógico pode ocorrer de duas formas:

a) Singularidade do objeto (bens ou serviços).

b) Singularidade do ofertante (produtor ou fornecedor exclusivo).

→ Bem singular. O objeto pode ser singular em três aspectos:

- Em caráter absoluto: Só existe um no mercado.

- Evento externo: Quando o objeto participa de evento externo e se torna singular. Exemplo: Capacete do Senna.

- Caráter pessoal: Obras de arte, por exemplo.

→ Serviço singular. Não significa a singularidade de quem presta o serviço, que sempre existe (ninguém presta um serviço de maneira exatamente igual ao outro); a singularidade deve estar relacionada à complexidade do serviço, o qual precisará de alguém com notória especialização e capacidade para a realização do serviço. Caso exista mais de um prestador com notória especialização reconhecida pelo mercado, pode o administrador escolher conforme seu juízo de valor.

→Ofertante singular. Ocorre quando existir objeto singular, caso no qual seu produtor/conhecedor será o ofertante exclusivo, ou quando existir pluralidade de objetos, mas todos sob a propriedade do mesmo ofertante.

2) *Pressuposto jurídico*

Pressuposto jurídico é o interesse público, ou seja, a competição só é viável se apta a satisfazer o **interesse público**. Nesse sentido, vale mencionar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o **pressuposto jurídico** da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput".

> *Art. 25. É **INEXIGÍVEL** a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:*

É exatamente esse o exemplo da questão da AGU abaixo.

'A EP e SEM na sua atividade fim não precisa licitar'. Ver acima EPs e SEMs.

Pressuposto jurídico da licitação é a proteção do interesse público. Se na situação concreta a licitação prejudicar o interesse público, é caso de inviabilidade, pela falta de pressuposto jurídico.

Exemplo de situação em que a licitação é prejudicial ao interesse público: Licitação Nas empresas estatais (exploradoras de atividade econômica) para contratação de bens ou serviços indispensáveis à sua atividade fim, em que o procedimento vai tumultuar e prejudicar a finalidade da empresa, prejudicando-a em relação às empresas privadas. Nesse caso, a licitação prejudica o interesse público, que a própria licitação deveria proteger, por isso é inviável.

Concluindo: Esse prejuízo da licitação nas estatais é muito mais comum nas exploradoras de atividade econômica, que primam pela agilidade.

3) *Pressuposto fático*

Relaciona-se ao **interesse de mercado**, ou seja, é inviável a competição quando não existirem interessados em licitar.

Exemplo: Administração decide contratar médico especialista em cirurgias cardíacas. No contrato diz que o médico ganhará 500 reais por mês. Por esse salário ninguém vai querer contratar, faltará pressuposto fático. Será inexigível a licitação, desde que, é claro o administrador comprove fundamentadamente a falta de interesse de mercado.

Ou seja, antes de licitar deve-se fazer um estudo para ver se o mercado tem interesse no objeto da licitação. Não se confunde com licitação deserta, que não ocorre, não por falta de interesse do mercado, mas por outras razões.

Vejamos novamente o art. 25:

> *Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por **produtor, empresa ou representante comercial EXCLUSIVO**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

É falta de **pressuposto lógico**. Pela singularidade de fornecedor do objeto. Não se pode falar em marca de produto, mas apenas de qualidade.

"Considera-se vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país" (HELY).

> *II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, **de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização,** vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

É falta de **pressuposto lógico**. Pela singularidade do serviço

> *III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

Também é falta de pluralidade de concorrentes, **de pressuposto lógico**.

8. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

Vamos estudar a regra geral, que vale para Concorrência, tomada de preços e convite. Lembrando que **leilão e concurso** não têm procedimento previamente definido em lei. Caberá depois o estudo do procedimento do pregão.

O procedimento de licitação possui uma fase interna e uma externa. Vejamos:

8.1. FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

Trata-se de toda a preparação que vai até a publicação do edital. O primeiro passo da fase interna é a formalização do processo administrativo.

8.1.1. Formalização do processo

1. Autuação do processo: Dar capa, número, numerar páginas etc.

A segunda providência é...

2. Identificação de necessidades: No processo precisam estar identificadas as necessidades da licitação (o que precisa comprar, por exemplo).

3. Recurso orçamentário: A licitação só é viável se existir recurso orçamentário par tanto. As necessidades precisam ser conciliadas com as possibilidades orçamentárias. Ou seja, sem que existam recursos para o futuro contrato, sequer pode ser iniciado o procedimento licitatório. Nessa fase, deve ser identificada parte do orçamento necessária à realização do contrato. Atualmente muitas obras ficam inacabadas por falha nessa fase do procedimento, em que muitas vezes o administrador mente o orçamento e o problema só estoura no próximo governante. Tem-se entendido que essa falsa declaração do orçamento constitui falsidade ideológica.

4. Nomeação da comissão de licitação. A comissão é responsável pelas fases de habilitação dos licitantes e julgamento das propostas.

Requisitos da nomeação estão no art. 51 do Estatuto. Pode existir uma comissão permanente, que dura um ano, ou comissão temporária, que fica restrita à atuação naquele procedimento.

Vale lembrar que a totalidade dos membros da comissão **não pode ser reconduzida** para a mesma comissão em período subsequente.

Os membros da comissão são solidariamente responsáveis pelos atos praticados.

> *Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de,* ***no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes*** *dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.*
> *§ 1º No* ***caso de convite****, a Comissão de licitação,* ***excepcionalmente,*** *nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível,* ***poderá ser substituída por servidor (1)*** *formalmente designado pela autoridade competente.*
> *§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.*
> *§ 3º Os membros das Comissões de licitação* ***responderão solidariamente*** *por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.*

*§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da **totalidade de seus membros** para a mesma comissão no período subsequente.*
*§ 5º No caso de **concurso**, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, **servidores públicos ou não.***

8.1.2. Elaboração do edital (art. 40 da Lei)

O edital é o meio de convocação dos concorrentes (com exceção da modalidade convite). Nele devem constar vários dados: o objeto da licitação, o preço, o prazo, o critério de julgamento etc.

Além disso, junto a ele devem vir alguns anexos: a minuta do contrato, o projeto básico (se for o caso) e/ou o projeto executivo, orçamento e normas de execução.

OBS: Quando celebrado o contrato, o edital virá anexo a ele também. Esses dois elementos andam sempre juntos.

Uma vez elaborado o edital, ele deve ser submetido a um **parecer jurídico**. A comissão de licitação não precisa ter formação jurídica, mas o edital, ***obrigatoriamente,*** deve ser submetido a um parecer, normalmente da procuradoria ou do assessor jurídico da entidade.

Dado o parecer jurídico, o edital volta para a autoridade superior (aquela que nomeou a comissão), a qual caberá realizar a **autorização** formal para a deflagração do certame, em que se passa para a fase externa do procedimento, com a publicação do edital.

Essa autoridade, autorizando formalmente a deflagração, sai de cena, quem segue agora é a comissão. A autoridade retorna ao final, assim como veremos.

*Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte**:*
*I - **objeto da licitação**, em descrição sucinta e clara;*
II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
*III - **sanções** para o caso de inadimplemento;*
*IV - **local** onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;*
*V - **se há projeto executivo disponível** na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;*
*VI - **condições para participação na licitação**, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;*
*VII - **critério para julgamento**, com disposições claras e parâmetros objetivos;*
*VIII - **locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação** à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos*

relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
*X - **o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global,** conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*
*XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*
XII - (Vetado).
*XIII - **limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços** que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;*
XIV - condições de pagamento, prevendo:
*a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias,** contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;*
*b) **cronograma de desembolso máximo por período**, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;*
*c) **critério de atualização financeira** dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;*
*d) **compensações financeiras e penalizações**, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*
e) exigência de seguros, quando for o caso;
XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.
§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.
§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
*I - o **projeto básico e/ou executivo**, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;*
II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;
III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.
§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.
§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:
*I - o disposto no inciso XI deste artigo; (dispensa do **critério de reajuste** entre apresentação da proposta e adimplemento)*

> *II - a **atualização financeira** a que se refere a alínea "c" do inciso XIV (desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo adimplemento) deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.*
> *§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento (**acrescido pela Lei 13.500/2017**)*

OBS: PROJETO BÁSICO: Nos processos de contratação de obras e serviços **é** obrigatório. É o projeto básico que define o objeto da licitação, estimando, assim, o valor e o prazo da execução do contrato. Exemplo: Edital para contratação de construtora. Precisa de alguém que entenda de construção para elaborar o edital, para elaborar o chamado ***projeto básico (art. 6º do Estatuto),*** que é o que vai definir o objeto da licitação. Dependendo da complexidade do projeto básico, será necessária uma nova contratação de algum particular ou empresa para definir o objeto da licitação, caso no qual essa contratação também será precedida de licitação (observados os casos de dispensa e inexigibilidades).

A empresa autora do projeto básico ou executivo **não pode concorrer no certame.**

PROJETO EXECUTIVO é outra coisa: é a forma como vai ser executado o objeto, não precisando ser definido nesse momento. O projeto executivo pode ser apresentado no momento da execução do processo.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: É obrigatória nas licitações simultâneas ou sucessivas cujo montante ultrapasse 150milhões. Deve ser realizada com antecedência mínima de 15 dias úteis da data do edital, e deve ser divulgada com antecedência mínima de 10 dias úteis de sua realização. Na audiência os interessados terão acesso a todos os dados referentes ao objeto da licitação.

A fim de estimular a contratação de ex-detentos, a Lei nº 13.500/2017 acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 8.666/93 prevendo que a Administração Pública poderá exigir que as empresas contratadas pelo Poder Público tenham um mínimo de funcionários que sejam oriundos do sistema prisional. Veja:

> *Art. 40. (...)*
> *§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.*

8.2. FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO

8.2.1. Publicação do edital

1) Requisitos

A publicação tem seus requisitos previstos no art. 21 do Estatuto, devendo ser feita em Diário Oficial e Jornal de grande circulação.

Na realidade não se publica o edital, mas apenas o chamado aviso de edital (espécie de resumo), tendo em vista a prolixidade do edital. Nesse aviso constam as informações mais importantes e, principalmente, em que se encontra a íntegra do edital.

A Administração não pode comercializar o edital como meio de arrecadação. A Administração pode cobrar apenas o custo de reprodução do edital.

A aquisição (compra) do edital não pode ser considerada requisito para a participação no certame. Exige-se que o licitante tenha conhecimento do edital, mas não se exige que esse conhecimento se dê pela compra do edital.

*Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:***
*I - no **Diário Oficial da União,** quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;*
*II - no **Diário Oficial do Estado,** ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;*
III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.
*§ 1º O aviso publicado conterá a **indicação do local em que os interessados poderão ler** e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.*
§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
I - quarenta e cinco dias para:
a) concurso;
b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
II - trinta dias para:
a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (melhor preço)
b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" (melhor preço) do inciso anterior, ou leilão;
IV - cinco dias úteis para convite. (lembrar do pregão: 08 dias úteis)
§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da

> *efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.*
> *§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.*

2) Prazo de intervalo mínimo

É o prazo mínimo que deve ser observado entre a publicação do edital e a data prevista para a apresentação das propostas. Esse prazo é de:

a) 45 dias ***CORRIDOS***:

- Concurso;

- Concorrência, no tipo melhor técnica ou técnica + preço.

b) 30 dias ***CORRIDOS***:

- Concorrência, no tipo melhor preço;

- Tomada de preços, no tipo melhor técnica ou técnica + preço.

c) 15 dias ***CORRIDOS***:

- Tomada de preços, no tipo melhor preço;

- Leilão.

d) 08 dias ***ÚTEIS*****:**

- Pregão.

e) 05 dias ***ÚTEIS*****:**

- Convite.

Vale lembrar que qualquer alteração no edital (medida excepcional), deve ser feita pelo mesmo modo pelo qual foi publicado, devendo ser reaberto novo prazo mínimo para apresentação das propostas, salvo quando a alteração em nada afetar a formulação de propostas.

A nova publicação se limita à parte aditada, do contrário (publicação na íntegra) estaria sendo deflagrado um novo procedimento licitatório.

3) Impugnação do edital

É durante esse prazo mínimo que o edital pode ser impugnado. Tem legitimidade para impugnar o edital (art. 41):

> *Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*

*§ 1º Qualquer **cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido **até 5 (cinco) dias úteis ant**es da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.*
*§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração **o licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*
§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.
§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

→Qualquer cidadão: Até o **quinto dia útil anterior** a apresentação das propostas, devendo a impugnação **ser julgada em até três dias úteis**.

→Licitante (potencial licitante): O prazo do licitante é maior: tem até o **segundo dia útil anterior** à apresentação das propostas impugnar o edital, não havendo qualquer previsão de prazo para o julgamento da impugnação.

Em não impugnado nesse momento, o licitante decai do direito de fazê-lo. Essa decadência refere-se à via administrativa, ou seja, nada impede que posteriormente ele questione judicialmente.

OBS: Esse momento é oportuno para impugnar não apenas o edital, mas também seus anexos, como a minuta do contrato.

Como dito, ao edital impugnado pelo licitante, a lei não prevê prazo para julgamento da comissão.

A impugnação **não suspende o andamento do processo licitatório**, visto que não tem natureza de recurso.

A fase de abertura termina com o recebimento dos envelopes.

Único momento em que a comissão tem para alterar o edital.

-Alteração: se faz por aditamento. Devendo ser publicada da mesma forma que for o edital.

-Alteração das obrigações: deve-se reabrir o prazo de intervalo mínimo.

8.2.2. Recebimento dos envelopes

Conforme o tipo de licitação serão entregues dois ou três envelopes:

-Melhor preço: 01 envelope com documentação; 01 envelope com proposta de preço.

-Melhor técnica: 01 envelope com documentação; 01 envelope com proposta técnica.

-Técnica e preço: 01 envelope com documentação, 01 com proposta de preço, 01 com proposta técnica.

Todos os envelopes devem ser entregues na data prevista, não importando quem os entregue. Conforme entendimento jurisprudencial, a intempestividade pode ser tolerada, desde que a entrega dos envelopes seja feita até o momento em que a comissão parar de receber as propostas.

Em primeiro lugar é analisado pela comissão o envelope da documentação, dando início à fase de habilitação dos licitantes.

8.2.3. Fase de habilitação (ou fase de qualificação)

É a análise do envelope que contém a documentação, averiguando, assim, se os concorrentes têm aptidão para uma futura contratação.

O art. 27 traz os cincos aspectos sobre os quais a Administração pode exigir documentação dos licitantes, a fim de considerá-los qualificados ou não. São eles:

a) Habilitação jurídica;

b) Qualificação técnica;

c) Qualificação econômico-financeira;

d) Regularidade fiscal;

Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88 (relativo à proibição de trabalho de menores).

> *Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*
> *I - habilitação jurídica;*
> *II - qualificação técnica;*
> *III - qualificação econômico-financeira;*
> *IV – regularidade fiscal e TRABALHISTA;*
> *V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

O art. 28 e seguintes enumeram os documentos necessários à comprovação dos referidos requisitos.

> *Art. 28. A documentação relativa à **HABILITAÇÃO JURÍDICA**, conforme o caso, consistirá em:*
> *I - cédula de identidade;*
> *II - registro comercial, no caso de empresa individual;*
> *III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de*

sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA, conforme o caso, consistirá em:
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

*Art. 30. A documentação relativa à **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** limitar-se-á a:*
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.
§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto

da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;
§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.
§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.
§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.
§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.
§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.
§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.
§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.
§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

*Art. 31. A documentação relativa à **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** limitar-se-á a:*
I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.
§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir

caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.
§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.
§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.
§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.
§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

*Art. 32. Os documentos necessários à **HABILITAÇÃO** poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.*
§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.
§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.
§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.
§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.
§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.
§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por

organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.
§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do ***caput*** *do art. 23.*

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de ***EMPRESAS EM CONSÓRCIO****, observar-se-ão as seguintes normas:*
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;
IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;
V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.
§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.
§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Abertos os envelopes, toda a comissão e todos os licitantes presentes devem rubricar os documentos, de forma a evitar fraudes, como a substituição de documentos (art. 43, §2º).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 2o Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

Análise e julgamento dos requisitos

Preenchidos os requisitos, o licitante é considerado HABILITADO (ou qualificado). Do contrário é considerado inabilitado (ou desqualificado).

Recurso

Após essa decisão a respeito da habilitação, abre-se prazo para recurso. O prazo previsto é de **cinco dias úteis**, exceto a hipótese de convite, na qual o prazo é de **dois dias úteis**. O prazo é contado da lavratura da ata, para os licitantes presentes, e da publicação na imprensa oficial, para os ausentes (art. 109, I, a).

> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*
> *a) habilitação ou inabilitação do licitante;*

Esse recurso tem efeito suspensivo, numa exceção à regra dos recursos previstos no Estatuto.

Julgados os recursos, a sessão tem continuidade. Aos inabilitados devem ser devolvidos os envelopes fechados das propostas, reputando-os excluídos do certame.

OBS: Se todos os licitantes são inabilitados/desqualificados, mesmo assim deve-se tentar salvar a licitação, abrindo-se um prazo de oito dias úteis para que os licitantes complementem os documentos (art. 48, §3º). Se a modalidade for de convite o prazo poderá ser reduzido para três dias úteis. Em não tendo sucesso essa diligência, deve ser realizada nova licitação. (após essa nova licitação, ainda assim forem todos inabilitados, causando prejuízo a administração, pode haver a contratação direta).

> *Art. 48*
> *§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o **prazo de oito dias úteis** para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das*
> *referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

Encerrada a fase de habilitação, não pode o concorrente habilitado desistir da licitação, salvo justo motivo apresentado à comissão e por ela aceito.

> *Art. 46, § 6o Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.*

Da mesma forma, não pode também o habilitado ser excluído do certame por motivos relativos à fase de qualificação, salvo quando por fatos supervenientes ou não conhecidos.

> *Art. 46, § 5o Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.*

8.2.4. Fase de classificação e julgamento

Dentro dessa fase existem três subetapas:

Fase de classificação: Verifica-se se o licitante cumpriu as **formalidades** da proposta e se o **preço oferecido é compatível** com aquele praticado no mercado.

Agora, o licitante que preenche os requisitos está **CLASSIFICADO** (ou **desclassificado**, caso contrário).

Julgamento: Dentre os classificados, escolhe-se a proposta mais **vantajosa** para a Administração, observados os **critérios objetivos** previstos no edital. Havendo empate a solução se dá pelo sorteio, sem forma definida em lei (art. 45, §2º).

> *Art. 45, § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no **§ 2º do art. 3º desta Lei**, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.*

Selecionada a proposta vencedora, o que ocorre com os demais concorrentes?

Ordenação das propostas: A comissão coloca em ordem de classificação todos os licitantes que não foram desclassificados, sendo o primeiro colocado o vencedor do certame.

Em sendo todos os licitantes DESCLASSIFICADOS, ocorre a chamada licitação fracassada (frustrada). Nesse caso, a Administração pode abrir o prazo do art. 48, §3º, para que sejam apresentadas novas propostas. Em não atingindo êxito a diligência, configura-se uma das hipóteses de licitação dispensável, possibilitando a contratação direta, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.

Em suma:

-Inabilitação geral → 08 dias úteis para apresentação de **nova documentação** → Não deu? Nova licitação→Não deu? Prejuízo? Dispensável, contração direta (art. 24, V)

-Desclassificação geral → 08 dias úteis para apresentação de **novas propostas** → Não deu? Dispensável, contratação direta (art. 24, V).

*As condições devem ser as mesmas!

Recurso (art. 109 de novo)

Da decisão cabe recurso hierárquico a ser interposto perante a autoridade superior no prazo de cinco dias úteis, com exceção do convite, que é de dois dias úteis. Esse recurso também é dotado de **efeito suspensivo**.

> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*
> *b) julgamento das propostas;*

> *§ 2o **O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito SUSPENSIVO**, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.*

O prazo também é contado da lavratura da ata (se presente os licitantes) ou da intimação (se ausente). Vale lembrar que a interposição de recurso deve ser comunicada aos demais licitantes, visto que esses têm o direito de impugnar no prazo de cinco dias úteis.

DICA: recurso na licitação com **efeito suspensivo**, só este (julgamento) e o da habilitação. Não existem mais recursos com efeito suspensivo na licitação.

8.2.5. Homologação

Após o julgamento final pela comissão, o processo deve ser remetido à autoridade competente (**aquela do início...**a mesma que nomeia a comissão e que deflagra o procedimento), a fim de que analise a regularidade do procedimento.

Com o processo em mãos, a autoridade tem as seguintes opções:

Determinar o retorno do processo para a comissão, a fim de corrigir eventuais irregularidades, se estas forem supríveis;

Invalidar o procedimento, no todo ou em parte, se estiver maculado de vício insanável.

Revogar a licitação por questões de ordem administrativa, conforme art. 49 do Estatuto ou;

Homologar o resultado declarado pela Comissão, adjudicando o objeto da licitação ao vencedor.

> *Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.*
> *§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.*
> *§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.*

8.2.6. Adjudicação

Adjudicação é o ato de atribuir ao vencedor o objeto da licitação. **É dar ao vencedor o status de vencedor.** A adjudicação não dá direito à assinatura do contrato, mas assegura ao vencedor o direito de não ser preterido quando da realização do contrato.

O licitante vencedor fica **obrigado a assinar** o contrato pelo **prazo de sessenta dias**, cujo termo a quo é a data da apresentação das propostas (entrega dos envelopes). Esse prazo de 60 dias é a regra geral prevista na lei, que também prevê a possibilidade de fixação de prazo maior em edital, se assim entender conveniente a Administração.

Se, dentro do prazo fixado, o licitante não contrata, sofrerá as penalidades do art. 87 (art. 81) do Estatuto. Nesse caso, chama-se o segundo colocado, que **deverá contratar nos moldes da proposta do primeiro colocado** (estes não estão obrigados a contratar, art. 64; lembrar ainda que no pregão, o segundo contrata pelo preço que ofereceu e não pelo preço do primeiro colocado).

*Art. 81. A **recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato**, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, **caracteriza o descumprimento total da obrigação** assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.*
*Parágrafo único. O **disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2o desta Lei,** que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.*

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.
§ 2o É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art. 109 inciso III)

8.2.7. Revogação, anulação e desistência da licitação

1) Revogação

É o desfazimento da licitação, ***depois de concluída*** por motivos de conveniência e oportunidade supervenientes (interesse público), devidamente justificados.

Implica em pagamento de indenização ao vencedor no valor das despesas por ele realizadas (há controvérsias) e impossibilidade de repetição do procedimento licitatório.

A revogação atinge todo o procedimento licitatório. Se já realizada a contratação, não há que se falar em revogação.

Assegura-se o contraditório e a ampla defesa, podendo o licitante vencedor interpor recurso no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato.

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá REVOGAR a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
c) anulação ou REVOGAÇÃO da licitação;

2) Anulação

É o desfazimento da licitação por constatação de vício de legalidade, realizado tanto pela Administração quanto pelo Judiciário.

A anulação pode ser total ou parcial, devendo os atos invalidados ser reeditados.

Invalida todos os atos posteriores à existência do vício, atingindo **inclusive** o contrato celebrado.

Não gera o dever de indenizar, salvo os valores relativos às despesas realizadas com a execução do contrato, e somente se a ilegalidade não tiver sido causada pelo contratado.

No caso de anulação fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. Da decisão de anulação cabe recurso administrativo no mesmo prazo de cinco dias úteis.

> *Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta,* ***devendo ANULÁ-LA POR ILEGALIDADE, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado****.*
> *§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade* ***não gera obrigação de indenizar****, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 2º A nulidade do procedimento licitatório* ***induz à do contrato****, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.*
> *§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação*
>
> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*
> *c) ANULAÇÃO ou revogação DA LICITAÇÃO;*

3) Desistência

É a renúncia à continuidade do procedimento licitatório ***em curso,*** por motivos supervenientes de interesse público. É ato praticado pela mesma autoridade que deflagrou o procedimento.

Todos os licitantes têm direito à indenização, cujo valor não pode ultrapassar as despesas que os concorrentes tiveram com o procedimento até o momento de seu desfazimento.

8.3. PROCEDIMENTO INVERTIDO DO PREGÃO

Conforme as peculiaridades previstas na Lei 10.520/02.

A fase interna é a mesma.

Depois se passa à publicação do edital.

Recebimento dos envelopes.

- Primeiro vem a fase de classificação e julgamento (primeiro abre-se os envelopes das propostas); sem direito de recurso

- Depois a fase de habilitação.

Ou seja, apenas verificam-se os documentos da empresa vencedora.

Se a primeira for inabilitada, chama-se a segunda, mas **ela será chamada pelo preço que fez**, não pelo preço da primeira.

Possibilidade de recurso, que deve ser apresentado **na hora**. No entanto, as razões por escrito ele tem três dias para entregar.



- Adjudicação (atribui o objeto ao vencedor...vem primeiro que a homologação).

- Homologação (verificação de regularidade do processo)

Essa última inversão é muito criticada, pelo fato de não ter lógica atribuir o objeto ao vencedor antes da verificação da regularidade. Por isso, na prática, tem-se realizado os dois atos concomitantemente.

*Percebe-se que em comparação com o procedimento comum, o do pregão é invertido em DOIS pontos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 8.666/93

1. INTRODUÇÃO

Também previstos na Lei 8.666/93.

Os temas recorrentes são cláusulas exorbitantes e formalidades do contrato.

Os mesmos conceitos do direito privado se aplicam aos contratos administrativos.

Todo contrato em que a Administração for parte recebe o nome de Contrato da Administração. Esse é o gênero do qual existem duas espécies: Os contratos regidos pelo Direito Privado (Contratos privados da Administração) ou pelo Direito Público (Contratos Administrativos).

Contratos privados da administração: empréstimo, locação (apesar de licitada), arrendamento etc.

Contratos administrativos: Concessão de serviço, permissão de serviço, consórcios públicos.

Só estudaremos os contratos administrativos (Direito Público).

2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Negócio jurídico bilateral, envolvendo entidade administrativa, com o objetivo de satisfação do interesse público, sendo, por isso, regido pelo Direito Público (cláusulas exorbitantes).

3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Temos as seguintes características:

- Presença da Administração;
- Formal;
- Consensual;
- Comutativo;
- Adesão;
- Personalíssimo.

Vejamos:

3.1. PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO

Seja sujeito ativo ou passivo; e assim, privilégio, prerrogativa, cláusula exorbitante.

3.2. FORMAL

Lembrando que temos de licitar para fazer contrato, *a priori*.

3.3. CONSENSUAL

Fica pronto e acabado quando se **manifesta à vontade**. É diferente do contato REAL, que depende da entrega do bem (contrato de mútuo, depósito, comodato, por exemplo). No contrato consensual a entrega do bem já faz parte da execução, o que é posterior à sua formação.

3.4. COMUTATIVO

Prestação e contraprestação equivalentes e pré-determinadas. Diferente do contrato aleatório, em que as prestações são incertas, pode ser modificado.

3.5. ADESÃO

Cláusulas pré-determinadas, não se discute cláusula contratual. Cabe a outra parte aceitá-los ou não.

3.6. PERSONALÍSSIMO

Intuitu personae. Leva em consideração a qualidade do contratado. Por conta disso, em regra, não se admite a ***subcontratação*** (não é vista com bons olhos, pode gerar fraudes na licitação, exemplo: administração lícita e celebra contrato com empresa X que subcontrata com a empresa Y, por que a Y não participou da licitação? Viola o princípio da isonomia). Desrespeitaria o dever de licitar, o princípio da isonomia e a característica personalíssima dos contratos.

Excepcionalmente a lei admite a subcontratação, desde que observadas algumas exigências:

- Deve estar prevista no edital ou no contrato;
- Precisa da anuência da Administração;
- A empresa subcontratada precisa cumprir os requisitos da habilitação.
- Não é possível subcontratar a totalidade do contrato, do contrário estaria sendo fraudada a licitação.

DICA: Ser bem rigoroso com os requisitos da subcontratação em prova.

4. FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As formalidades estudadas são as seguintes:

a) Procedimento administrativo de Licitação;

b) Escrito em regra;

c) Publicação;

d) Instrumento do contrato;

4.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICITAÇÃO

OU **procedimento de justificação**, nos casos de dispensa ou inexigibilidade, conforme o art. 26 do Estatuto.

> *Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADAS, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)*
> *Parágrafo único. O PROCESSO de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
> *I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;*
> *II - razão da escolha do fornecedor ou executante;*
> *III - justificativa do preço.*
> *IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

DICA (procuradorias): atenção ao procedimento de justificação, no qual se deve mostrar/explicitar bem a justificação, é o que o TCU quer, é o que o TCU confere.

4.2. ESCRITO EM REGRA

Exceção: podem ser verbais os contratos de *pequenas compras de pronto pagamento*, no valor de até R$ **8.800,00**. Art. 60§único da 8666.

> *Art. 60, Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei (modalidade convite), feitas em regime de adiantamento (ou seja, 5% do valor do convite– para compras e serviços).*

4.3. PUBLICAÇÃO

O contrato deve ser publicado no prazo máximo de 20 dias, contados da assinatura, **não podendo ultrapassar o quinto dia útil do mês subsequent**e (art.61, parágrafo único) – intenção do legislador: "limpar gavetas", impedir contratos acumulados. É uma **condição de eficácia** do contrato. O que se publica aqui é o extrato do contrato, uma espécie de resumo.

> *Art. 61, Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que **é condição indispensável para sua eficácia**, será providenciada pela Administração **até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura**, **para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data**, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.*

A publicação também é condição para **início de produção de efeitos.** Para a entrega do contratado por exemplo.

4.4. INSTRUMENTO DO CONTRATO

Previsto no art. 62 do Estatuto. É o documento minucioso dos termos contratuais. É ***obrigatório*** quando se tratar de valor correspondente ***à concorrência e à tomada de preços,*** mesmo que a licitação não aconteça (o que importa é o valor). Nos demais casos o instrumento é FACULTATIVO, desde que seja possível realizá-lo de outra maneira (requisitos cumulativos), tais como carta-contrato, nota de empenho de despesas, autorização de compra ou ordem de serviço.

OBS: Esse art. 62 é recorrente em provas.

> *Art. 62. O instrumento de contrato é OBRIGATÓRIO nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e FACULTATIVO nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.*
> *§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.*
> *§ 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei (este artigo estabelece as cláusulas necessárias aos contratos administrativos, veremos abaixo).*
> *§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 (cláusulas necessárias) e 58 (cláusulas exorbitantes) a 61 (outras formalidades, como número do processo, por exemplo...) desta Lei e demais normas gerais, no que couber:*
> *I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;*
> *II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.*

§ 4º É dispensável o "TERMO DE CONTRATO" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

**E se há a dispensa e a inexigibilidade*? Deve ter obrigatoriamente, da mesma forma, se o valor for correspondente a concorrência/tomada de preços.

**Facultativo*: se não estiver no valor correspondência à concorrência/tomada de preço (convite), sendo possível realizá-lo de outra maneira, por exemplo, quando a relação for simples.

5. CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.1. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS (ART. 55)

5.1.1. Análise do art. 55

*Art. 55. São **cláusulas NECESSÁRIAS** em todo contrato as que estabeleçam:*
*I - o **objeto** e seus elementos característicos;*
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
*III - o **preço e as condições de pagamento**, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
*V - o **crédito pelo qual correrá a despesa**, com a indicação da classificação funcional programática e da*
categoria econômica;
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
VIII - os casos de rescisão;
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 (inexecução total ou parcial) desta Lei;
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A Empresa deve **manter** todos os requisitos da habilitação durante a execução do contrato (art. 55, inc. XIII). Descumprindo alguma delas estará inadimplente, dando causa à rescisão do contrato.

A administração, nestes casos, pode aplicar as sanções do art. 87 ou rescindir o contrato. Porém, segundo o STJ, não pode deixar de efetuar o pagamento pelo fato de o contratado estar irregular.

> *§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro,* ***deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual****, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei (caso em que o pagamento é feito com produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação...).*
> *§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (lei de normas gerais de direto financeiro, explica a liquidação).*

5.1.2. Quanto à cláusula necessária de garantia (art. 55, VI)

Garantia (art. 55, VI): A Administração não só pode como **deve** exigir garantias do contratado (***doutrina: poder-dever***), a fim de lastrear um eventual descumprimento contratual. Para compensar os prejuízos no caso de descumprimento. Art. 56:

> *Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório,* ***poderá ser exigida prestação de garantia*** *nas contratações de obras, serviços e compras.*
> *§ 1º* ***Caberá ao CONTRATADO optar*** *por uma das seguintes modalidades de garantia:*
> *I -* ***Caução em dinheiro OU em títulos da dívida pública****, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;*
> *II - Seguro-garantia;*
> *III - fiança bancária.*

Forma da garantia: A lei dá quatro alternativas:

Caução em dinheiro;

Título da dívida pública (TDP);

Fiança bancária;

Seguro-garantia, que nada mais é do que um contrato de seguro do contrato, vale dizer, um seguro que cobre um eventual inadimplemento. Quem escolhe a forma de garantia é o **contratado** e não o Poder Público.

> *§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo **não excederá a CINCO POR CENTO do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.*

Valor da garantia: No máximo 5% do valor do contrato. Excepcionalmente os contratos de grande vulto, de alta complexidade ou de riscos financeiros para a Administração, podem ter garantia fixada em **até 10% do valor do contrato.**

> *§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de **grande vulto envolvendo alta complexidade técnica** e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para **ATÉ DEZ POR CENTO do valor do contrato.***
> *§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.*
> *§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens*

5.1.3. Quanto à cláusula necessária de prazo do contrato (art. 55, IV)

Duração do contrato (art. 55, inc. IV): Todo contrato deve ter prazo determinado (art. 57). O prazo deve ser o do **crédito orçamentário**, ou seja, de **no máximo 12 meses,** que é o prazo da Lei Orçamentária Anual, que é o prazo do exercício financeiro. Essa é a regra.

Exceções:

Objeto do contrato estiver previsto no Plano Plurianual, o contrato poderá ter prazo de **até quatro anos** (PPA);

Serviço de prestação contínua. Se houver vantagem quanto ao preço para a administração, o prazo poderá ser de **até 60 meses,** excepcionalmente **poderá chegar até 72 meses**;

Programas e equipamentos de informática: poderá chegar a **48 meses**.

Vejamos tais exceções no art. 57:

Parêntese

PPA- decide o que se fará nos 4 anos.

LDO – o que será feito da PPA para cada ano dos quatro.

LOA- define os recursos para cada uma das metas.

Parêntese

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
> *I - Aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;*

O prazo pode ser maior se o objeto do contrato estiver previsto no Plano Plurianual (ver isso na CF: art. 165 e seguintes, LDO, LOA e PPA), que são as metas e ações previstas ao longo dos quatro anos de mandato. Nesses termos, o contrato pode ter prazo de **até quatro anos** (PPA). (não coincidentes com o mandato do presidente – os seus 03 últimos e um ano do próximo administrador)

> *II - À prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;*

Serviço de prestação contínua**:** Nesses casos pode ter duração de **até 60 meses**, desde que quanto maior o prazo, **melhor seja o preço.**

OBS: A lei diz que nesses casos, em caso de excepcional interesse público, é possível uma prorrogação por mais 12 meses. Exemplo: Coleta de lixo. A Regra é 60 meses, mas **pode chegar até 72** meses. Vide §4º.

> *III - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
> *IV - Ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.*

Aluguéis de programas e equipamentos de informática: **Limite de 48 meses**.

O §1º do artigo em comento refere as hipóteses de prorrogação de algumas etapas do contrato que não e confundem com o prazo de duração do próprio contrato.

> *§ 1º Os prazos de início de **etapas de execução**, **de conclusão** e **de entrega ADMITEM PRORROGAÇÃO**, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, **desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo**:*
> *I - Alteração do projeto ou especificações, pela Administração;*
> *II - **Superveniência de fato excepcional ou imprevisível**, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;*
> *III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;*
> *IV - Aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;*
> *V - Impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;*

*VI - **Omissão ou atraso de providências a cargo da Administração**, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.*
§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.
*§ 3º É **vedado** o contrato com prazo de vigência **INDETERMINADO**.*
*§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso **II do caput deste artigo** poderá ser prorrogado por **até doze meses** (60+12 = 72).*

OBS1: Quando se tratar de contrato de **concessão** e **permissão** de serviço, quem vai definir o prazo é a lei do serviço. Vai depender muito do investimento. Temos prazos de 10, 15, 20 anos.

OBS2: Se não há desembolso (pagamento) por parte da Administração não há necessidade de respeitar o limite de 12 meses, pois não há preocupação com o crédito orçamentário.

5.2. CLÁUSULAS EXORBITANTES (ART. 58)

5.2.1. Previsão legal e conceito

Também chamadas de "**cláusulas de privilégio**", são aquelas que extrapolam, exorbitam, ultrapassam os limites aceitáveis no âmbito dos contratos de Direito Privado. Essas cláusulas garantem à Administração algumas prerrogativas, dando a ela tratamento desigual.

As cláusulas estão explicitadas no art. 58 do diploma e são as seguintes:

a) Alteração unilateral do contrato (art. 58, I);

b) Rescisão unilateral do contrato (art. 58, II);

c) Fiscalização do contrato (art. 58, III);

d) Aplicação de **sanções** (art. 58, IV);

e) Ocupação provisória de bens (art. 58, V).

Senão, vejamos:

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
*I - **MODIFICÁ-LOS, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*
*II - **RESCINDI-LOS, unilateralmente**, nos casos especificados no inciso I do art. 79 (hipóteses) desta Lei;*
III - FISCALIZAR-LHES a execução;
*IV - **Aplicar SANÇÕES motivadas** pela inexecução total ou parcial do ajuste;*
*V - Nos casos de **serviços essenciais**, **OCUPAR PROVISORIAMENTE bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do***

> ***contrato,*** *na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*
> *§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*
> *§ 2º Na hipótese do inciso I (alteração unilateral do contrato) deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

Vamos ao estudo pormenorizado de cada uma das cláusulas.

5.2.2. Art. 58, inciso I: Alteração unilateral do contrato (art. 65) – OBS: estudaremos aqui a alteração bilateral também por conveniência).

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
> *I - **MODIFICÁ-LOS, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

1) *Alteração UNILATERAL do contrato pela Administração: modificação QUALITATIVA ou QUANTITATIVA (art. 65, inciso I)*

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
> *I - Unilateralmente pela Administração:*
> *a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (alteração qualitativa)*
> *b) quando **necessária a modificação do valor contratual** em decorrência de **acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos limites permitidos por esta Lei; (alteração quantitativa)*
> *§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os **acréscimos ou supressões** que se fizerem nas OBRAS, SERVIÇOS ou COMPRAS, **até 25%** (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de REFORMA DE EDIFÍCIO ou de EQUIPAMENTO, **até o limite de 50%** (cinquenta por cento) para os **seus acréscimos**. → **Observe** que o limite é 25% para + ou – e o de 50% é somente para mais. Ou seja: pode diminuir somente até 25% neste último caso!*
> *§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:*
> *I - (VETADO)*
> *II - As supressões **resultantes de acordo celebrado** entre os contratantes (acordado bilateralmente poderá haver extrapolação dos valores).*
> *§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.*
> *§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por*

outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.
§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
§ 7º (VETADO)
§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A mera possibilidade de alteração unilateral não configura cláusula exorbitante. A alteração unilateral pode ser feita pela Administração e deve ser suportada pelo particular. Entretanto, essa alteração é limitada pela Lei e deve ter como finalidade o interesse público, do contrário poderia ser utilizada como um meio de fraudar a licitação (desvio de finalidade). Conforme o art. 65 do Estatuto, a alteração unilateral pode ocorrer nos seguintes casos:

1º Caso (art. 65, inc. I, 'a'): quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; ***(alteração qualitativa)***

2º Caso (art. 65, inc. II, 'a'): quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; ***(alteração quantitativa).*** *Neste caso, a alteração do preço será de forma* ***indireta****, visto que a modificação qualitativa é a alteração* ***direta.***

Observações:

A alteração contratual não pode atingir a natureza do contrato (seria uma fraude à licitação);

Podem ser alteradas as especificações do projeto, para melhor adequação técnica aos seus objetivos **(alteração qualitativa)**. Exemplo1: Administração contrata construção de escola. Fica determinado no projeto que o piso será branco etc. Nada impede que durante a execução do contrato a Administração modifique a especificação do projeto, alterando a cor do piso, ou o material utilizado.

Exemplo2: Contrato para entrega de 100 canetas. Pode, depois de assinado o contrato, a Administração mudar o contrato para entrega de 75 canetas (não quer mais 100; só quer 75) **(alteração quantitativa)**. Trata-se de uma alteração quantitativa do objeto, que também altera o valor do contrato, ou seja, deve a Administração pagar por apenas 75 canetas.

Limites (art. 65, §1º e §2º)

Os limites para acréscimos ou supressões de obras, serviços ou compras são os seguintes:

A alteração QUANTITATIVA pode ser no limite de 25% (**para mais ou para menos**) do valor inicial pactuado.

A administração vai pagar pelo que efetivamente recebeu proporcionalmente ao valor inicialmente contratado, ou seja, não pode o contratado alterar o valor depois de a Administração decidir alterar o contrato.

Se for caso de supressão do objeto e a mercadoria já foi entregue, aí não cabe mais alteração, devendo a Administração pagar pela totalidade.

OBS: No caso de reformas (edifícios ou equipamentos) o valor do contrato pode ser **aumentado** em até 50%. **A possibilidade de supressão continua em 25%.**

2) ***Alteração BILATERAL – "por acordo das partes" (não são cláusulas exorbitantes, entretanto, pertinente à alteração contratual! Art. 65, II)***

Pode ocorrer diante das seguintes hipóteses:

a) Conveniência da substituição da garantia de execução;

b) Necessária modificação do regime de execução;

c) Necessária modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes;

d) Restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (aplicação da teoria da imprevisão);

Vejamos:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
> *...*
> *II - Por acordo das partes:*
> *a) quando conveniente a substituição da **garantia de execução**;*
> *Também é possível promover a **substituição da garantia**. Quem escolhe inicialmente a forma de prestar a garantia é o CONTRATADO, mas aqui é possível que a partes acordem pela sua alteração. Art. 65, II, 'a'.*
> *b) quando necessária a **modificação do regime de execução** da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*

É possível alteração bilateral do **regime de execução**, que são as regras de execução do contrato. Aqui, não se está atingindo o projeto; não há modificação do projeto. Aqui, se refere mais a prazos e metas de execução, não atingindo o projeto em si. Art. 65, II, 'b'.

> *c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*

É possível que se altere a forma de pagamento (ia pagar em 10x, agora em 5x), no entanto não se permite que ocorra pagamento antes do recebimento (**primeiro se recebe a prestação para só depois pagar**). Art. 65, II, 'c'

> *d) para **restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente** entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos **imprevisíveis**, ou **previsíveis porém de consequências incalculáveis**, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em **caso de força maior, caso fortuito** ou **fato do príncipe**, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*

Alteração contratual buscando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato: Esse equilíbrio é a situação que se estabelece no momento da celebração do contrato, portanto só há que se falar em alteração contratual se a situação fática foi modificada (***teoria da imprevisão - cláusula rebus sic stantibus***). Art. 65, II, 'd'. Aplica-se a Teoria da Imprevisão quando:

Surge um fato novo imprevisto (não escrito no contrato) e imprevisível;

Onerosidade excessiva para uma das partes;

OBS1: A alteração remuneratória na teoria da imprevisão é chamada de ***RECOMPOSIÇÃO DE PREÇOS ("revisão").*** Quando a alteração dos preços é prevista no contrato, trata-se do chamado ***REAJUSTAMENTO DE PREÇOS ("reajuste").***

OBS2: A Teoria da imprevisão tem como aplicação inicial a revisão contratual, a fim de restabelecer o equilíbrio financeiro. Entretanto, em não sendo possível uma revisão eficaz, deve-se proceder à rescisão do contrato.

OBS: JSCF - há diferença de **reajuste** para **revisão** do contrato, devido ao desequilíbrio econômico financeiro. Ambos são previstos na lei, **reajuste** é a previsão contratual para correção monetária, devido a regime inflacionário. **Revisão** independe de previsão expressa e decorre da existência de fato superveniente que causa o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Hipóteses de aplicação da Teoria da Imprevisão:

Fato do príncipe

É aquela atu**ação estatal GERAL e ABSTRATA que vai atingir o contrato de forma indireta ou reflexa.** Exemplo: Alteração da alíquota de um imposto. A Administração contrata com empresa de coleta de lixo que paga o ISS. Passado um tempo, o Município altera a alíquota do ISS, o que, de forma reflexa, acaba por atingir o contrato. Alteração da alíquota é feita por lei, logo é geral e abstrata.

Fato da Administração

É aquela **atuação estatal ESPECÍFICA que vai atingir o contrato de forma direta**. Ex: Contrato de construção de viaduto. No entanto, era necessário que uma área fosse desapropriada. A negativa de desapropriação (atuação específica na situação concreta) acaba por atingir diretamente a construção da obra, impossibilitando-a.

Interferências imprevistas

Situações que já existem ao tempo da celebração do contrato, mas que só podem ser descobertas quando da sua execução, tornando a execução dificultada ou excessivamente onerosa. Ex: Contrato de construção de edifício. Quando a empresa começa a construir, percebe diversidades estruturais no solo (situação que já existia, mas não era identificada), o que dificultaria sobremaneira a construção.

Caso fortuito/força maior

Eventos imprevisíveis e/ou inevitáveis que dificultam a execução ou a tornam excessivamente onerosa. Se a revisão contratual não for suficiente para possibilitar sua execução, proceder-se-á à rescisão, cabendo aqui indenização ao contratado pelos prejuízos sofridos se não agiu com dolo ou culpa.

Atenção:

É possível supressão do valor do contrato superior ao limite de 25% previsto quando a alteração é bilateral. Art. 65, §2º, II.

> *Art. 65*
> *§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior (refere-se ao §1º que trata dos limites de 25% e 50% e tal), salvo:*
> *I - (VETADO)*
> *II - As supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.*

5.2.3. Art. 58, inciso II: Rescisão unilateral do contrato (hipóteses no art. 78 I a XII e XVII)

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta **Lei confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa de**:*
> *II - Rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*
>
> *Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:*
> *I - Determinada por ato UNILATERAL e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior (trata do art. 78);*
> *II - Amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;*
> *III - judicial, nos termos da legislação;*
>
> *Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
> *I - O **não cumprimento de cláusulas contratuais**, especificações, projetos ou prazos;*

*II - **O cumprimento irregular** de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;*
*III - **a lentidão do seu cumprimento**, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;*
IV - O atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
*V - **A paralisação da obra,** do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;*
*VI - A **subcontratação** total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato**;*
*VII - o **desatendimento das determinações regulares da autoridade** designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;*
*VIII - **o cometimento reiterado de faltas na sua execução**, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; (registro próprio das ocorrências relacionadas à execução do contrato)*
IX - A decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
X - A dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
***XI - a alteração social ou a modificação da finalidade** ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;*
*XII - **razões de interesse público**, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela **máxima autoridade da esfera administrativa** a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;*
*XVII - a **ocorrência de caso fortuito ou de força maior**, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.*

As hipóteses que possibilitam a rescisão unilateral se referem ao descumprimento do contrato pelo particular e a razões de interesse público ou força maior. Quando há culpa do contratado pela rescisão, pode ser compelido a indenizar os prejuízos; quando se trata das razões de interesse público e força maior que impossibilitam a execução do contrato, deve a Administração indenizar o contratado pelos eventuais prejuízos sofridos. Vale lembrar a **rescisão contratual pressupõe um prévio processo administrativo, garantido ao contratado o contraditório e a ampla defesa**.

OBS1: Percebe-se que o caso fortuito e a força maior dão causa tanto à rescisão unilateral (pela Administração) quanto à amigável ou judicial (motivada pelo contratado). Em todos os casos, em havendo prejuízo ao particular, fará jus a indenização.

5.2.4. Art. 58, inc. III: Fiscalização do contrato pela Administração (art. 67)

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
III - FISCALIZAR-LHES a execução;
É um poder-dever. A Administração tem a obrigação de cuidar do contrato, como fiscal do interesse público. Mas não é por isso que o contratado deixa de responder por atos culposos ou dolosos que causarem danos à Administração ou terceiros. Somente quanto às dívidas previdenciárias

*decorrentes do contrato é que a Administração tem responsabilidade (**solidária**, conforme art. 71, §2º do Estatuto).*

*Art. 67. A execução do **contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*
§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.
§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, PREVIDENCIÁRIOS, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais NÃO TRANSFERE À Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. *
*§ 2o A Administração Pública responde SOLIDARIAMENTE com o contratado pelos encargos PREVIDENCIÁRIOS resultantes da execução do contrato, nos termos do **art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**.*

5.2.5. Art. 58, inc. IV: Aplicação de sanções pela Administração (art. 87)

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
*IV - **Aplicar SANÇÕES motivadas** pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

São penalidades possíveis: Advertência, multa, suspensão de contratar (até dois anos) e declaração de inidoneidade (tempo indeterminado, até a reabilitação). A aplicação das penalidades é discricionária, de acordo com a gravidade do ato praticado. A multa vai depender da previsão do contrato.

A **suspensão de contratar** atinge apenas aos contratos com o ente político que aplicou a sanção. Ex: Pena aplicada pelo Município de Rio Grande impede a contratação apenas com Rio Grande.

A **declaração de inidoneidade** reflete um impedimento de contratação com **todos os entes** da Administração. Esse impedimento perdura até o momento em que a empresa se reabilite. Para reabilitar-se é necessário o preenchimento do prazo de dois anos e do pagamento de indenização pelos prejuízos (**requisitos cumulativos= 2 anos + indenização**).

A doutrina entende que a declaração de inidoneidade, por ser tão grave, deve ser aplicada somente nos casos de **crimes** na licitação.

OBS: JSCF entende que as punições de suspensão e declaração de inidoneidade devem ter uma **interpretação extensiva**, no sentido de se aplicarem a todos os entes da administração. Todavia, diz que proferem efeito **ex nunc,** ou seja, o contrato não é rescindido automaticamente, podendo o contratado finalizar os contratos em andamento.

Lembrando que no Direito Administrativo não há o tipo primário e em seguida o tipo secundário (pena) taxativamente, aqui as punições são definidas e fica a critério do administrador averiguar a mais adequada para determinada conduta.

5.2.6. Art. 58, inc. V: Ocupação provisória dos bens pela Administração

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, a **prerrogativa de**:*
> *V - Nos casos de **serviços essenciais, OCUPAR PROVISORIAMENTE bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato**, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*

A administração resolve retomar o serviço e não tem bens suficientes para manutenção do serviço, ela poderá ocupar provisoriamente os bens da contratada (atendendo ao ***princípio da continuidade***).

Acontece enquanto estiver em andamento o processo administrativo para rescisão de contrato.

OBS: para rescindir, ela deve dar a empresa o **contraditório e a ampla defesa.**

Vamos imaginar que encerrado o processo, a administração decida mesmo pela rescisão. Os bens que eram ocupados provisoriamente (o caminhão que a administração usava para coleta do lixo...por exemplo) poderão ser ADQUIRIDOS pela administração através do instituto da "***REVERSÃO*".**

A **indenização** é possível tanto na **ocupação** quanto na **reversão**. Mas depende da previsão contratual, do que está escrito no contrato. Se a empresa causou prejuízo, a administração pode compensar.

OBS: só serão passíveis de reversão os bens indispensáveis para a continuidade do serviço. (aquele escritório chique poderá ser objeto da reversão? Depende...somente se ele for indispensável).

5.3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Trata-se da cláusula presente nos contratos onerosos de Direito Privado que permite a qualquer dos contraentes suspender a execução de sua parte no contrato enquanto a outra parte não cumpre sua obrigação.

A doutrina clássica de Hely não admitia o uso dessa defesa pelos particulares quando do descumprimento contratual da Administração, sob o argumento de afronta ao princípio da continuidade do serviço público.

Essa ideia foi superada pela Doutrina moderna de Celso Antônio (JSCF concorda), que corretamente assevera que não são todos os contratos administrativos que se referem a serviços públicos.

Assim, hoje se admite a invocação da exceptio, mas de forma mitigada e desde que o contrato não se refira a prestação de serviço público (há quem não faça essa ressalva do serviço público).

Conforme o art. 78, XV do Estatuto, mesmo que a Administração esteja inadimplente, o contratado é obrigado a prestar o serviço pelo prazo de até 90 dias. Vencidos os 90 dias a empresa pode suspender a prestação do serviço, ou até mesmo exigir a rescisão contratual por culpa da Administração, exigindo indenização. Ou seja, aplica-se a cláusula da exceção do contrato não cumprido apenas depois de decorrido o prazo de 90 dias da inadimplência da Administração (ver acima).

A *Exceptio non adimpleti contractus* não se trata de cláusula exorbitante, uma vez que também é prevista nos contratos comuns. Hely dizia que essa cláusula não se aplicava aos contratos administrativos, e considerava a sua ausência uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos.

> ***Art. 78****. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
> *XV - **o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração** decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, **assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação**;*

OBS1: Há quem defenda que, em casos excepcionais, deva-se admitir a exceção ou até mesmo a rescisão contratual antes desse lapso temporal, **via ação com tutela cautelar** (José dos Santos).

OBS2: A exceptio sempre pode ser invocada PELA ADMINISTRAÇÃO, quando do descumprimento contratual por parte do contratado.

6. EXTINÇÃO CONTRATUAL

Pode ser por:

a) Conclusão do objeto;

b) Advento do termo contratual;

c) “Rescisão”;

d) Anulação.

6.1. CONCLUSÃO DO OBJETO

É a via normal. Exemplo: Término da construção contratada.

6.2. ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL

Quando o prazo do contrato vence.

6.3. "RESCISÃO"

Cinco hipóteses:

a) Rescisão administrativa;

b) Rescisão judicial;

c) Rescisão amigável ou consensual;

d) Rescisão de pleno direito;

e) Rescisão por arbitragem.

Vejamos:

6.3.1. Rescisão administrativa (unilateral)

Feita de forma unilateral pela Administração. Pode ser feita em razão de **interesse público** ou por **motivos de força maior** que impossibilitem a execução do contrato, caso no qual deverá ser indenizado o contratado dos eventuais prejuízos sofridos.

No contrato de **CONCESSÃO**, essa rescisão se chama ***"ENCAMPAÇÃO".***

Também é possível a rescisão unilateral por **descumprimento de cláusula contratual** pelo contratado. Nesse caso, cabe ao contratado pagar indenização.

No contrato de **CONCESSÃO**, essa extinção se chama ***"CADUCIDADE".***

6.3.2. Rescisão judicial

Ocorre quando o CONTRATADO não mais quer o contrato**, e como não pode rescindir de forma unilateral, deve ir à via judicial.** É comum quando a inexecução do contrato se baseia na teoria da imprevisão e quando a Administração não realiza a rescisão amigável.

6.3.3. Rescisão amigável ou consensual

Quando as partes decidem pôr, mediante acordo, termo ao contrato.

6.3.4. Rescisão de pleno direito

Aquela que decorre de circunstâncias estranhas à vontade das partes. Exemplo: morte, incapacidade civil etc.

6.3.5. Rescisão por arbitragem

Admite-se a arbitragem para solução de conflitos.

6.4. ANULAÇÃO

Ocorre quando existe ilegalidade no contrato ou mesmo no procedimento que o antecedeu (licitatório ou de justificação). A anulação opera efeitos ***EX TUNC***, devendo, no entanto, serem ressarcidos eventuais prejuízos do contratado, desde que não tenha dado causa ao vício que inquinou o contrato.