Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Licitações e Contratos Administrativos

Teoria e Prática

4.ª edição
revista, atualizada e ampliada

Prefácio
José dos Santos Carvalho Filho

De acordo com a Lei 13.019/2014 (Parceria entre Administração e OSCs)

gen | EDITORA MÉTODO

Licitações e Contratos Administrativos

Teoria e Prática

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Licitações e Contratos Administrativos

Teoria e Prática

4.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

Prefácio
José dos Santos Carvalho Filho

gen | EDITORA MÉTODO

SÃO PAULO

- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

  Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

  Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
  Copyright © 2015 *by*
  EDITORA MÉTODO LTDA.
  Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial
  Nacional Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
  Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
  metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

  Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira
- Produção digital: Geethik

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
  Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

  O51L

  Oliveira, Rafael Carvalho Rezende
  Licitações e contratos administrativos / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ISBN 978-85-309-6013-1

1. Contratos. 2. Contratos administrativos . 3. Licitação pública. I. Título.

CDU: 42.951:352

11-7490.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta nova obra contou com o apoio e o incentivo de familiares, amigos e colegas de trabalho. Nada mais justo do que expressar aqui a minha gratidão a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a finalização do livro.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Celso Rezende Oliveira e Cleonice Carvalho Rezende Oliveira (Dúria), pelo amor inabalável.

À minha mulher, Alessandra Simões Bordeaux Oliveira, paixão da minha vida, sempre companheira, que nunca deixou de me incentivar na vida pessoal e profissional. O nosso amor é o segredo da nossa felicidade.

Não posso deixar de registrar, também, a importância da minha sobrinha, Karina de Oliveira Lomba, e da minha irmã, Renata Carvalho Rezende Oliveira, no caminho até a finalização deste trabalho. O amor suaviza qualquer desafio.

Registro, ainda, a minha eterna gratidão ao saudoso amigo e professor Marcos Juruena Villela Souto, que sempre apoiou a minha evolução acadêmica e pessoal.

Fico extremamente feliz e honrado com o prefácio do professor José dos Santos Carvalho Filho, referência nacional do Direito Administrativo e amigo admirável.

Deixo consignado especial agradecimento ao Dr. Rafael Véras de Freitas, que abdicou do seu tempo para proceder à leitura atenta da minuta da obra, com

a apresentação de sugestões valiosas.

Aos meus alunos dos cursos de pós-graduação da Fundação Getulio Vargas (FGV) e da Universidade Candido Mendes (UCAM), bem como do curso *Forum* e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). A troca de experiência nas aulas foi fundamental para a escolha do tema, assim como para algumas questões levantadas no livro.

À Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, órgão exemplar no controle da legalidade dos atos jurídicos e na defesa da lisura das licitações e contratos administrativos.

Por fim, agradeço a Deus por iluminar a minha trajetória pessoal e profissional.

NOTA À 4.ª EDIÇÃO

É uma honra e motivo de felicidade saber da grande aceitação da obra pelos leitores e da sua consolidação na literatura jurídica.

A 4.ª edição do livro *Licitações e contratos administrativos* contém atualização doutrinária, legislativa e jurisprudencial, bem como a inclusão de novo tópico, conforme destacado abaixo:

a) inclusão do item "O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil (OSCs): aspectos relevantes da Lei 13.019/2014";
b) atualização legislativa, com destaque para as seguintes novidades: b.1) Lei 13.019/2014: estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; b.2) Lei 12.980/2014 e Decreto 8.251/2014: promoveram alterações no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); b.3) LC 147/2014: alterou a LC 123/2006, inclusive na parte relativa ao tratamento diferenciado aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas;
c) inclusão de novas decisões e orientações do STF, STJ, TCU e Orientações Normativas da AGU.

Dedico esta edição à minha mulher, Alessandra Simões Bordeaux Oliveira, e ao nosso querido filho, Lucca Bordeaux Oliveira, motivo de inspiração e fonte de amor imensurável, que chegou para arrebatar nossos corações.

Boa leitura!

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

APRESENTAÇÃO

O presente livro pretende abordar de maneira didática e aprofundada os principais temas relacionados às licitações e aos contratos administrativos.

A intenção é apresentar ao leitor um verdadeiro manual de licitações e contratos administrativos que concilia a teoria e a prática, representando um importante instrumento de consulta no dia a dia daqueles que se relacionam com o Estado, bem como dos estudantes em geral.

Com linguagem clara e objetiva, o texto apresenta as principais polêmicas sobre as licitações e os contratos administrativos, as respectivas opiniões doutrinárias e o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, sempre acompanhados da opinião fundamentada do autor.

Em consequência, o leitor tem a possibilidade de conhecer e compreender os principais argumentos suscitados em importantes debates doutrinários e jurisprudenciais, formando o seu próprio juízo de valor.

Outra característica importante da obra é a menção dos principais entendimentos consagrados no Tribunal de Contas da União, órgão de extrema relevância na fixação de interpretações e diretrizes sobre o tema. As principais decisões do TCU, noticiadas nos “Informativos de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos”, são indicadas ao longo do livro.

A jurisprudência do STF e do STJ, inclusive com menção dos respectivos informativos, também é apresentada com o objetivo de demonstrar a

interpretação que vem sendo adotada nos tribunais superiores sobre temas polêmicos.

O público-alvo da obra são os Procuradores, Ministros, conselheiros e demais agentes dos Tribunais de Contas, agentes integrantes dos órgãos de controle interno do Estado, Juízes, Promotores de Justiça, advogados, estudantes, especialmente aqueles que buscam aprovação em concursos públicos, e todos os estudiosos do Direito Administrativo.

O livro é dividido em quatro capítulos. No capítulo 1, o texto apresenta uma visão geral e profunda das licitações.

Em seguida, no capítulo 2, são destacados temas especiais e atuais sobre as licitações, tais como: a participação de cooperativas nos certames; as regras especiais destinadas às microempresas e empresas de pequeno porte; a função regulatória da licitação; a discussão quanto à necessidade de licitação para celebração de convênios; as regras especiais aplicáveis aos consórcios públicos, às concessionárias de serviços públicos e ao Terceiro Setor; o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

No capítulo 3, os contratos administrativos são objeto de análise detalhada, permitindo a compreensão dos seus conceitos, características e regime jurídico.

Por fim, o capítulo 4 destaca temas especiais relacionados aos contratos administrativos, como: peculiaridades dos contratos de concessão comum e especial (Parcerias Público-Privadas); convênios administrativos, contratos de gestão, termos de parceria e outros instrumentos similares; regime jurídico dos contratos de consórcios públicos, contratos de rateio e contratos de programa.

O Autor

PREFÁCIO

A história da evolução jurídica aponta para a certeza de que nem sempre as instituições administrativas apresentaram o desenho que as simboliza na modernidade.

Sem dúvida, contudo, essas instituições passaram a ter essência de tal dimensão, que assumiram a condição de instituições autônomas diante do Estado.

Várias são as razões oferecidas pelos estudiosos. Uma delas, porém, nos parece inarredável: o intervencionismo estatal na vida econômica e social. Na visão de CHARLES DEBBASCH, *"le pouvoir politique détient toujours dans ces domaines le droit de décision"*.[1]

Do expressivo intervencionismo estatal nas relações jurídicas vieram a lume, entre outros institutos, as licitações públicas e os contratos administrativos. Ambos permeiam atualmente a Constituição em forma de princípio: contratos celebrados pela Administração reclamam, como regra, a realização do processo seletivo licitatório (art. 37, XXI, da CF).

Nesse viés, sempre é de boa lembrança reafirmar os dogmas tão bem difundidos por HELY LOPES MEIRELLES: *"A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente lógico da licitação"*.[2]

Pois foram exatamente esses os temas que constituíram o foco deste

excelente estudo do Prof. RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA.

Tive o prazer de fazer a leitura da obra e, de plano, identifiquei a sistemática própria do professor militante: a organização dos temas e a preocupação com o leitor, oferecendo exposição dotada de clareza e permitindo o exame dos tópicos em sequência lógica – elemento facilitador da compreensão.

O trabalho foi dividido em quatro pilares de sustentação: em primeiro lugar, o estudo da licitação; depois, os temas especiais sobre as licitações; em terceiro lugar, os contratos administrativos; e, por último, os temas especiais a respeito dos mesmos contratos.

Embalado pelas modernas correntes doutrinárias e pelas necessárias trilhas jurisprudenciais, o autor discorre com muita propriedade sobre os temas e propicia a quem os lê o integral conhecimento de seu conteúdo.

Reconhecendo a influência e a importância de vários trabalhos em sua formação intelectual, ERIC HOBSBAWN[3] exclama: "*Diversas dessas obras moldaram minha vida*". A presente obra tem toda a aptidão de também fazê-lo.

Aceitei, honrado, o convite de RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA para estas breves palavras de referência, não apenas por admirá-lo e respeitá-lo como um dos maiores estudiosos de Direito Administrativo, mas principalmente pela amizade que nos aproxima – embora muito mais em alma, do que em presença, por conta dessa vida de tantos e tão intensos compromissos.

A obra – como de praxe dizem os prefácios ao final – será indispensável nas prateleiras de nossas estantes. Creio, no entanto, que será ainda mais indispensável fora delas – ao momento de sua leitura.

A confirmação da excelência advirá daqueles que a tiverem em mãos. Como apregoavam os romanos: "*Ad hominem apud quem hoc scriptum in manu apparuerit*".

Outubro de 2011

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Mestre em Direito pela UFRJ.

Professor da Univ. Federal Fluminense – UFF (Pós-Graduação).

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

Procurador de Justiça do Rio de Janeiro (aposentado).

Consultor Jurídico do Ministério Público do Rio de Janeiro.

1 *Institutions et Droit Administratifs.* Paris: PUF, 1976. p. 31.

2 *Licitação e Contrato Administrativo.* 9. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 16.

3 *Tempos Interessantes.* São Paulo: Cia das Letras, p. 71.

ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

BDA – Boletim de Direito Administrativo

BLC – Boletim de Licitações e Contratos

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTN – Código Tributário Nacional

FCGP – Fórum de Contratação e Gestão Pública

ILC – Informativo de Licitações e Contratos

IP – Interesse Público

MAP – *Ministerio para las Administraciones Publicas*

RAP – *Revista de Administración Pública*

RDA – Revista de Direito Administrativo

RDPE – Revista de Direito Público da Economia

RE – Recurso Extraordinário

REDA – *Revista española de Derecho Administrativo*

REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado

REsp – Recurso Especial

RT – Editora Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

1. LICITAÇÃO

1.1. Conceito

1.2. Fontes normativas

1.3. Competência legislativa

1.4. Princípios da licitação

1.4.1. Princípio da competitividade

1.4.2. Princípio da isonomia

1.4.3. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

1.4.4. Princípio do procedimento formal

1.4.5. Princípio do julgamento objetivo

1.5. Objeto da licitação

1.5.1. Obras e serviços de engenharia

1.5.1.1. Projeto básico, projeto executivo e outras exigências legais

1.5.1.2. Vedações e impedimentos

1.5.1.3. Formas de execução: direta e indireta

1.5.1.4. Execução indireta: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, empreitada integral e

tarefa

1.5.2. Serviços

1.5.2.1. Terceirização: atividade-meio *x* atividade-fim

1.5.2.2. Quarteirização

1.5.2.3. Serviços técnicos profissionais especializados

1.5.2.4. Serviços de publicidade

1.5.3. Compras

1.5.3.1. Indicação de marcas e amostras

1.5.3.2. Princípio da padronização

1.5.3.3. Preferência do Sistema de Registro de Preços (SRP)

1.5.3.4. Divisibilidade do objeto e licitação por item

1.5.4. Alienações

1.6. Sistema de Registro de Preços (SRP)

1.6.1. O “efeito carona” no Sistema de Registro de Preços

1.7. Destinatários da regra da licitação

1.7.1. Administração Pública direta

1.7.2. Administração Pública indireta

1.7.2.1. Estatais econômicas: atividade-fim *x* atividade-meio

1.7.2.2. Licitação na PETROBRAS

1.7.3. Entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público

1.8. Contratação direta

1.8.1. Licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993)

1.8.2. Dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/1993)

1.8.2.1. Valor reduzido (art. 24, I e II)

1.8.2.2. Situações emergenciais (art. 24, III e IV)

1.8.2.3. Licitação deserta (art. 24, V)

1.8.2.4. Intervenção no domínio econômico (art. 24, VI)

1.8.2.5. Licitação frustrada (art. 24, VII)

1.8.2.6. Contratação de entidades administrativas (art. 24, VIII, XVI e XXIII)

1.8.2.7. Segurança nacional (art. 24, IX)

1.8.2.8. Compra e locação de imóveis (art. 24, X)

1.8.2.9. Complementação do objeto contratual (art. 24, XI)

1.8.2.10. Gêneros perecíveis (art. 24, XII)

1.8.2.11. Entidades sem fins lucrativos (art. 24, XIII, XX, XXIV e XXXIII)

1.8.2.12. Negócios internacionais (art. 24, XIV)

1.8.2.13. Obras de arte (art. 24, XV)

1.8.2.14. Necessidade de manutenção de garantias (art. 24, XVII)

1.8.2.15. Forças Armadas (art. 24, XVIII, XIX e XXIX)

1.8.2.16. Bens destinados à pesquisa (art. 24, XXI)

1.8.2.17. Serviços públicos concedidos (art. 24, XXII)

1.8.2.18. Transferência de tecnologia e incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica (art. 24, XXV, XXXI e XXXII)

1.8.2.19. Contratos de programa (art. 24, XXVI)

1.8.2.20. Catadores de materiais recicláveis (art. 24, XXVII)

1.8.2.21. Alta complexidade tecnológica (art. 24, XXVIII)

1.8.2.22. Assistência técnica e extensão rural (art. 24, XXX)

1.8.2.23. Regras especiais de dispensa aplicáveis aos consórcios públicos, sociedades de economia mista,

empresas públicas e agências executivas (art. 24, § 1.º)

1.8.3. Inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei 8.666/1993)

1.8.3.1. Fornecedor exclusivo (art. 25, I)

1.8.3.2. Serviços técnicos especializados (art. 25, II)

1.8.3.3. Artistas consagrados (art. 25, III)

1.8.3.4. Credenciamento

1.9. Modalidades

1.9.1. Concorrência

1.9.2. Tomada de preços e o registro cadastral

1.9.3. Convite

1.9.4. Concurso

1.9.5. Leilão

1.9.6. Pregão

1.9.6.1. Pregão nas obras e serviços de engenharias: controvérsias

1.9.6.2. Pregão na contratação de equipamentos e serviços de informática

1.9.7. Consulta

1.10. Procedimentos

1.10.1. Fases da licitação: interna e externa

1.10.2. Edital

1.10.3. Habilitação

1.10.3.1. Habilitação jurídica

1.10.3.2. Qualificação técnica

1.10.3.3. Qualificação econômico-financeira

1.10.3.4. Regularidade fiscal e trabalhista

1.10.3.5. Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º da CRFB

1.10.4. Julgamento (tipos de licitação) e classificação

1.10.5. Homologação e adjudicação

1.11. Anulação e revogação da licitação

1.12. Recursos administrativos

2. TEMAS ESPECIAIS DE LICITAÇÕES

2.1. Cooperativas nas licitações

2.2. Microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006) e o tratamento diferenciado nas licitações

2.2.1. Saneamento de falhas na regularidade fiscal

2.2.2. Empate ficto ou presumido

2.2.3. Possibilidade de licitações diferenciadas

2.2.4. Exigências para aplicação do tratamento diferenciado previsto na LC 123/2006

2.2.5. Cédula de crédito microempresarial

2.2.6. Aplicação do tratamento diferenciado da LC 123/2006 às cooperativas

2.3. A participação de consórcios empresariais nas licitações

2.4. Desnecessidade de licitação para celebração de convênios e o processo seletivo objetivo

2.5. Licitação nas concessões de serviços públicos

2.5.1. Concessões comuns (Lei 8.987/1995): peculiaridades

2.5.1.1. Modalidade de licitação

2.5.1.2. Tipos de licitação

2.5.1.3. Contratação direta: dispensa e inexigibilidade

2.5.2. Concessões especiais (Lei 11.079/2004) – Parcerias Público-Privadas (PPPs): peculiaridades

2.5.2.1. Projeto básico, projeto executivo e Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): elaboração por entidades privadas e participação na licitação

2.5.2.2. Justificativa para formatação da PPP

2.5.2.3. PPP e responsabilidade fiscal

2.5.2.4. Edital e consulta pública

2.5.2.5. Licenciamento ambiental

2.5.2.6. Necessidade de autorização legislativa em determinados casos

2.5.2.7. Modalidade de licitação: concorrência, lances de viva voz e inversão de fases

2.5.2.8. Qualificação técnica e tipos de licitação

2.5.2.9. Saneamento de falhas

2.6. Licitação nos consórcios públicos

2.6.1. Valores diferenciados para escolha da modalidade de licitação (art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993)

2.6.2. Nova hipótese de dispensa de licitação (art. 24, XXVI, da Lei 8.666/1993)

2.6.3. Valores diferenciados para dispensa de licitação (art. 24, § 1.º, da Lei 8.666/1993)

2.6.4. Licitação compartilhada (art. 112 da Lei 8.666/1993)

2.7. Licitação no Terceiro Setor: aspectos polêmicos

2.7.1. Terceiro Setor: visão geral

2.7.2. Obrigatoriedade de processo objetivo de seleção para celebração do contrato de gestão e do termo de parceria

2.7.3. A controvérsia a respeito da necessidade de licitação nas

contratações com dinheiro público pelo Terceiro Setor

2.8. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável – o regime jurídico introduzido pela Lei 12.349/2010

2.8.1. Introdução

2.8.2. A função regulatória da licitação

2.8.3. O Direito Administrativo pós-positivista, pluralismo e a legitimidade das licitações públicas: efetivação do desenvolvimento nacional

2.8.4. As principais inovações trazidas pela Lei 12.349/2010

2.9. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): visão geral

2.9.1. Introdução

2.9.2. Discussão quanto à constitucionalidade da Lei 12.462/2011

2.9.3. Objeto e finalidades do RDC

2.9.4. Princípios e diretrizes do RDC: a função regulatória da licitação

2.9.5. Aquisição de bens: peculiaridades

2.9.5.1. Indicação de marca

2.9.5.2. Amostras

2.9.5.3. Certificados de qualidade

2.9.5.4. Solidariedade do fabricante

2.9.6. Contratação integrada

2.9.7. Contrato de desempenho e remuneração variável

2.9.8. Inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento

2.9.9. Regras especiais sobre publicidade: orçamento sigiloso e publicação dos atos

2.9.10. Lances verbais e intermediários

2.9.11. Critérios de julgamento

2.9.12. Critérios de desempate

2.9.13. Pré-qualificação permanente

2.9.14. Registros cadastrais

2.9.15. Sistema de Registro de Preços (SRP)

2.9.16. Catálogo eletrônico de padronização

2.9.17. Recursos administrativos

2.9.18. Sanções administrativas

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. Conceito e a dicotomia contrato administrativo *x* contrato privado

3.2. Fontes normativas e competência legislativa

3.3. Sujeitos do contrato

3.4. Características

3.4.1. Formalismo moderado

3.4.2. Bilateralidade

3.4.3. Comutatividade

3.4.4. Personalíssimo (*intuitu personae*)

3.4.5. Desequilíbrio

3.4.6. Instabilidade

3.5. Formalização do contrato e garantias

3.6. Cláusulas exorbitantes

3.6.1. Alteração unilateral

3.6.2. Rescisão unilateral

3.6.3. Fiscalização

3.6.4. Aplicação de sanções

3.6.5. Ocupação provisória

3.6.6. Outras cláusulas exorbitantes

3.6.7. A releitura das cláusulas exorbitantes

3.7. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

3.7.1. Reajuste

3.7.2. Revisão

3.7.3. Atualização financeira

3.7.4. Repactuação

3.8. Duração dos contratos

3.8.1. Contratos por prazo certo e contratos por escopo

3.8.2. Regra geral da duração: vigência do crédito orçamentário

3.8.3. Exceções: contratos com prazo superior à vigência do orçamento

3.9. Prorrogação dos contratos

3.10. Inexecução contratual

3.10.1. Inexecução culposa

3.10.1.1. Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)

3.10.2. Inexecução sem culpa

3.10.2.1. Teoria da imprevisão

3.10.2.2. Fato do príncipe

3.10.2.3. Caso fortuito e força maior

3.11. Extinção dos contratos

3.11.1. Motivos, formas e consequências da rescisão contratual

3.11.2. Arbitragem nos contratos administrativos

3.12. Sanções administrativas

3.13. Controle das licitações e dos contratos

3.14. Responsabilidade civil nos contratos administrativos

3.14.1. Responsabilidade primária do contratado e responsabilidade subsidiária do Estado pela má execução do contrato

3.14.2. Responsabilidade do Estado nas terceirizações pelos encargos trabalhistas e previdenciários

3.14.3. Responsabilidade pessoal do parecerista nas licitações

3.14.4. Responsabilidade do Estado, das concessionárias e permissionárias de serviços públicos

4. TEMAS ESPECIAIS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Contratos de concessão de serviço público

4.1.1. Contrato de concessão comum de serviço público (Lei 8.987/1995)

4.1.1.1. Cláusulas essenciais

4.1.1.2. Prazo

4.1.1.3. Prorrogação

4.1.1.4. Subcontratação, subconcessão e transferência da concessão ou do controle acionário

4.1.1.5. Encargos do poder concedente e da concessionária

4.1.1.6. Direitos e obrigações dos usuários

4.1.1.7. Extinção do contrato de concessão

4.1.1.8. Reversão dos bens

4.1.2. Contrato de concessão especial de serviço público (Lei 11.079/2004)

4.1.2.1. Origem e fontes normativas

4.1.2.2. Conceito: PPP em sentido amplo e PPP em sentido restrito

4.1.2.3. Espécies de PPPs: patrocinada e administrativa

4.1.2.4. Principais características da concessão especial – PPP

4.1.2.4.1. Remuneração do concessionário

4.1.2.4.2. Repartição objetiva de riscos

4.1.2.4.3. Valor mínimo do contrato

4.1.2.4.4. Prazo contratual

4.1.2.4.5. Objeto complexo

4.1.2.4.6. Cláusulas essenciais

4.1.2.4.7. Sociedade de Propósito Específico (SPE)

4.1.2.4.8. Garantias diferenciadas e o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP)

4.2. Convênios administrativos

4.3. Convênios de natureza financeira: convênios, contratos de repasse e termo de cooperação (Decreto 6.170/2007, Decreto 7.568/2011 e Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011)

4.4. Contrato de gestão

4.4.1. Contrato de gestão interno ou endógeno

4.4.2. Contrato de gestão externo ou exógeno

4.5. Termo de Parceria

4.6. O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil (OSCS): aspectos relevantes da Lei 13.019/2014

4.6.1. Introdução

4.6.2. A abrangência federativa da Lei 13.019/2014 e a necessidade de sua interpretação conforme a Constituição

4.6.3. O âmbito de aplicação da Lei 13.019/2014 às entidades privadas sem fins lucrativos e às entidades da Administração Pública

4.6.4. Procedimentos de seleção de entidades parceiras

4.6.4.1. Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS)

4.6.4.2. A exigência de chamamento público para seleção de organizações da sociedade civil

4.6.5. Instrumentos jurídicos de parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: termo de colaboração e termo de fomento

4.6.6. Contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil

4.6.7. Atuação em rede de organizações da sociedade civil

4.6.8. Prestação de contas e *accountability*

4.6.9. Responsabilidade civil e sanções administrativas

4.6.10. Vigência da Lei 13.019/2014 e regras de transição

4.7. Contrato de consórcio público

4.7.1. Conceito e fontes normativas

4.7.2. Características principais dos consórcios públicos antes e depois da Lei 11.107/2005

4.7.3. Constitucionalidade das normas gerais sobre consórcios

4.7.4. Partícipes do consórcio público

4.7.5. Procedimento para instituição do consórcio público

4.7.6. Personificação do consórcio

4.7.6.1. Consórcio público de direito público: associação pública

4.7.6.2. Consórcio público de direito privado

4.7.7. Contrato de rateio

4.7.8. Contrato de programa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Capítulo 1

LICITAÇÃO

1.1. CONCEITO

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.

O art. 3.º da Lei 8.666/1993 elenca os objetivos da licitação, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.[1]

A licitação é uma regra constitucional (art. 37, XXI, da CRFB) que deve ser seguida para formalização de contratos pela Administração Pública. Trata-se, destarte, de procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública.

1.2. FONTES NORMATIVAS

Em âmbito constitucional, três normas fazem referência à licitação, a saber: a) art. 22, XXVII, CRFB:[2] estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação; b) art. 37, XXI, CRFB:[3] consagra a regra da licitação e admite que a lei estabeleça exceções; c) art. 173, § 1.º, III CRFB:[4] remete ao legislador a tarefa de elaborar o Estatuto próprio das empresas estatais econômicas, o qual conterá regras próprias de licitações e contratos.

No tocante à legislação infraconstitucional, diversas leis tratam, em maior ou menor intensidade, da licitação. É possível mencionar, por exemplo, as leis que tratam das concessões de serviços públicos (ex.: Lei 8.987/1995, Lei 11.079/2004 etc.) e das agências reguladoras (ex: Lei 9.427/1996, Lei 9.472/1997, Lei 9.478/1997 etc.).

Não obstante a pluralidade normativa em relação ao tema, três leis merecem destaque: a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 e a LC 123/2006.

1.3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Na forma do art. 22, XXVII, da CRFB, compete à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. É importante frisar que o texto constitucional estabeleceu a competência privativa apenas em relação às normas gerais, razão pela qual é possível concluir que todos os Entes Federados podem legislar sobre normas específicas.

Desta forma, em relação à competência legislativa, é possível estabelecer a seguinte regra:

a) União: competência privativa para elaborar normas gerais (nacionais), aplicáveis a todos os Entes Federados.
b) União, Estados, DF e Municípios: competência autônoma para elaboração de normas específicas (federais, estaduais, distritais e municipais), com o objetivo de atenderem as peculiaridades socioeconômicas, respeitadas as

normas gerais.

A dificuldade, no entanto, está justamente na definição das denominadas "normas gerais",[5] pois se trata de conceito jurídico indeterminado que acarreta dificuldades interpretativas. Isso não afasta, todavia, a importância da definição das normas gerais, em virtude das consequências em relação à competência legislativa.

A Lei 8.666/1993, ao elencar conceitos em seu art. 6.º, tentou resolver parcialmente o problema. Enquanto o termo "Administração Pública" (art. 6.º, XI) possui caráter geral, pois abrange a Administração Direta e Indireta de todos os Entes Federados, o vocábulo "Administração" (art. 6.º, XII) possui caráter restritivo, alcançando apenas determinado Ente.

Não concordamos, contudo, com a distinção efetivada pela Lei, tendo em vista dois fundamentos: a) as expressões são tratadas como sinônimas pela doutrina, que apenas distingue os vocábulos "Administração Pública" e "administração pública", que se referem, respectivamente, às entidades administrativas (e órgãos) e às atividades desempenhadas pelo Estado (serviço público, poder de polícia etc.); b) não compete ao legislador estabelecer conceitos, mas, sim, à doutrina. No caso, o próprio legislador que distinguiu os termos fez confusão no momento de aplicá-los (ex.: o art. 87, IV, ao tratar da declaração de inidoneidade, utiliza, no mesmo texto, as expressões "Administração Pública" e "Administração").

De lado a impossibilidade de fixação de um conceito preciso e sem a pretensão de estabelecer um rol exaustivo de situações, é possível dizer que as normas gerais possuem razoável grau de abstração que garantem uniformidade ao processo de licitação em todas as esferas federadas, sem que interfiram nas peculiaridades regionais e locais de cada Ente Federado. As normas gerais não podem interferir na autonomia federativa (art. 18 da CRFB). Assim como ocorre com os demais conceitos indeterminados, aqui é possível estabelecer, ao lado da incerteza da expressão (zona de incerteza), duas zonas de certeza: a) zona de certeza positiva (situações em que o conceito se aplica sem qualquer dúvida) e b)

zona de certeza negativa (hipóteses em que o conceito é afastado).

Desse modo, por exemplo, são consideradas normas gerais (zona de certeza positiva) aquelas que consagram princípios constitucionais e administrativos (ex.: art. 3.º da Lei 8.666/1993), pois tais princípios devem ser observados por toda a Administração.[6]

Por outro lado, conforme já decidiu o STF,[7] algumas normas da Lei 8.666/1993 não são gerais (zona de certeza negativa), razão pela qual vinculam apenas a Administração federal (ex.: art. 17, I, "b", e II, "b", da Lei 8.666/1993).

Frise-se que a Lei 8.666/1993, em seu art. 1.º, afirma literalmente que todas as suas normas são gerais (nacionais) e devem ser obedecidos pela União, Estados, DF e Municípios. Todavia, conforme já decidido pelo STF, o diploma legal em comento possui algumas normas específicas (federais).

Desta forma, a Lei 8.666/1993 possui caráter híbrido: por um lado, é lei nacional no tocante às normas gerais; por outro lado, é lei federal em relação às normas específicas.

Nada impede que outras normas gerais venham a ser consagradas em outros diplomas legislativos, pois a Constituição não exigiu a concentração das normas gerais em uma única lei (a Lei 10.520/2002, por exemplo, consagra normas gerais relativas ao pregão).

Por fim, é importante mencionar a Súmula 222 do TCU que dispõe:

> As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1.4. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A licitação, por ser um processo administrativo, pressupõe o atendimento dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, notadamente

aqueles expressamente previstos no art. 37, *caput*, da CRFB (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).[8]

Ao lado dos princípios constitucionais, existem princípios específicos que devem ser observados na licitação. O art. 3.º da Lei 8.666/1993 menciona os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros que lhes são correlatos.

Em relação aos princípios específicos, podem ser destacados os princípios da competitividade, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal e do julgamento objetivo.[9]

1.4.1. Princípio da competitividade

O caráter competitivo da licitação justifica-se pela busca da proposta mais vantajosa para Administração, motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (art. 3.º, § 1.º, I, da Lei 8.666/1993).[10]

O referido princípio deve servir, ainda, como norte interpretativo das cláusulas editalícias, de maneira a aumentar o universo de competidores.[11] Afinal, quanto maior a competição, maior será a chance de se encontrar a melhor proposta. Exemplos: exigir a compra de editais ou restringir a participação às empresas que possuem sede no território do Ente Federado licitante frustram a competitividade.[12]

Por esta razão, o art. 4.º, III, b, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), estabelece a nulidade dos editais de licitação que contenham cláusulas restritivas da competição.[13]

1.4.2. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia tem profunda ligação com o princípio da

impessoalidade, e significa que a Administração deve dispensar tratamento igualitário (não discriminatório) aos licitantes. A licitação deve assegurar "igualdade de condições a todos os concorrentes", conforme dispõe o art. 37, XXI, da CRFB.[14]

Da mesma forma, a isonomia guarda estreita relação com a competitividade, pois as restrições à participação de determinadas pessoas na licitação acarretam diminuição do número de possíveis interessados. Exemplo: a Administração não pode estabelecer 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, conforme previsão do art. 3.º, § 1.º, I, da Lei 8.666/1993.

A norma legal em comento, no entanto, após a redação dada pela Lei 12.349/2010, contém ressalvas, admitindo tratamento diferenciado em relação aos bens e aos produtos produzidos no País.[15] Os §§ 5.º a 12 do próprio art. 3.º da Lei consagram a denominada "margem de preferência" para produtos manufaturados e serviços nacionais, que atendam a normas técnicas brasileiras, a ser definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.[16]

Ademais, 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 10.176/2001 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.

Lembre-se que a isonomia pressupõe, por vezes, tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica (tratamento desigual aos desiguais), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, por exemplo, a Constituição exige tratamento diferenciado em relação às cooperativas (art. 5.º, XVIII; art. 146, III, "c"; e art. 174, § 2.º, da CRFB; Lei 5.764/1971), bem como no tocante às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 5.º-A da Lei 8.666/1993, alterado pela LC 147/2014; art. 146, III, "d", e art. 179 da CRFB; LC 123/2006).[17]

Da mesma forma, o art. 3.º da Lei 8.248/1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, estabelece uma ordem de preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação: primeiro, devem ser contratados bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País ou, em caso de impossibilidade, bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

A previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais está de acordo com o texto constitucional. A revogação do art. 171 da CRFB pela EC 6/1995, que consagrava a preferência nas contratações das empresas brasileiras de capital nacional, não afastou a possibilidade do tratamento diferenciado em favor das empresas nacionais, conforme previsão contida nos arts. 3.º, II, da CRFB ("desenvolvimento nacional" é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil), 174, § 1.º, da CRFB (imposição do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado) e 219 da CRFB (o mercado interno integra o patrimônio nacional).[18]

Lembre-se que a isonomia pressupõe, por vezes, tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica (tratamento desigual aos desiguais), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, por exemplo, a Constituição exige tratamento diferenciado em relação às cooperativas (art. 5.º, XVIII; art. 146, III, "c"; e art. 174, § 2.º, da CRFB; Lei 5.764/1971), bem como no tocante às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, "d", e art. 179 da CRFB; LC 123/2006).[19]

1.4.3. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O instrumento convocatório (edital ou carta convite) é a lei interna da licitação que deve ser respeitada pelo Poder Público e pelos licitantes. Segundo o art. 41 da Lei 8.666/1993, a "Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". Trata-se da aplicação específica do princípio da legalidade, razão pela qual a não

observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretará a ilegalidade do certame. Exemplos: a obtenção da melhor proposta será auferida necessariamente a partir do critério de julgamento (tipo de licitação) elencado no edital; os licitantes serão inabilitados caso não apresentem os documentos expressamente elencados no edital etc.

1.4.4. Princípio do procedimento formal

Os procedimentos adotados na licitação devem observar fielmente as normas contidas na legislação (art. 4.º da Lei 8.666/1993).[20] O referido princípio decorre do princípio constitucional do devido processo legal.

É oportuno ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade. Exemplos: quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar prazo para que os licitantes apresentem nova documentação ou outras propostas (art. 48, § 3.º, da Lei 8.666/1993); nas licitações para formalização de PPPs, o edital pode prever a "possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório" (art. 12, IV, da Lei 11.079/2004); as microempresas e empresas de pequeno porte podem corrigir falhas nos documentos de regularidade fiscal (art. 43, § 1.º, da LC 123/2006) etc.

1.4.5. Princípio do julgamento objetivo

O julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes deve ser pautado

por critérios objetivos elencados na legislação. A adoção de critérios subjetivos para o julgamento das propostas é contrária ao princípio da isonomia. De lado outros critérios previstos em legislação específica, o art. 45 da Lei 8.666/1993, após afirmar que "o julgamento das propostas será objetivo", apresenta os seguintes critérios de julgamento: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço; e (iv) maior lance ou oferta.

A objetividade deve ser obedecida inclusive quando houver empate entre duas ou mais propostas. Nesse caso, o desempate será realizado por meio de sorteio (art. 45, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

1.5. OBJETO DA LICITAÇÃO

O objeto da licitação é o conteúdo do futuro contrato que será celebrado pela Administração Pública.

Os arts. 1.º e 2.º da Lei 8.666/1993 enumeram os objetos da licitação e do contrato administrativo, a saber: obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. É importante notar, todavia, que o rol é exemplificativo, pois a regra constitucional da licitação se impõe para todo e qualquer contrato administrativo, independentemente do objeto (art. 37, XXI, da CRFB), salvo as hipóteses de contratação direta.

É fundamental que o instrumento convocatório (edital ou carta convite) descreva o objeto da licitação de forma "sucinta e clara" (art. 40, I, da Lei 8.666/1993).

A Lei de Licitações estabeleceu exigências diferenciadas para quatro objetos distintos: obras, serviços, compras e alienações.

1.5.1. Obras e serviços de engenharia

A definição de "obra" consta do inciso I do art. 6.º da Lei 8.666/1993 que

prevê: “Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta” (ex.: construção de uma escola).

Existem, no entanto, determinadas situações de difícil distinção entre obra e serviço de engenharia, especialmente pela insuficiência das definições constantes da legislação. A reforma de um imóvel, por exemplo, que envolve demolição, seria uma obra ou serviço? Não há resposta definitiva, uma vez que o art. 6.º, I, da Lei 8.666/1993, na definição de “obra”, utiliza o vocábulo “reforma” e, em seguida, na definição de “serviço” constante do art. 6.º, II, da Lei 8.666/1993, menciona a expressão “demolição”.

Alguns critérios são sugeridos pela doutrina para distinção entre obra e serviço, tais como: a) na contratação de uma obra prepondera o resultado, consistente na criação ou modificação de um bem corpóreo (obrigação de resultado), e na contratação do serviço predomina a atividade humana, que produz utilidades para a Administração (obrigação de meio);[21] b) enquanto na obra, normalmente, o custo do material é superior ao da mão de obra, nos serviços a lógica é inversa.[22]

1.5.1.1. Projeto básico, projeto executivo e outras exigências legais

De qualquer forma, a legislação procurou estabelecer regime jurídico uniforme para as obras e serviços de engenharia, o que relativiza eventuais discussões concretas.

A realização de obras e a prestação de serviços pressupõem a elaboração do “projeto básico” (art. 6.º, IX, da Lei de Licitações)[23] e do “projeto executivo” (art. 6.º, X, da Lei de Licitações),[24] que devem estabelecer, de maneira clara e precisa, todos os aspectos técnicos e econômicos do objeto a ser contratado.

Esses projetos decorrem do dever de planejamento estatal, possibilitando a definição dos custos e análise de compatibilidade com a legislação orçamentária.[25]

A licitação para contratação de obras e serviços depende do cumprimento das seguintes exigências (art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993):

a) elaboração do projeto básico que deve ser aprovado pela autoridade competente e disponibilizado para consulta dos interessados em participar do processo licitatório;

b) existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

c) previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, na forma do respectivo cronograma;[26]

d) o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, quando for o caso.

Nas hipóteses em que o empreendimento exigir licenciamento ambiental, o projeto básico deve conter o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).[27]

O "orçamento detalhado em planilhas", mencionado acima, é importante para saber se as propostas que serão apresentadas pelos interessados na licitação estão de acordo com o mercado. O Poder Público tem criado sistemas de referência de preços que norteiam a elaboração do referido orçamento, por exemplo, o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido pela Caixa Econômica Federal.[28]

O TCU tem exigido que as planilhas de referência e as propostas dos licitantes apresentem a discriminação de todos os custos unitários envolvidos, com a explicitação dos custos diretos e indiretos (Bonificações e Despesas Indiretas – BDI).[29]

Ressalte-se, contudo, que a licitação pode ser iniciada sem a elaboração prévia do projeto executivo, desde que haja decisão motivada por parte da autoridade administrativa, hipótese em que o projeto deverá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços (arts. 7.º, § 1.º, e 9.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

1.5.1.2. Vedações e impedimentos

A licitação para execução de obras e prestação de serviços submete-se às seguintes vedações (art. 7.º, §§ 3.º, 4.º e 5.º, da Lei 8.666/1993):

a) é vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica;
b) é vedada a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo; e
c) é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Caso as sobreditas vedações sejam desrespeitadas, os respectivos atos e contratos serão nulos, devendo ser apurada a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa (art. 7.º, § 6.º, da Lei 8.666/1993).

Não será computada como valor da obra ou serviço, para fins de julgamento das propostas de preços, a atualização monetária das obrigações de pagamento, desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento, que será calculada pelos mesmos critérios estabelecidos obrigatoriamente no ato convocatório (art. 7.º, § 7.º, da Lei 8.666/1993).

Ademais, qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (art. 7.º, § 8.º, da Lei 8.666/1993).

Além das mencionadas vedações, a legislação estabelece impedimentos para participação, direta ou indireta, da licitação ou da execução de obra ou serviço e

do fornecimento de bens a eles necessários (art. 9.º da Lei 8.666/1993):[30]

a) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;[31]
b) 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% do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; e
c) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Em relação às vedações contidas nas alíneas "a" e "b", a legislação permite a participação do autor do projeto ou da empresa na licitação de obra ou serviço, bem como na sua execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada (art. 9.º, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

Ressalte-se que os impedimentos acima mencionados não afastam a possibilidade de licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração (art. 9.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

Para fins de impedimento, considera-se participação indireta, exemplificativamente, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (art. 9.º, § 3.º, da Lei 8.666/1993).[32]

1.5.1.3. Formas de execução: direta e indireta

As obras e serviços de engenharia, de acordo com os arts. 6.º, VII, VIII, e 10 da Lei de Licitações, podem ser executados de forma direta (por meio dos órgãos ou entidades administrativas) ou indireta (por meio da contratação de terceiros).

1.5.1.4. Execução indireta: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, empreitada integral e tarefa

A execução indireta pode ocorrer por meio dos seguintes regimes:

a) **empreitada por preço global:** quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total (ex.: construção de uma escola por preço certo e determinado apresentado pelo licitante);
b) **empreitada por preço unitário:** quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas (ex.: o valor deve ser pago ao final de cada unidade executada – metragem executada de fundações, de paredes levantadas, de colocação de piso etc.);
c) **empreitada integral:** quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, caso em que o contratado assume inteira responsabilidade pela execução do objeto até entrega à Administração contratante para uso (ex.: o contratado deve realizar a obra, como a construção de um prédio, bem como implementar sistema de segurança, o sistema de refrigeração etc.); e
d) **tarefa:** quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (ex.: contratação de um eletricista para pequeno reparo na instalação elétrica da repartição pública).

1.5.2. Serviços

Os serviços englobam todas as atividades destinadas a "obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais" (art. 6.º, II, da Lei 8.666/1993).

1.5.2.1. Terceirização: atividade-meio x atividade-fim

A terceirização envolve a contratação de empresa privada (interposta pessoa) para prestação de serviços à Administração.

No âmbito legislativo, várias normas fundamentam a terceirização de serviços, destacando-se, por exemplo, o art. 10 do DL 200/1967 que, ao tratar da descentralização de atividades federais, dispõe:[33]

> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
>
> [...]
>
> § 7.º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A principal vantagem da terceirização tem relação com a eficiência administrativa, tendo em vista que a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) por empresa privada especializada permite que a Administração concentre sua atenção na prestação de atividades-fim.

Com o intuito de evitar que a terceirização seja um sucedâneo da regra do concurso público, a doutrina e o TCU[34] têm entendido que a terceirização somente será legítima para atividades instrumentais (atividades-meio) da Administração. No tocante aos serviços relacionados às finalidades essenciais da Administração (atividades-fim), a terceirização é vedada.[35]

Nesse sentido, o Enunciado 331, III, do TST dispõe:

Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como

a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.[36]

O referido Enunciado demonstra a importância da inexistência da pessoalidade e da subordinação para legitimidade da terceirização. Somente será considerada lícita a terceirização que tem por objetivo a prestação de serviços, sendo vedada a terceirização para mero fornecimento de mão de obra, hipótese em que, caracterizadas a pessoalidade e subordinação do vínculo, a Administração deverá contratar pessoal por meio de concurso público.[37]

Alguns autores mencionam, ainda, a vantagem econômica na terceirização, pois haveria diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários.[38]

Ocorre que os referidos custos e a margem de lucro serão embutidos no valor que será cobrado pela empresa terceirizada do Estado, o que pode acarretar, no final, desvantagem econômica para o Estado.[39]

Outra vantagem da terceirização seria a fuga dos limites de gastos públicos com a remuneração de pessoal previstos no art. 19 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).[40]

Isto porque o art. 18, § 1.º, da LRF dispõe que "os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas de Pessoal'".

A redação da norma em comento não é muito clara, uma vez que menciona a "terceirização de mão de obra", que não é permitida pela legislação (somente seria possível a terceirização de serviços), inserindo os respectivos valores nas despesas de pessoal.

Na linha defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, o dispositivo deve ser entendido de modo que, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas de pessoal".[41] De acordo com a renomada autora, enquanto as terceirizações (lícitas) de empreitada e de locação de serviços têm por objetivo o resultado (obra, projeto, pesquisa etc.) ou a atividade (limpeza, vigilância etc.), as terceirizações de mão de obra têm por objetivo a

contratação de empregado, pessoa física, sendo a empresa contratada mera intermediária.

A preocupação do legislador é inserir os gastos com terceirizações ilícitas de mão de obra nos limites legais de despesas de pessoal, sendo certo que as terceirizações lícitas (de serviços) não se submetem aos limites fixados nos arts. 18 e 19 da LRF.[42]

1.5.2.2. Quarteirização

Ao lado da terceirização, largamente difundida na realidade brasileira, é possível verificar, no âmbito da Administração Pública, a denominada "quarteirização".

A "quarteirização" envolve a contratação de empresa especializada com a incumbência de gerenciar o fornecimento de serviços por terceiros à Administração. Trata-se, em verdade, da terceirização da atividade de gerenciamento à empresa que fiscalizará os demais contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública.[43]

Nesse contexto, Jessé Torres sustenta que a quarteirização é o estágio seguinte à terceirização, consistindo na

> [...] contratação, pela Administração, de um terceiro privado, especializado em gerenciar pessoas físicas ou jurídicas, os "quarteirizados", que o terceiro contratará para a execução de determinados serviços ou o fornecimento de certos bens necessários ao serviço público.[44]

Cite-se como exemplo de quarteirização a contratação de empresa especializada no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos de órgãos policiais. No referido contrato, a empresa privada, vencedora da licitação, tem o dever de gerenciar a frota de veículos da Administração, incluindo o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra e transporte por guincho por empresas credenciadas.

O TCU já teve a oportunidade de considerar válida a referida contratação, desde que observadas determinadas condições, sendo oportuno destacar os seguintes trechos do voto do revisor, Min. Benjamin Zymler:[45]

> [...]
> 26. Registro, ainda, que o modelo em discussão assemelha-se à chamada quarteirização, procedimento em que a gestão de um serviço já terceirizado – no caso concreto, a manutenção de veículos – é entregue a uma quarta entidade incumbida de gerenciar a atuação dos terceirizados – na situação em foco, o administrador da manutenção.
> 27. Trata-se de uma prática bastante disseminada no mercado privado, cuja adoção no âmbito da administração é salutar, pois demonstra empenho em modernizar métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos.
> 28. Assim, por se tratar de inovação, que, em tese, está em consonância com normas e princípios que regem as licitações e a atuação dos agentes públicos, creio que esta Corte, no desempenho do papel de indutora de aprimoramento da gestão pública que tem pautado a atuação dos órgãos de controle no mundo moderno, deve abster-se de inibir o prosseguimento da tentativa de inovação em análise.

Não há, na hipótese, relação jurídica entre a Administração Pública e as empresas “quarteirizadas”, mas, sim, entre a Administração e a empresa gerenciadora. Por esta razão, o Estado não possui responsabilidade pelos atos praticados pelas quarteirizadas.

Todavia, o TST consagrou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas pelas quarteirizadas.[46]

Em nossa opinião, no entanto, a empresa gerenciadora, contratada pela Administração, deve responder antes da Administração pelos encargos trabalhistas não quitados pelas empresas quarteirizadas, especialmente pelo fato

de competirem à empresa o gerenciamento e a fiscalização destes encargos.

1.5.2.3. Serviços técnicos profissionais especializados

Os denominados “serviços técnicos profissionais especializados” encontram-se enumerados no art. 13 da Lei 8.666/1993: 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; e g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Trata-se de rol exemplificativo, admitindo-se que outros serviços sejam também considerados “serviços técnicos profissionais especializados”.[47]

Em relação aos serviços técnicos profissionais especializados, o Poder Público deverá observar, preferencialmente, a modalidade de licitação concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1.º, da Lei 8.666/1993). Nesse caso, o licitante vencedor deverá ceder os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração (arts. 13, § 2.º, e 111 da Lei 8.666/1993).

É viável a adoção de outra modalidade de licitação, mas a decisão administrativa deverá ser devidamente justificada.

Nas hipóteses em que for inviável a competição, os serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, poderão ser contratados diretamente pelo Poder Público, mediante inexigibilidade de licitação, salvo na hipótese de serviços de publicidade e divulgação (art. 25, II, da Lei 8.666/1993).[48]

A empresa de prestação de serviços técnicos especializados, que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação da contratação direta, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato (art. 13, § 3.º, da Lei 8.666/1993).

1.5.2.4. Serviços de publicidade

A Lei 12.232/2010 dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

De acordo com o art. 2.º do diploma legal em comento, os serviços de publicidade são

> [...] o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

As agências de publicidade devem apresentar "certificado de qualificação técnica de funcionamento", obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), para participarem da licitação (art. 4.º da Lei 12.232/2010).

De acordo com o art. 5.º da Lei 12.232/2010, o procedimento de licitação deve observar uma das modalidades elencadas no art. 22 da Lei 8.666/1993, não havendo menção quanto à possibilidade de utilização do pregão.[49]

No procedimento de licitação deve haver fase específica para análise das propostas técnicas, bem como julgamento das propostas de preço antes da etapa da habilitação (arts. 6.º, I, e art. 11, § 4.º, I a XIV, da Lei 12.232/2010).

O projeto básico é substituído pelo *briefing*, que deve conter as informações claras e objetivas para que os interessados elaborem propostas (art. 6.º, II, da Lei 12.232/2010).

Quanto aos critérios de julgamento, somente poderão ser utilizados os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" para escolha da melhor proposta (art. 5.º da Lei 12.232/2010).

A proposta técnica, na forma do art. 6.º, III, da Lei 12.232/2010, será composta de um plano de comunicação publicitária (art. 7.º), relacionado às

informações contidas no *briefing*, e de um conjunto de informações referentes ao proponente (art. 8.º).

As propostas técnicas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica (art. 10, § 1.º, da Lei 12.232/2010).[50]

1.5.3. Compras

As compras são todas as aquisições remuneradas de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente (art. 6.º, III, da Lei 8.666/1993).

1.5.3.1. Indicação de marcas e amostras

Em regra, é vedada a indicação de marcas nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, § 7.º, I, da Lei 8.666/1993).[51]

Trata-se de vedação que possui caráter relativo, pois a indicação da marca será legítima quando acompanhada de justificativas técnico-científicas.

Da mesma maneira, a indicação de marca pode servir como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado. Na hipótese, ao lado da marca apontada no instrumento convocatório, constarão as seguintes expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade".

Admite-se, ainda, a exigência de amostras dos bens por parte dos licitantes desde que prevista expressamente no instrumento convocatório, devidamente acompanhada de critérios de julgamento estritamente objetivos. Nesse caso, a exigência de apresentação de amostras deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.[52]

1.5.3.2. Princípio da padronização

Aliás, as compras, sempre que possível, devem atender ao "princípio da padronização", com especificações técnicas e de desempenho (art. 15, I, da Lei

8.666/1993).[53]

A Administração, ao estabelecer a padronização, deverá apontar, no instrumento convocatório, as características técnicas uniformes do bem a ser adquirido, bem como as exigências de manutenção, assistência técnica e garantia.

A padronização, normalmente, gera benefícios econômicos para o Poder Público (princípio da economicidade), pois facilita as compras em grande escala e a manutenção dos bens adquiridos.

Verifica-se, portanto, que a padronização pode acarretar, em alguns casos, a indicação de marcas, desde que a opção seja tecnicamente adequada. O que não é permitido é a padronização ou a indicação de marcas por critérios subjetivos ou desarrazoados.[54]

Nesse sentido, o TCU consagrou entendimento de que a "padronização de marca somente é possível em casos excepcionais, quando ficar incontestavelmente comprovado que apenas aquele produto, de marca certa, atende aos interesses da Administração".[55]

1.5.3.3. Preferência do Sistema de Registro de Preços (SRP)

Da mesma forma, as compras devem ser processadas, preferencialmente, pelo "sistema de registro de preços" (art. 15, II, da Lei 8.666/1993),[56] tendo em vista a necessidade de racionalização do processo de compras de determinados bens. O sistema de registro de preços será estudado adiante em tópico próprio.

1.5.3.4. Divisibilidade do objeto e licitação por item

É importante destacar que, atualmente, vigora a regra da divisibilidade nas compras realizadas pelo Poder Público, em atenção ao princípio da economicidade (art. 15, IV, da Lei 8.666/1993).[57]

Conforme destacado pelo TCU, o parcelamento do objeto, aplicável às compras, obras ou serviços, acarreta a pluralidade de licitações, pois cada parte,

item, etapa ou parcela representa uma licitação isolada em separado (ex.: construção que pode ser dividida em várias etapas: limpeza do terreno, terraplenagem, fundações, instalações hidráulica e elétrica, alvenaria, acabamento, paisagismo).[58]

A divisibilidade do objeto do futuro contrato não pode acarretar, no entanto, a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, vedação que se aplica para as compras, obras e serviços (art. 23, § 2.º, da Lei).[59]

Ademais, segundo o TCU, a divisibilidade do objeto não deve alterar a modalidade de licitação inicialmente exigida para a execução de todo o objeto da contratação. A escolha da modalidade de licitação depende da soma dos valores correspondentes aos itens parcelados.[60]

A divisibilidade do objeto pode acarretar, a critério da Administração, a realização de procedimento único ou procedimentos distintos de licitação.

Na hipótese de procedimento único de licitação, denominada "licitação por item", a Administração concentra, no mesmo certame, objetos diversos que serão contratados (ex.: a licitação para compra de equipamentos de informática pode ser dividida em vários itens, tais como microcomputador, impressora etc.). Em verdade, várias licitações são realizadas dentro do mesmo processo administrativo, sendo certo que cada item será julgado de forma independente e comportará a comprovação dos requisitos de habilitação.[61] De acordo com o entendimento consagrado na Súmula 247 do TCU, a licitação por item (e não por preço global) deve ser a regra quando o objeto da licitação for divisível.[62]

1.5.4. Alienações

As alienações são todas as transferências de domínio de bens da Administração Pública a terceiros (art. 6.º, IV, da Lei 8.666/1993).

Apenas os bens dominicais, que não se encontram afetados a nenhuma finalidade pública, podem ser alienados (art. 101 do CC).[63]

Ademais, a alienação de bens da Administração Pública depende do

cumprimento dos requisitos elencados no art. 17 da Lei 8.666/1993, a saber: a) motivação: interesse público justificado; b) avaliação prévia; c) licitação (concorrência para os bens imóveis, salvo as exceções do art. 19 da Lei, e leilão para os bens móveis).

Em relação à alienação dos bens imóveis das pessoas jurídicas de direito público, é imprescindível a autorização legislativa.

1.6. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP)

As compras, sempre que possível, serão realizadas pelo "sistema de registro de preços" (SRP), conforme determina o art. 15, II, da Lei 8.666/1993.

O Decreto 7.892/2013, que revogou o Decreto 3.931/2001, regulamenta o registro de preços em âmbito federal, não se aplicando aos demais Entes federados que deverão editar as suas respectivas regulamentações.[64] É possível, inclusive, que o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas tenham regulamentações próprias sobre o SRP.[65]

Não obstante o art. 15, II, da Lei 8.666/1993 mencionar a utilização do SRP apenas para compras, entendemos que o sistema deve ser admitido também para as contratações de serviços, especialmente em virtude da necessidade de celeridade, economicidade e desburocratização das contratações públicas. Atualmente, os arts. 1.º e 2.º, I, do Decreto 7.892/2013 admitem a utilização do registro de preços também para contratação de serviços.[66]

A adoção do registro de preços depende de análise discricionária do Poder Público. Todavia, a legislação e a respectiva regulamentação afirmam que a sua adoção deve ocorrer "sempre que possível" (ou "preferencialmente"), razão pela qual a sua não utilização deve ser devidamente justificada (motivada) pela Administração.

O SRP pode ser definido como procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas, mediante concorrência ou pregão, que ficarão registradas perante a autoridade estatal para

futuras e eventuais contratações.

É importante ressaltar que o registro de preços não é uma modalidade de licitação, mas, sim, um sistema que visa racionalizar as compras e os serviços a serem contratados pela Administração.

O registro de preço não possui a finalidade de selecionar a melhor proposta para celebração de contrato específico, como ocorre normalmente nas licitações e contratações de objeto unitário.

Ao contrário, no sistema de registro de preços o intuito é realizar uma licitação, mediante concorrência ou pregão,[67] para registrar em ata os preços de diversos itens (bens ou serviços), apresentados pelos licitantes vencedores, que poderão ser adquiridos pela Administração, dentro de determinado prazo, na medida de sua necessidade.

Por esta razão, entendemos que não há necessidade de reserva orçamentária para efetivação do SRP. Isso porque tal exigência somente se justifica nas hipóteses em que a Administração seleciona a melhor proposta para celebração do respectivo contrato, garantindo a existência de recursos orçamentários para pagamento do contratado. Ocorre que, no SRP, a Administração tem por objetivo o registro das melhores propostas, não assumindo a obrigação de assinar o contrato. A disponibilidade orçamentária será necessária apenas no momento da assinatura do respectivo contrato, na forma do art. 7.º, § 2.º, do Decreto 7.892/2013.[68]

A escolha da proposta mais vantajosa deve respeitar o princípio da impessoalidade (isonomia) e será efetivada, em regra, por meio do critério "menor preço". O art. 7.º, § 1.º, do Decreto 7.892/2013 admite, excepcionalmente, a adoção do critério "técnica e preço".

O objetivo do registro de preços é racionalizar as contratações e efetivar o princípio da economicidade. Em vez de promover nova licitação a cada aquisição de produtos e serviços, necessários para o dia a dia da máquina administrativa, a Administração realiza uma única licitação para registrar os preços e realizar, futura e discricionariamente, as contratações.

O Registro de preços, na forma do art. 3.º do Decreto 7.892/2013, poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: a) necessidade de contratações frequentes, tendo em vista as características do bem ou serviço; b) conveniência da aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou da contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; c) conveniência da aquisição de bens ou da contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e d) impossibilidade de definição prévia, em razão da natureza do objeto, do quantitativo a ser demandado pela Administração.

É fundamental a realização de prévia e ampla pesquisa no mercado para a execução do SRP (art. 15, § 1.º, da Lei 8.666/1993). Na fase interna da licitação, o "órgão gerenciador", responsável pela condução de todo o procedimento, convidará os órgãos e entidades administrativas para integrarem o registro de preços ("órgãos participantes"), que deverão apresentar a sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e respectivas especificações ou projeto básico.[69]

Ao final do sistema, será formalizada a Ata de Registro de Preços. Trata-se do documento onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas nas futuras contratações. A Ata tem prazo de validade de até um ano[70] e não obriga a Administração a firmar as futuras contratações, sendo lícita a realização de novas licitações ou contratações diretas, na forma da lei, sendo assegurada ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.[71]

1.6.1. O "efeito carona" no Sistema de Registro de Preços

O art. 22 do Decreto 7.892/2013 admite o efeito carona do sistema de registro de preços.[72] Os "caronas" são os órgãos e entidades administrativas que não participaram do registro, mas que pretendem utilizar a Ata de Registro de Preços para suas contratações.[73]

Questão que tem gerado controvérsias doutrinárias refere-se ao "efeito

carona” na ata de registro de preços por órgão ou entidade administrativa de outra esfera federativa (ex.: Município se utiliza da ata de registro de preços estadual ou federal). Existem dois entendimentos sobre o assunto:

> **1.º entendimento:** Impossibilidade do efeito carona por órgão ou entidade de outro Entre Federado. O fundamento seria a utilização do vocábulo “Administração” pelo art. 8.º do Decreto 3.931/2001, revogado pelo Decreto 7.892/2013. Isso porque o os incisos XI e XII do art. 6.º da Lei 8.666/1993 diferenciam os termos “Administração Pública”, que abrange a Administração direta e indireta de todos os Entes federados, e “Administração”, que possui significado restritivo, pois engloba apenas os órgãos e entidades administrativas de determinado Ente federado.[74] Dessa forma, a intenção do Decreto federal teria sido admitir o “efeito” carona exclusivamente para órgãos e entidades administrativas federais. Nesse sentido: Flávio Amaral Garcia e Orientação Normativa/AGU 21.[75]
>
> **2.º entendimento:** Possibilidade de utilização da ata de registro de preços por outro órgão ou entidade administrativa de nível federativo diverso, em razão de dois fundamentos: (i) princípio da economicidade: o carona, ao aderir à ata, contrata empresa que já apresentou proposta comprovadamente vantajosa, afastando os custos operacionais da realização de uma licitação específica; (ii) respeito ao princípio da isonomia: a licitação foi implementada, ainda que por outro Ente Federado, garantindo tratamento isonômico entre os interessados. Nesse sentido: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.[76]

Entendemos que a razão está com a segunda corrente. Em primeiro lugar, a distinção entre os termos “Administração Pública” e “Administração”, consagrada pela Lei 8.666/1993, não é dotada de maior técnica (a doutrina não costuma fazer tal distinção) e não pode ser utilizada de maneira acrítica.[77] Em segundo lugar, não se pode perder de vista que a licitação possui caráter instrumental, pois dois de seus objetivos principais são garantir tratamento isonômico entre os interessados em contratar com a Administração e obter a

proposta mais vantajosa. Na utilização da ata pelo carona, esses dois objetivos são alcançados. Independentemente do nível federativo, todos os Entes devem respeitar as normas gerais de licitação, razão pela qual importa, em princípio, se o certame foi formalizado por um ou outro Ente.

O TCU[78] tem admitido, com limitações, a utilização do carona no Sistema de Registro de Preços. A Corte de Contas, com razão, firmou o entendimento de que deve ser vedada a "adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos", pois a Administração perde na economia de escala, na medida em que, "se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas". Por essa razão, na formalização da licitação para o Registro de Preços, deve haver a definição dos "quantitativos mínimos e máximos das compras ou serviços a serem licitados, de modo a garantir estabilidade ao certame no que se refere à formação dos preços".

Em âmbito federal, o Decreto 7.892/2013 proíbe que órgãos e entidades da Administração Pública federal utilizem a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (art. 22, § 8.º). Todavia, o mesmo diploma normativo admite a utilização da ata de registro de preços da Administração federal por outros entes da Federação (art. 22, § 9.º).

1.7. DESTINATÁRIOS DA REGRA DA LICITAÇÃO

A regra constitucional da licitação encontra-se prevista no art. 37, XXI, da CRFB, norma que se dirige à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 ampliou o rol de destinatários da licitação ao elencar, ao lado da Administração direta e indireta, as "demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

Desta forma, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, os destinatários da licitação são os Entes da Administração direta, as entidades da Administração indireta e as demais empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado.

1.7.1. Administração Pública direta

A União, os Estados, o DF e os Municípios estão obrigados a licitar para contratarem com terceiros. Além das normas gerais previstas na Lei 8.666/1993, os Entes Federados deverão respeitar as normas específicas previstas em suas respectivas legislações.

O art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 cita, ainda, os órgãos da Administração direta e os fundos especiais. Da mesma forma, o art. 117 da Lei 8.666/1993 menciona os órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. Não há dúvida de que o Ministério Público também é destinatário da regra da licitação.

Todavia, é importante ressaltar que os órgãos e fundos não possuem personalidade jurídica própria. Não obstante o fato de que, na prática, alguns órgãos realizam os atos concretos necessários à licitação e à contratação, tais atos serão imputados às respectivas pessoas jurídicas.

1.7.2. Administração Pública indireta

As autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações estatais de direito público ou de direito privado submetem-se à regra da licitação.

Ademais, as associações públicas e as pessoas de direito privado instituídas no âmbito dos consórcios públicos também devem licitar, pois são entidades integrantes da Administração indireta (art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.107/2005).[79]

Na forma do art. 119 da Lei 8.666/1993,[80] as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações estatais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado podem editar regulamentos próprios de licitação

com regras compatíveis com a Lei de Licitações.

Ressalte-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas se sujeitarão ao regime próprio de licitação, na forma do art. 173, § 1.º, III, da CRFB, pois essas entidades concorrem com empresas privadas, razão pela qual necessitam de maior velocidade em suas contratações. Quanto às estatais prestadoras de serviços públicos, não há qualquer ressalva constitucional, devendo ser aplicada a regra geral de licitação (Lei 8.666/1993).[81] O problema é que o Estatuto das estatais econômicas, que deveria regulamentar a citada norma constitucional, ainda não foi editado, acarretando insegurança jurídica e divergências doutrinárias em relação à aplicação da regra da licitação no âmbito dessas estatais, conforme destacado no próximo tópico.

1.7.2.1. Estatais econômicas: atividade-fim x atividade-meio

Ao exigir a elaboração, por lei, de um estatuto próprio que, entre outras coisas, estabelecerá normas de licitação das estatais econômicas, o art. 173, § 1.º, III, da CRFB pretendeu excepcionar a regra geral (Lei 8.666/1993), tendo em vista a necessidade de agilidade no mercado concorrencial.

Enquanto não for promulgado o citado estatuto, deve ser aplicada a Lei 8.666/1993, notadamente no que diz respeito às normas gerais, pois a Constituição exige licitação para contratações realizadas por estatais econômicas, admitindo, no entanto, que as regras sejam diferenciadas (flexíveis) e, portanto, compatíveis com a atuação empresarial dessas entidades administrativas.

Todavia, a aplicação inconsequente da Lei 8.666/1993 às estatais econômicas, sem qualquer temperamento, inviabilizaria a concorrência com a iniciativa privada.

Por esta razão, a exigência de licitação, na forma da Lei 8.666/1993, depende da distinção entre atividade-fim e atividade-meio das estatais econômicas. Nesse sentido, a doutrina majoritária tem afastado a obrigatoriedade da licitação formal

para contratações relacionadas à atividade-fim das estatais econômicas.[82]

As atividades finalísticas (atividades-fim) das estatais econômicas são aquelas previstas no objeto social do ato constitutivo e que justificaram a sua instituição. Ao desempenhar essas atividades, as estatais concorrem diretamente com as demais empresas privadas, o que justifica a desnecessidade de licitação com o intuito de garantir a agilidade necessária das contratações. Exemplo: o TCU[83] já decidiu que a Petrobras Distribuidora S.A. – BR não precisa realizar licitação para o transporte de combustíveis, tendo em vista tratar-se de desempenho de atividade-fim.

Por outro lado, as atividades-meio são atividades instrumentais que não se relacionam diretamente com a finalidade da estatal. Nesse caso, as contratações deverão ser precedidas de licitação (Lei 8.666/1993), pois não existe risco à concorrência com as empresas privadas. Exemplo: aquisição de material de almoxarifado.

1.7.2.2. Licitação na PETROBRAS

A licitação promovida pela PETROBRAS tem gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois o art. 67 da Lei 9.478/1997, ao tratar especificamente da PETROBRAS, exigiu a realização de licitação simplificada, remetendo ao decreto do Presidente da República a competência para regulamentar o respectivo procedimento. Em seguida, foi editado o Decreto 2.745/1998, que estabelece o procedimento simplificado de licitação para mencionada estatal.

O problema é que a citada Lei não trouxe qualquer norma substancial sobre o procedimento de licitação, abrindo ampla margem de atuação para que o Executivo regulamentasse o tema, o que suscita a eventual violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Existem dois entendimentos sobre o assunto:

1.º entendimento: Alguns autores (Marçal Justen Filho e Celso Antônio

Bandeira de Mello),[84] bem como o TCU,[85] entendem que o art. 67 da Lei 9.478/1997 é inconstitucional, tendo em vista os seguintes argumentos: a) o art. 67 da Lei 9.478/1997 teria realizado uma delegação legislativa em branco em matéria sujeita à reserva legal; b) nesse passo, o Decreto 2.745/1998 inovaria na ordem jurídica; e c) a licitação das empresas estatais econômicas, o que incluiria a PETROBRAS, deve ser regulada no Estatuto Geral previsto no art. 173, § 1.º, III, da Constituição Federal, devendo as demais entidades administrativas observar as normas gerais previstas na Lei 8.666/1993.

2.º entendimento: Outros autores (Adilson Abreu Dallari e Gustavo Binenbojm)[86] não vislumbram qualquer inconstitucionalidade em relação ao art. 67 da Lei 9.478/1997 e no Decreto 2.745/1998. Essa também tem sido a orientação do STF.[87]

Conforme manifestação anterior em obra específica,[88] entendemos que a razão está com a segunda corrente.

Em primeiro lugar, não há aqui a alegada delegação legislativa em branco, pois não se pode admitir que a simples ausência de parâmetros previamente estabelecidos pelo art. 67 da Lei 9.478/1997 leve à conclusão de que a atuação regulamentar seria ilimitada e arbitrária. Nesse ponto, não se pode perder de vista a aplicação direta dos princípios constitucionais (expressos e implícitos) às relações administrativas, que funcionarão sempre como parâmetros *(standards)* para toda e qualquer atuação administrativa.

Em relação à reserva de lei para tratar de licitação, deve-se recordar que a Constituição Federal não consagrou a chamada “reserva absoluta de lei” em matéria de licitação, como ocorre em determinados campos ligados à restrição de direitos fundamentais (Direito Tributário e Direito Penal, por exemplo), o que gera a possibilidade de abertura ampla para a atuação regulamentar.

O vocábulo “lei”, contido no art. 173, § 1.º, III, da Constituição Federal, não pode ser compreendido no sentido de que todas as matérias relacionadas às estatais econômicas devam ser tratadas em lei formal. Tal exigência, conforme

ressaltamos em outra obra,[89] só tem cabimento no que tange às restrições a direitos fundamentais, o que não ocorre na definição de procedimentos licitatórios.

Ademais, não nos parece apropriado sustentar que o Decreto 2.745/1998 figuraria na categoria dos decretos autônomos, apesar de não haver óbice para este poder regulamentar autônomo. As razões para tal afirmação podem ser assim sintetizadas: a) o referido Decreto encontra seu fundamento de validade na legislação infraconstitucional (Lei 9.478/1997), havendo, destarte, intermediação legislativa entre a atuação regulamentar e a Constituição; b) ainda que não houvesse a Lei 9.478/1997, poderia ser editado decreto autônomo para tratar de licitação, pois o tema relacionado aos procedimentos administrativos insere-se na expressão "organização e funcionamento da administração", prevista no art. 84, VI, "a", da Constituição Federal, habilitando o chefe do Executivo a manejar decretos com fundamento diretamente no texto constitucional; c) todo ato administrativo possui algum grau de inovação na ordem jurídica, sendo praticamente impossível exigir uma atuação administrativa meramente executiva; e d) a atuação regulamentar deve estar em consonância com os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, substituindo-se a visão estrita de legalidade pela noção ampla de juridicidade.

Por fim, não é convincente o argumento de que a licitação da PETROBRAS só poderia ser regulada em um estatuto único que estabeleceria normas gerais de licitação para toda a Administração Pública, sendo vedada a previsão de estatutos específicos para determinadas entidades administrativas.

Ainda que o art. 173, § 1.º, da Constituição Federal tenha se referido a "estatuto jurídico" (no singular), nada impede a edição de estatutos dirigidos às entidades administrativas específicas, de modo a atender às peculiaridades que são próprias a elas.

Lembre-se, a esse propósito, que o STF já admitiu a possibilidade de lei ordinária estabelecer normas gerais de licitação para determinado setor econômico, afastando-se expressamente a aplicação da Lei 8.666/1993. Foi o que ocorreu no julgamento relativo à constitucionalidade do art. 210 da Lei

9.472/1997,[90] quando o STF afirmou que a norma impugnada não afasta a exigência da licitação, "mas apenas estabelece para os serviços de telecomunicações um procedimento licitatório específico, previsto na própria Lei 9.472/97, tendo em conta a natureza destes serviços".[91]

Ora, ao se admitir a consagração de normas gerais de licitação por lei ordinária para setores específicos da economia, sem vinculação com o estabelecido na Lei 8.666/1993, dá-se abertura para que a Lei 9.478/1997 possibilite a edição de normas diferenciadas para o setor do petróleo e, notadamente, para a PETROBRAS.

1.7.3. Entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público

O art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 inclui, ainda, como destinatárias da regra da licitação as "entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

De acordo com o art. 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.),

> [...] considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

1.8. CONTRATAÇÃO DIRETA

A regra da licitação comporta exceções que devem ser previstas pela legislação. Aliás, a relatividade da regra constitucional e a instrumentalidade do processo de licitação estão evidenciadas no art. 37, XXI, da CRFB que afirma: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública".

Em determinadas hipóteses a licitação será considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público. Nessas situações, a legislação admite a contratação direta devidamente motivada e independentemente de licitação prévia.

Os casos de contratação direta não dispensam, em regra, a observância de um procedimento formal prévio, como a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa (art. 26 da Lei 8.666/1993).[92]

Tradicionalmente, sob a égide da legislação anterior (DL 2.300/1986), a doutrina[93] apontava quatro hipóteses de contratação direta: a) licitação dispensada: a própria lei dispensa a licitação; b) licitação dispensável: a lei autoriza que a autoridade administrativa dispense, por decisão motivada, a licitação; c) licitação inexigível: quando não há possibilidade de competição; e d) licitação vedada: a lei proíbe a licitação em caso de comprometimento da segurança nacional.

Todavia, a hipótese de licitação vedada ("comprometimento da segurança nacional"), prevista no art. 23, § 1.º, do DL 2.300/1986, é tratada na atual legislação como caso de dispensa de licitação (art. 24, IX, da Lei 8.666/1993). Desta forma, a atual legislação não consagra mais a licitação vedada.

É verdade que alguns autores, como Jessé Torres Pereira Junior,[94] ainda mencionam a expressão licitação vedada, que estaria consagrada no art. 7.º, § 5.º, da Lei 8.666/1993.[95] Entendemos, contudo, que a norma em comento não afasta a regra da licitação para admitir a contratação direta, mas, ao contrário, reforça a obrigatoriedade da licitação. A norma veda, em princípio, a inclusão na licitação de bens e serviços sem similaridade ou de marcas exclusivas, com o objetivo de respeitar os princípios da competitividade e da isonomia.[96]

Portanto, as hipóteses de contratação direta são: a) licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993); b) dispensa de licitação ou licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/1993); e c) inexigibilidade de licitação ou licitação inexigível (art. 25 da Lei 8.666/1993).

1.8.1. Licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993)

A licitação dispensada refere-se às hipóteses de alienação de bens imóveis ou móveis da Administração Pública (art. 17, I e II, da Lei 8.666/1993).[97]

Em regra, a alienação de bens, integrantes do patrimônio das entidades administrativas, pressupõe, entre outras exigências, a realização de licitação: a) bens imóveis: concorrência, ressalvadas as hipóteses do art. 19 da Lei 8.666/1993; e b) bens móveis: leilão.

As hipóteses de licitação dispensada estão taxativamente previstas na legislação e relacionam-se com os casos de alienação de bens em que o destinatário é certo.

Segundo a doutrina tradicional, a licitação dispensada apresenta três características básicas: a) rol taxativo; b) o objeto do contrato é restrito: alienação de bens; e c) ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou previamente a licitação.[98]

Em relação a essa última característica, é importante tecer algumas considerações. Costuma-se afirmar que a licitação dispensada consagra a hipótese de "dispensa legal", pois a decisão pela não realização da licitação já foi tomada previamente pelo legislador, não subsistindo qualquer discricionariedade para o administrador. Ao contrário, a dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/1993) é denominada de "dispensa discricionária", pois o legislador apenas elencou as hipóteses em que o administrador, por decisão discricionária, poderá deixar de licitar.

Todavia, entendemos que não se pode admitir que o legislador retire do administrador, de maneira absoluta, a possibilidade de realização de licitação, quando houver, é claro, viabilidade de competição. Ora, se a regra constitucional é a licitação, o legislador ordinário não possui legitimidade para impedir a licitação quando houver competição, mas apenas a possibilidade de elencar hipóteses excepcionais em que a licitação não será obrigatória, segundo a ponderação do administrador diante do caso concreto. Não se pode admitir que o legislador, no caso, tenha elencado casos de vedação de licitação, pois sempre

será legítima a decisão administrativa que prestigie a exigência constitucional de licitação.

Marçal Justen Filho sustenta,[99] com razão, que o legislador, no art. 17, autorizou a contratação direta, mas essa autorização não é vinculante para o administrador, que pode escolher entre realizar ou não a licitação.

É oportuno salientar que a licitação dispensada apenas afasta a exigência de licitação, mas não as demais exigências legais para alienação de bens das entidades da Administração. Assim, a alienação de bens, nos casos de licitação dispensada, deve ser motivada ("interesse público justificado") e precedida de avaliação ("avaliação prévia"). Em relação aos bens públicos imóveis da Administração direta e das entidades administrativas de direito público (autarquias e fundações estatais de direito público), exige-se, ainda, a autorização legislativa prévia para efetivação da alienação.

As hipóteses de licitação dispensada estão elencadas no art. 17, I e II, da Lei 8.666/1993, e podem ser assim resumidas: a) dação em pagamento; b) doação;[100] c) permuta; d) investidura;[101] e) venda para outros órgãos ou entidades administrativas; f) programas habitacionais; g) venda de ações, que poderão ser comercializadas em bolsa; h) venda de bens quando a entidade administrativa possui essa finalidade; i) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei 6.383, de 07.12.1976, j) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m².

Por fim, alguns casos de licitação dispensada geram dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto constitucional, pois o legislador federal não poderia invadir a autonomia dos demais Entes Federados em relação à gestão do seu respectivo patrimônio público.

No tocante à doação de bens imóveis, o art. 17, I, "b", da Lei 8.666/1993 dispensa a licitação apenas em relação à doação realizada "exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública". Da mesma forma, o art. 17, II, "b", da Lei 8.666/1993, ao tratar dos bens móveis, dispensa a licitação para permuta realizada "exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração

Pública.” De acordo com a restrição colocada por essas normas, os demais Entes Federados não poderiam, por exemplo, fazer doações ou permutas com entidades privadas sem finalidade lucrativa, ainda que autorizados por suas respectivas legislações.[102]

Por esta razão, o STF,[103] no julgamento da ADI 927 MC/RS, concedeu interpretação conforme à Constituição ao art. 17, I, “b”, e II, “b”, para esclarecer que a vedação tem aplicação apenas no âmbito da União Federal. O mesmo entendimento foi aplicado, no caso, em relação ao art. 17, I, “c” e § 1.º.

É possível concluir que todos os Entes Federados possuem competência para legislar sobre a gestão dos seus bens, inclusive sobre as hipóteses de licitação dispensada. Trata-se de uma prerrogativa inerente à autonomia política desses Entes, notadamente no aspecto do poder de autoadministração dos seus serviços e bens.

Ainda que seja correta a afirmação genérica de que apenas a União pode estabelecer, por normas gerais, as hipóteses de dispensa (art. 24) e inexigibilidade (art. 25) de licitação, essa assertiva deve ser relativizada no tocante à disposição dos bens da Administração, tendo em vista o princípio federativo (art. 18 da CRFB). Nesse sentido, além da posição adotada pelo STF no julgamento da ADI 927 MC/RS, posicionam-se Flávio Amaral Garcia, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Ivan Barbosa Rigolin.[104]

1.8.2. Dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/1993)

As hipóteses de dispensa de licitação estão consagradas no art. 24 da Lei 8.666/1993.

Nesses casos, a licitação é viável, tendo em vista a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados. Todavia, o legislador elencou determinadas situações em que a licitação pode ser afastada, a critério do administrador, para se atender o interesse público de forma mais célere e eficiente.

É importante notar que as hipóteses de dispensa de licitação representam

exceções à regra constitucional da licitação, permitidas pelo art. 37, XXI, da CRFB (“ressalvados os casos especificados na legislação”). O legislador autoriza o administrador a dispensar, por razões de conveniência e oportunidade, a licitação e proceder à contratação direta.

A dispensa de licitação possui duas características principais: a) rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação.

Em relação à primeira característica, seria lícito afirmar, em princípio, que a interpretação das hipóteses de dispensa deve ser restritiva, pois configuram verdadeiras exceções à regra da licitação. Segundo a regra básica de hermenêutica, as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

Contudo, não seria incorreto sustentar que algumas das hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/1993 admitem interpretação extensiva, sob pena de violação a alguns princípios constitucionais.[105] Exemplo: o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, que será objeto de análise específica adiante, autoriza a dispensa de licitação para “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”. Esse caso de dispensa foi incluído pela Lei 9.648/1998, antes, portanto, da instituição das OSCIPs pela Lei 9.790/1999.

Pergunta-se: o Poder Público poderia dispensar a licitação para contratações com OSCIPs, nos moldes do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993?

Se a interpretação restritiva prevalecer, a resposta será negativa. Pensamos, no entanto, ser possível a interpretação extensiva, no caso, tendo em vista os princípios da isonomia e da razoabilidade, pois as OSCIPs possuem as mesmas finalidades das Organizações Sociais.[106]

1.8.2.1. Valor reduzido (art. 24, I e II)

A dispensa da licitação, em primeiro lugar, fundamenta-se no valor reduzido (estimado) do futuro contratado, na forma do art. 24, I e II, da Lei 8.666/1993.[107] O objetivo do legislador foi atender aos princípios da economicidade e da eficiência administrativa, evitando que os custos econômicos do processo de licitação ultrapassem os benefícios que serão alcançados com a futura contratação.

O limite para dispensa de licitação é de até 10% dos valores previstos no art. 23, I, "a", e II, "a", da mesma Lei,[108] que tratam dos valores relativos à modalidade convite. Em consequência, a partir dos limites vigentes, a dispensa será possível nos seguintes casos: a) obras e serviços de engenharia: valor estimado do contrato de até R$ 15.000,00; e b) outros serviços e compras: valor estimado do contrato de até R$ 8.000,00.[109]

É importante notar que a norma não autoriza que o fracionamento das contratações acarrete a dispensa de licitação. Frise-se que a lei não veda genericamente o fracionamento das contratações, mas apenas a utilização do fracionamento com o intuito de dispensar a licitação. Em casos de contratações homogêneas, com objetos similares, deve ser levado em consideração o valor global dessas contratações.[110]

Por fim, o percentual será de 20% para dispensa da licitação para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e por autarquias ou fundações qualificadas, na forma da lei, como agências executivas (art. 24, § 1.º, da Lei 8.666/1993), o que será estudado no item 1.8.2.23.

1.8.2.2. Situações emergenciais (art. 24, III e IV)

Admite-se a dispensa de licitação em razão de situações emergenciais quando o tempo necessário à licitação é incompatível com a urgência da contratação e com o atendimento do interesse público. É o que ocorre nos casos de "guerra ou grave perturbação da ordem" e de "emergência ou de calamidade pública", conforme dispõe o art. 24, III e IV, da Lei 8.666/1993.[111]

O art. 24, III, da Lei trata dos casos de guerra ou grave perturbação da ordem. O estado de guerra depende de declaração formal do Presidente da República, com autorização prévia ou posterior do Congresso Nacional (arts. 49, II, e 84, XIX da CRFB). A grave perturbação da ordem pública depende da declaração de Estado de Defesa (art. 136 da CRFB) ou de Estado de Sítio (art. 137 da CRFB).

No tocante à emergência e à calamidade pública, as situações deverão ser analisadas concretamente. Exemplos: inundação causada por fortes chuvas pode acarretar a necessidade de contratações emergenciais (compra de medicamentos, contratação de serviços médicos, locação de imóveis para funcionarem como abrigos etc.); anulação de determinada licitação e a justificativa, no caso concreto, de que a repetição do certame será incompatível com a urgência da contratação etc.

A contratação direta, quando houver emergência ou calamidade pública, limita-se aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Desta forma a Lei não autoriza a contratação de qualquer bem ou serviço.

Ademais, as contratações, em casos de emergência e de calamidade pública, serão efetuadas por, no máximo, 180 dias consecutivos e ininterruptos (ou seja: seis meses). O referido prazo será contado da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a sua prorrogação (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993).[112]

Quanto à impossibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias, a regra deve ser interpretada de forma ponderada, pois, em determinadas hipóteses excepcionais, a situação emergencial exigirá a prorrogação do prazo, sob pena de prejuízo ao interesse público.[113]

Por fim, a contratação emergencial é possível mesmo na hipótese em que a situação de emergência seja atribuída ao agente público (emergência “fabricada” ou “provocada”), sob pena de não se atender o interesse da coletividade. Nesse caso, todavia, a Administração, após a contratação, deverá apurar a responsabilidade do agente.[114] Exemplo: agente público, por desídia, permite que a expiração do prazo de contrato em vigor, cujo objeto é o fornecimento de

serviços contínuos a determinado hospital. No caso, o agente não adotou os procedimentos necessários à realização de nova licitação para evitar a descontinuidade do serviço, nem prorrogou o prazo do contrato. A contratação emergencial poderia ser formalizada, mas o agente deverá ser responsabilizado.

1.8.2.3. Licitação deserta (art. 24, V)

O art. 24, V, da Lei 8.666/1993[115] dispensa a licitação quando não acudir interessado à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

Nesse caso, em razão da ausência de interessados, a licitação é denominada de "deserta". Ressalte-se que a licitação deserta não se confunde com a "licitação frustrada ou fracassada", pois, nesse último caso, existem licitantes presentes no certame, mas todos são inabilitados ou desclassificados.[116] A característica comum dessas duas hipóteses é que a licitação não chegará ao seu termo final.

A dispensa na licitação deserta depende dos seguintes pressupostos: a) ausência de interessados na licitação anterior; b) motivação: a justificativa deve demonstrar que a repetição do certame acarretaria prejuízos ao interesse público; e c) manutenção das condições preestabelecidas: o intuito é evitar a violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, pois a alteração substancial das condições estabelecidas na licitação anterior poderia atrair o interesse de licitantes, o que exigiria a realização da licitação.

1.8.2.4. Intervenção no domínio econômico (art. 24, VI)

É dispensável a licitação quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (art. 24, VI, da Lei 8.666/1993).[117]

Nesse caso, o Estado atua como agente normativo e regulador da ordem econômica, devendo reprimir o abuso do poder econômico (dominação dos

mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de preços), na forma dos arts. 173, § 4.º, e 174 da CRFB.

A dispensa restringe-se às intervenções na ordem econômica com o objetivo de regular os preços ou normalizar o abastecimento de bens ou serviços, não alcançando, portanto, as outras possibilidades de intervenção.

Somente a União pode se valer dessa dispensa, pois é o Ente que possui competência para intervir no domínio econômico.[118]

1.8.2.5. Licitação frustrada (art. 24, VII)

Admite-se a dispensa de licitação quando os licitantes apresentarem propostas com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (art. 24, VII, da Lei 8.666/1993).[119] Conforme afirmamos anteriormente, esse é o caso de licitação frustrada, pois aparecem interessados, mas todos são desclassificados.

A dispensa, segundo a citada norma, pressupõe a observância do art. 48, § 3.º, da Lei 8.666/1993,[120] que possibilita a apresentação de novas propostas, no prazo de oito dias, quando todas as propostas inicialmente apresentadas foram desclassificadas. Nesse caso, se os licitantes reapresentarem propostas novamente incompatíveis com o mercado ou com os fixados pelos órgãos competentes, a Administração poderá dispensar a licitação para efetivar a contratação direta, "por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços" (parte final do art. 24, VII).

Deve ser feita, ainda, uma ressalva final. A providência prevista no art. 48, § 3.º, da Lei 8.666/1993 deve ser adotada nos casos de desclassificação e de inabilitação de todos os licitantes que foram inabilitados. Enquanto a inabilitação relaciona-se com a apresentação dos documentos por parte dos licitantes em desconformidade com o art. 27 da Lei 8.666/1993, a desclassificação ocorre em dois casos: a) as propostas dos licitantes não atendem às exigências do ato convocatório (art. 48, I) ou b) as propostas são superfaturadas ou inexequíveis

(art. 48, II).[121]

A dispensa de licitação, prevista no art. 24, VII, da Lei 8.666/1993, refere-se exclusivamente aos casos de desclassificação em razão de preços superfaturados (art. 48, II), não englobando a desclassificação por descumprimento do ato convocatório (art. 48, I) nem a inabilitação de todos os licitantes. Entendemos, contudo, que nessas duas últimas hipóteses pode haver dispensa de licitação com fundamento no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993 (situação de emergência).[122]

1.8.2.6. Contratação de entidades administrativas (art. 24, VIII, XVI e XXIII)

O diploma legal prevê três casos distintos de dispensa de licitação para contratações de entidades da Administração Pública.

Em primeiro lugar, de acordo com o art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993,[123] é dispensável a licitação para contratação, por pessoas jurídicas de direito público, de bens ou serviços oriundos de entidade integrante da Administração Pública, criada para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei de Licitações, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

A presente hipótese de dispensa merece algumas considerações relevantes.

Inicialmente, é importante frisar que a dispensa abrange as contratações realizadas por "pessoa jurídica de direito público interno", ou seja, União, Estados, DF, Municípios, bem como as suas respectivas autarquias e fundações estatais de direito público. A norma não engloba as contratações realizadas por entidades administrativas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as fundações estatais de direito privado).

Há divergência doutrinária em relação ao alcance dessa dispensa, notadamente no tocante à interpretação da expressão "órgão ou entidade que integre a Administração Pública". Existem dois entendimentos sobre o assunto:

a) **primeira interpretação:** a dispensa somente será possível se as entidades administrativas contratadas integrarem a mesma Administração Pública do Ente público contratante. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto,

José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro;[124]

b) **segunda interpretação:** a dispensa é aplicável para contratação de entidades administrativas, ainda que integrantes da Administração Pública de outro Ente federado. Nesse sentido: Marçal Justen Filho.[125]

Entendemos que a razão está com a primeira corrente que admite a dispensa apenas no caso de contratação de entidade administrativa da Administração do Ente contratante. As razões podem ser assim resumidas: (i) as entidades administrativas são instituídas para atenderem aos interesses do respectivo Ente Federado, e não dos demais Entes; (ii) a dispensa justifica-se pela própria descentralização administrativa, pois a instituição de entidades administrativas tem o objetivo de especializar funções dentro de determinado Ente Federado, que se beneficiaria, inclusive como destinatário, do serviço prestado pela entidade; (iii) a inaplicabilidade da dispensa nas contratações de entidades de níveis federativos diversos prestigia a regra constitucional da licitação, pois a pessoa de direito público deveria licitar para celebrar seus contratos. Exemplos: o Município poderia se valer dessa modalidade de dispensa para contratar diretamente entidade administrativa municipal a ele vinculada, mas não poderia dispensar a licitação nas contratações com entidades estaduais ou federais.

É vedada, todavia, a contratação por pessoa de direito público de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, ainda que integrantes da sua estrutura administrativa, sob pena de se admitir tratamento privilegiado para essas estatais econômicas em detrimento das demais empresas privadas. O art. 173, § 1.º, II, da CRFB não admite, em regra, tratamento diferenciado entre as estatais econômicas e as demais empresas privadas que atuam no mercado concorrencial. Seria inconstitucional, portanto, admitir a dispensa para contratação de estatais econômicas e não admitir a dispensa para as demais empresas. Nos dois casos, a licitação deve ser prestigiada.[126]

Ademais, a norma em comento exige que a entidade administrativa contratada tenha sido criada antes da Lei 8.666/1993, o que gera também divergências na doutrina:

a) **primeiro entendimento:** a contratação direta, a partir da interpretação literal da norma, abrange exclusivamente as contratações de entidades criadas até a promulgação da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, por exemplo: José dos Santos Carvalho Filho, Ivan Barbosa Rigolin e Jessé Torres Pereira Junior;[127]

b) **segundo entendimento:** a dispensa pode alcançar as entidades administrativas instituídas após o advento da Lei 8.666/1993. Essa é a opinião de Marcos Juruena Villela Souto.[128]

Concordamos com a segunda interpretação. A distinção a partir da data de instituição da entidade administrativa (antes ou depois da Lei 8.666/1993) é completamente despropositada e viola o princípio da razoabilidade. Isto porque a data de instituição, no caso, não modifica a essência, nem a finalidade das entidades que integram a Administração, sendo ilógico admitir que o Ente federado crie tais entidades e não possa se beneficiar diretamente (sem licitação) dos serviços por elas prestados. Aliás, é importante lembrar que os serviços descentralizados permanecem sob a titularidade do respectivo Ente federado, uma vez que a descentralização envolve apenas a transferência da execução da atividade administrativa.

Vale notar que o § 2.º do art. 24 da Lei 8.666/1993, inserido pela Lei 12.715/2012, afasta a limitação temporária de criação do órgão ou entidade administrativa que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei 8.080/1990, conforme elencado em ato da direção nacional do SUS.

O segundo caso de dispensa de licitação para contratação de pessoas administrativas situa-se no art. 24, XVI, da Lei 8.666/1993.[129] De acordo com a norma legal em comento, a licitação é dispensável para contratação por pessoas de direito público de entidades administrativas para impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática.

O terceiro caso é aquele previsto no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/1993.[130] As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem contratar

diretamente, sem licitação, com suas subsidiárias e controladas,[131] para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Nesse caso, a norma, por não fazer distinção, deve ser aplicada às empresas estatais, independentemente do seu objeto (atividade econômica ou serviço público).

Cabe ressaltar que a Súmula 265 do TCU dispõe:

> A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades.

1.8.2.7. Segurança nacional (art. 24, IX)

É autorizada a dispensa de licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (art. 24, IX, da Lei 8.666/1993).[132]

A legislação anterior tratava desse caso de contratação direta como "licitação vedada" (23, § 1.º, do DL 2.300/1986). Atualmente, o caso é de dispensa prevista no inc. IX do art. 24 da Lei 8.666/1993, regulamentado pelos Decretos 2.295/1997 e 8.135/2013.[133]

1.8.2.8. Compra e locação de imóveis (art. 24, X)

O art. 24, X, da Lei 8.666/1993[134] dispensa a licitação para 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".

A dispensa, nesse caso, justifica-se pelas peculiaridades do imóvel que será adquirido ou locado pela Administração. Apenas determinado imóvel apresenta as características necessárias para satisfação do interesse público, sendo razoável a dispensa de licitação. Em verdade, a hipótese se aproxima mais de inexigibilidade de licitação, em virtude da inviabilidade de competição, do que propriamente de dispensa.[135]

1.8.2.9. Complementação do objeto contratual (art. 24, XI)

Não é obrigatória a realização de licitação na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em razão 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" (art. 24, XI, da Lei 8.666/1993).[136]

A complementação do objeto em caso de rescisão do contrato anterior não se confunde com a prorrogação do atual contrato. Enquanto na complementação a Administração rescinde o contrato e contrata outro fornecedor, na prorrogação a Administração prolongará o prazo do contrato em vigor.

As exigências para a dispensa no caso de complementação do objeto contratual podem ser assim enumeradas: a) rescisão do contrato; b) existência de remanescente do objeto contratual (obra inacabada, serviço incompleto ou fornecimento parcial); c) o contratado deve ter participado da licitação que deu origem ao contrato rescindido, respeitada a ordem de classificação; e d) o contratado deve aceitar as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, sendo o preço devidamente corrigido.

1.8.2.10. Gêneros perecíveis (art. 24, XII)

É dispensável a licitação para compras de gêneros perecíveis (hortifrutigranjeiros, pão etc.), no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço

do dia (art. 24, XII, da Lei 8.666/1993).[137]

A contratação direta, no caso, depende de três requisitos: a) gêneros perecíveis; b) provisoriedade: não pode ser habitual a contratação, mas apenas durante o tempo necessário para formalização da licitação; e c) preço do dia: preço praticado no mercado no dia da aquisição, tendo em vista que esses produtos, por suas características, apresentam preços voláteis.

1.8.2.11. Entidades sem fins lucrativos (art. 24, XIII, XX, XXIV e XXXIII)

Foram consagradas três hipóteses de dispensa de licitação no art. 24 da Lei de Licitações relacionadas com as contratações de entidades privadas sem fins lucrativos.

Inicialmente, é oportuno destacar que a natureza do ajuste firmado entre o Estado e uma entidade sem fins lucrativos aproxima-se mais do convênio do que propriamente do contrato. Na lição da doutrina tradicional, enquanto os contratos são caracterizados pela existência de interesses contrapostos das partes (Poder Público busca o atendimento do interesse público e o particular pretende lucrar), os convênios são marcados pela busca por interesses comuns (os partícipes pretendem atender o interesse público).

A regra da licitação incide, normalmente, sobre os contratos (art. 37, XXI, da CRFB e art. 2.º da Lei 8.666/1993), não abrangendo os convênios. Por esta razão, o art. 116 da Lei 8.666/1993 determina que as normas de licitação aplicam-se aos convênios apenas “no que couber”.

Nesse sentido, o STF,[138] após caracterizar determinado ajuste como convênio, em razão da “mútua colaboração” e da ausência de “contraposição de interesses”, afastou a necessidade de licitação, na forma do art. 116 da Lei de Licitações. Ainda que se exigisse a licitação para celebração de convênios, afirmou o Ministro Relator, seria possível invocar a dispensa com fundamento no art. 24, XIII, da Lei de Licitações.

Portanto, a desnecessidade de licitação para celebração de convênios é uma regra que decorre da natureza não contratual do ajuste e do art. 116 da Lei

8.666/1993. De qualquer forma, os casos de dispensa de licitação previstos no art. 24 da Lei 8.666/1993 apenas corroboram essa ideia.

A primeira hipótese está prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993.[139] É possível a dispensa de licitação para contratar instituição brasileira, sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, que tenha por objetivo desenvolver, por força estatutária, uma das seguintes atividades: pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso.

Na prática, por abusos praticados por alguns agentes públicos, essa modalidade de dispensa tem sido utilizada de maneira ilegal para burlar a regra da licitação, razão pela qual devem ser respeitadas, com o máximo rigor, as exigências previstas para contratação direta.

De acordo com as exigências do dispositivo em comento, a dispensa somente será possível se preencher os requisitos enumerados a seguir: a) entidade sem fins lucrativos: são as associações civis ou fundações privadas. É oportuno frisar que a ausência de lucro não significa déficit, mas, sim, ausência de distribuição, direta ou indireta, do superávit entre os "sócios"; b) inquestionável reputação ético-profissional da entidade: trata-se de conceito indeterminado, mas seria possível impedir a contratação de entidade declarada inidônea por determinado Ente Federado; c) previsão no estatuto ou no regimento interno de que a entidade tem por finalidade o desenvolvimento da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional ou da recuperação social do preso; d) pertinência entre o objeto do contrato e o objeto social da entidade contratada; e) caráter *intuito personae* do contratado: a entidade deve executar diretamente o serviço, sendo vedadas, em princípio, as subcontratações; e f) apesar do silêncio da norma em questão, o valor do contrato deve respeitar os preços praticados no mercado, na forma do art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações.[140]

As fundações de apoio têm sido contratadas sem licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993.[141]

As Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), bem como as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), mencionadas na Lei 10.973/2004, podem celebrar convênios e contratos diretamente (sem licitação), por prazo

determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos, na forma do art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993 e art. 1.º da Lei 8.958/1994, alterado pela Lei 12.349/2010.[142]

Da mesma forma, as fundações de apoio podem ser contratadas, por prazo determinado e sem licitação, na forma do art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993, pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pelas Agências Financeiras Oficiais de Fomento, com a finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, com a anuência expressa das instituições apoiadas (art. 1.º-A da Lei 8.958/1994, incluído pela Lei 12.349/2010).

A segunda hipótese de dispensa de entidades sem fins lucrativos encontra-se consagrada no art. 24, XX, da Lei 8.666/1993.[143] De acordo com o permissivo legal, a Administração pode contratar diretamente associação de portadores de 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. A norma, em comento, tem o claro objetivo de fomentar a inclusão dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, cumprindo a denominada “função social do contrato administrativo”.[144]

A terceira possibilidade de dispensa, prevista no art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993,[145] refere-se à contratação de serviços prestados por Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Já tivemos a oportunidade de afirmar, em obra específica,[146] que o art. 24, XXIV, da Lei de Licitações, embora se refira tão somente às Organizações Sociais, e o rol do art. 24 da Lei 8.666/1993 seja considerado taxativo, pode ser interpretado extensivamente para possibilitar a dispensa em relação às OSCIPs,

tendo em vista os seguintes argumentos: a) princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade: as duas entidades possuem, na essência, características similares que justificam tratamento isonômico em matéria de licitação; b) o inciso XXIV foi inserido ao art. 24 da Lei 8.666/1993 pela Lei 9.648/1998, ou seja, antes da instituição normativa da OSCIP que só ocorreu em 1999 (Lei 9.790/1999); e c) o "contrato" com entidades privadas, sem fins lucrativos, constituir verdadeiro convênio, o que afastaria a necessidade de licitação. Ainda que se considere como contrato, propriamente dito, o art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993 justificaria a dispensa nos casos nele elencados.

Por fim, a quarta hipótese de dispensa refere-se à contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água, na forma do art. 24, XXXIII, da Lei 8.666/1993.[147]

1.8.2.12. Negócios internacionais (art. 24, XIV)

O Poder Público pode dispensar a licitação para contratação 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 (art. 24, XIV, da Lei 8.666/1993).[148]

1.8.2.13. Obras de arte (art. 24, XV)

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, não depende necessariamente de licitação (art. 24, XV, da Lei 8.666/1993).[149] É fundamental que a aquisição ou restauração tenha vinculação direta com as finalidades do órgão ou entidade. Assim, por exemplo, o Poder Público pode adquirir, sem licitação, obra de arte para determinado museu público, mas não será possível a aquisição de obra de arte para decorar gabinete

de autoridades administrativas.

1.8.2.14. Necessidade de manutenção de garantias (art. 24, XVII)

É possível a contratação direta 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 (art. 24, XVII, da Lei 8.666/1993).[150]

1.8.2.15. Forças Armadas (art. 24, XVIII, XIX e XXIX)

A legislação prevê três casos de contratações no âmbito das Forças Armadas que prescindem do processo licitatório.

Em primeiro lugar, o art. 24, XVIII, da Lei 8.666/1993[151] admite contratações diretas necessárias para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes. Nesse caso, as contratações não poderão exceder o valor de R$ 80.000,00 (art. 23, II, "a", da Lei)

A segunda possibilidade de contratação direta encontra-se prevista no art. 24, XIX, da Lei 8.666/1993,[152] e diz respeito às compras de material de uso pelas Forças Armadas, quando houver necessidade de padronização, mediante parecer de comissão instituída por decreto. De acordo com a norma, a licitação será obrigatória se os materiais forem de uso pessoal (ex.: produtos de higiene pessoal dos militares) e administrativo (ex.: material de escritório). A padronização é uma possibilidade prevista no art. 15 da Lei para as compras públicas em geral, sendo vedada, em princípio, a preferência por marcas.

Por fim, o terceiro caso de dispensa de licitação está consagrado no art. 24, XXIX, da Lei 8.666/1993.[153] Trata-se do caso de contratação direta de bens e serviços para atender as Forças Singulares brasileiras empregadas em operações

de paz no exterior. Nesse caso, o preço e a escolha do contratado devem ser justificados, com ratificação do Comandante da Força.

1.8.2.16. Bens destinados à pesquisa (art. 24, XXI)

Admite-se a contratação direta de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico (art. 24, XXI, da Lei 8.666/1993, alterado pela Lei 12.349/2010).[154]

O Estado, segundo o art. 218 da CRFB, tem o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Daí a justificativa da dispensa de licitação que deve ser acompanhada do documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, parágrafo único, IV, da Lei de Licitações).

1.8.2.17. Serviços públicos concedidos (art. 24, XXII)

O Poder Público pode contratar diretamente, com dispensa de licitação, concessionários, permissionários ou autorizados, responsáveis pelo fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural (art. 24, XXII, da Lei 8.666/1993).[155]

Atualmente, a prestação dos serviços públicos concedidos, na medida do possível, é realizada em regime concorrencial. Aliás, a tendência moderna é a submissão do serviço público ao regime de competição, admitindo-se, apenas excepcionalmente, o monopólio ou a exclusividade na sua prestação (art. 16 da Lei 8.987/1995).[156] Desta forma, a licitação seria, em princípio, obrigatória, sendo admitida a dispensa nos estritos termos da Lei de Licitações. Nos casos de monopólio da prestação do serviço concedido, o caso é de inexigibilidade de licitação.

1.8.2.18. Transferência de tecnologia e incentivos à inovação e à pesquisa

científica e tecnológica (art. 24, XXV, XXXI e XXXII)

O art. 24, XXV, da Lei 8.666/1993,[157] inserido pela Lei 10.973/2004,[158] dispensa a licitação 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.

O inciso XXXI do art. 24 da Lei 8.666/1993,[159] acrescentado pela Lei 12.349/2010, dispensa a licitação nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei 10.973/2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

A dispensa de licitação, aqui citada, abrange as seguintes hipóteses:

a) O art. 3.º da Lei 10.973/2004 afirma que os Entes federados 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;
b) As ICTs, na forma do art. 4.º da Lei 10.973/2004, após a fixação de prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo seu máximo, que garantam igualdade de tratamento entre os interessados, 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";

c) A União e as entidades administrativas federais ficam 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 (art. 5.º da Lei 10.973/2004);

d) Possibilidade de contratação de 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 (art. 20 da Lei 10.973/2004).

Por fim, o inciso XXXII do art. 24 da Lei 8.666/1993,[160] inserido pela Lei 12.715/2012, estabelece a dispensa de licitação para contratação que envolver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), no âmbito da Lei 8.080/1990, que serão elencados em ato editado pela direção nacional do SUS.

1.8.2.19. Contratos de programa (art. 24, XXVI)

A Lei 11.107/2005, que trata dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, inseriu o inciso XXVI no art. 24 da Lei 8.666/1993,[161] com o intuito de estabelecer mais um caso de dispensa de licitação. É dispensável a licitação para 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.

O contrato de programa[162] se aproxima da figura do convênio, tendo em vista a persecução de interesses comuns pelos partícipes, razão pela qual não se impõe

naturalmente a licitação.

1.8.2.20. Catadores de materiais recicláveis (art. 24, XXVII)

O inciso XXVII do art. 24 da Lei 8.666/1993,[163] inserido pela Lei 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, considera dispensável a licitação para contratação de associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, para coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo. Exige-se, no caso, a utilização de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

A norma pretende atender dois objetivos legítimos: fomento social, pois insere no mercado de trabalho pessoas de baixa renda, e proteção do meio ambiente, uma vez que o objetivo da contratação é a prestação de serviços de saneamento básico.

1.8.2.21. Alta complexidade tecnológica (art. 24, XXVIII)

A Lei 11.484/2007, que trata dos incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital, entre outros assuntos, inseriu o inciso XXVIII no art. 24 da Lei 8.666/1993[164] para admitir a contratação direta de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional. A norma exige, ainda, parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

1.8.2.22. Assistência técnica e extensão rural (art. 24, XXX)

A Lei 12.188/2010 instituiu a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER), bem

como o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (PRONATER).

Ademais, com o intuito de facilitar a implementação dessas novas políticas, a citada Lei inseriu o inciso XXX no art. 24 da Lei 8.666/1993,[165] que permite a dispensa de licitação para contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural[166] no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária.

1.8.2.23. Regras especiais de dispensa aplicáveis aos consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executivas (art. 24, § 1.º)

Na forma do art. 24, § 1.º, da Lei 8.666/1993, os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão de 20% 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.

Assim, imaginemos os exemplos da contratação de compras e serviços que não sejam de engenharia.

Em regra, as entidades administrativas podem dispensar a licitação se o valor estimado do contrato for de até R$ 8.000,00 (oito mil reais), o que equivale a 10% sobre o valor previsto no art. 23, II, "a", conforme previsão contida no art. 24, II, da Lei 8.666/1993.

Na hipótese de contratação realizada por entidades mencionadas no art. 24, § 1.º, da Lei 8.666/1993, o percentual de 10% é elevado para 20%, razão pela qual a dispensa de licitação é possível para contratos com valores estimados de até R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

Todavia, a dispensa de licitação para contratos firmados por consórcios públicos merece interpretação diferente, senão vejamos.

O art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993 dispõe que, no caso dos consórcios

públicos, os valores mencionados no *caput* do artigo serão dobrados quando o consórcio envolver até três entes da Federação, e triplicados, quando formado por maior número.

O art. 24, § 1.º, da Lei 8666/1993, ao fazer referência aos limites citados nos incisos I e II do *caput* do mesmo artigo, deve ser interpretado em consonância com o art. 23, I, "a", II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações.[167]

Destarte, nas compras e nos serviços em geral, que não sejam de engenharia, o valor para o convite nas contratações realizadas por consórcios públicos formados por até três Entes federados é dobrado, ou seja, R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). A dispensa da licitação, nesse caso, é possível para contratações com valor estimado de até 20% sobre esse valor (art. 24, § 1.º, c/c art. 23, II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações), perfazendo o total de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais).

Na hipótese de contratos de compras e serviços em geral celebrados por consórcios formados por mais de três Entes, o valor para utilização do convite é triplicado, perfazendo o total de R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). A dispensa da licitação, nesse caso, é possível para contratações com valor estimado de até 20% sobre esse valor (art. 24, § 1.º, c/c art. 23, II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações), perfazendo o total de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às contratações de obras e serviços de engenharia por consórcios públicos, conforme dispõe o art. 24, § 1.º, c/c art. 23, I, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações. Caso o consórcio seja formado por até três Entes da Federação, o valor da dispensa será equivalente a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Por outro lado, na hipótese de consórcio formado por mais de três entes, a licitação será dispensável para os contratos de até R$ 90.000,00 (noventa mil reais).

Em resumo, a dispensa de licitação com base no valor estimado do contrato (art. 24, I, II e parágrafo único, da Lei 8.666/1993) pode ser visualizada no quadro esquemático abaixo:

Entidades / Objeto contratual	Entidades administrativas: Dispensa de licitação (art. 24, I e II)	Sociedade de economia mista, empresa pública e Agências Executivas: Dispensa de licitação (art. 24, § 1.º)	Consórcios públicos formados por até três Entes da Federação: Dispensa de licitação (arts. 23, § 8.º, e 24, § 1.º)	Consórcios públicos formados por mais de três Entes da Federação: Dispensa de licitação (arts. 23, § 8.º, e 24, § 1.º)
Obra e serviços de engenharia	até R$ 15.000,00	até R$ 30.000,00	até R$ 60.000,00	até R$ 90.000,00
Compras e serviços	até R$ 8.000,00	até R$ 16.000,00	até R$ 32.000,00	até R$ 48.000,00

1.8.3. Inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei 8.666/1993)

A inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição. Esse é o teor do art. 25 da Lei 8.666/1993: "É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição". Inexiste, portanto, o pressuposto fático da licitação, que é justamente a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados, de forma a garantir tratamento isonômico aos interessados em contratar com o Poder Público.

Tecnicamente, é possível afirmar que a inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra da licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada. Trata-se da não incidência da regra constitucional da licitação, em razão da ausência do seu pressuposto lógico: a competição.

Em verdade, os casos de inexigibilidade não dependem de expressa previsão legal, pois decorrem da circunstância fática que demonstra a inviabilidade da competição. Ainda que o texto constitucional tivesse estabelecido a regra da licitação, sem qualquer exceção, e a Lei 8.666/1993 fosse silente, certo é não se poderia exigir a realização de licitação pelo administrador em situações despidas

de competitividade.

Por esta razão, o art. 25 da Lei 8.666/1993 utiliza a expressão “em especial” antes de enumerar, exemplificativamente, alguns casos de inexigibilidade.

A inviabilidade de competição pode decorrer de duas situações distintas: a) impossibilidade fática de competição (ou impossibilidade quantitativa), tendo em vista que o produto ou o serviço é fornecido por apenas um fornecedor (ex.: fornecedor exclusivo); e b) impossibilidade jurídica de competição (ou impossibilidade qualitativa), pois ausentes critérios objetivos para definir a melhor proposta, de modo que a licitação não teria o condão de estabelecer julgamento objetivo (ex.: contratação de artista).

A inexigibilidade de licitação possui duas características principais: a) rol legal exemplificativo; e b) vinculação do administrador, pois, constatada no caso concreto a impossibilidade de competição, a licitação deve ser afastada, justificadamente, sob pena de se estabelecer procedimento administrativo, que demanda tempo e dinheiro (princípios da eficiência e da economicidade), para se fazerem escolhas subjetivas ao final.

1.8.3.1. Fornecedor exclusivo (art. 25, I)

O primeiro exemplo de inexigibilidade de licitação, previsto no art. 25, I, da Lei 8.666/1993,[168] refere-se à contratação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca.

Inicialmente, a interpretação açodada do dispositivo poderia levar à conclusão de que só haveria inexigibilidade para compras, tendo em vista a expressão “aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros”.[169] Todavia, a própria norma, em seguida, faz menção ao “atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço”, o que sugere a viabilidade da inexigibilidade em relação aos contratos de obras e de serviços. De qualquer forma, seria possível afastar a licitação, independentemente do objeto contratual, em toda e qualquer hipótese de

inviabilidade de competição, pois o rol é exemplificativo.

A "exclusividade" pode ser de duas espécies: a) absoluta: existe um fornecedor exclusivo no país; ou b) relativa: a exclusividade é auferida dentro da praça em que será realizada a licitação. Enquanto na exclusividade absoluta a licitação é sempre inexigível, na exclusividade relativa, a inexigibilidade depende da análise da praça comercial em que a contratação será realizada.[170]

Nesse contexto, a definição da praça comercial, para fins de exclusividade relativa, depende da modalidade de licitação exigida em razão do vulto do contrato. Desta forma, há "exclusividade comercial relativa" nos seguintes casos: a) convite: único fornecedor na localidade; b) tomada de preços: único fornecedor no registro cadastral; e c) concorrência: único fornecedor no país.[171]

A inexistência de competição não afasta a exigência de justificativa do preço apresentado pela futura contratada, na forma do art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/1993. Nesse caso, ainda que seja inviável a cotação de preços com outras sociedades empresárias, em razão da exclusividade, é possível justificar o preço contratado com a apresentação dos preços praticados pelo fornecedor com outros entes públicos ou privados.[172]

A exclusividade deve ser comprovada por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local, em que se realizaria a licitação, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Por fim, a norma veda, em princípio, a preferência por marcas. No entanto, essa vedação não possui caráter absoluto, uma vez que deve ser admitida a preferência por determinada marca, desde que a decisão administrativa seja motivada por razões técnico-científicas ou pela necessidade de padronização. Em suma: a norma pretende obstar a preferência imotivada por marcas.[173]

1.8.3.2. Serviços técnicos especializados (art. 25, II)

O segundo exemplo de inexigibilidade encontra-se previsto no art. 25, II, da Lei 8.666/1993.[174] É inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos,

de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Exemplo: contratação do serviço de arquitetura efetuada com o saudoso Oscar Niemeyer, de escritório de advocacia de notória especialização para serviços singulares etc.[175]

São três os requisitos cumulativos para declaração de inexigibilidade: a) serviço técnico; b) serviço singular; e c) notória especialização do contratado.

Os serviços técnicos são aqueles enumerados, exemplificativamente, no art. 13 da Lei 8.666/1993, tais como: estudos, planejamentos, pareceres, perícias, patrocínio de causas etc.[176]

É vedada a inexigibilidade para contratação de serviços de publicidade e divulgação, na forma do art. 25, II, da Lei 8.666/1993.[177]

O serviço contratado deve possuir natureza singular. Não basta que o serviço seja considerado técnico, pois existem diversos profissionais habilitados para prestação desses serviços em situações de normalidade. Na lição de Marçal Justen Filho, o serviço singular exige a conjugação de dois elementos: a) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e b) impossibilidade de sua execução por parte de um "profissional especializado padrão".

Ademais, o contratado (profissionais ou a empresa) deve possuir "notória especialização", com destaque e reconhecimento do mercado em suas áreas de atuação. Na forma do art. 25, § 1.º, da Lei 8.666/1993, a notória especialização é um conceito conquistado no campo de sua atividade especializada e pode ser comprovada por várias maneiras (estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento etc.).

1.8.3.3. Artistas consagrados (art. 25, III)

O terceiro exemplo de inexigibilidade situado no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993[178] trata da contratação de artistas, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Exemplo: contratação do cantor Gilberto Gil para realização de *show* no *réveillon.*

É inviável estabelecer critérios objetivos para se selecionar o “melhor artista”, razão pela qual a escolha será sempre pautada por certos critérios subjetivos, tornando a licitação inviável.

Isso não quer dizer que a contratação direta não possua qualquer limite. O profissional de setor artístico, segundo a norma em comento, deve ser consagrado “pela crítica especializada ou pela opinião pública”. A consagração é uma noção que varia no tempo e no espaço, sendo certo que alguns artistas são consagrados apenas em determinada região do País.[179] A análise da “consagração” do artista deve levar em consideração o local de execução do contrato.

1.8.3.4. Credenciamento

O sistema de credenciamento permite a seleção de potenciais interessados para posterior contratação, quando houver interesse na prestação do serviço pelo maior número possível de pessoas.

A partir de condições previamente estipuladas por regulamento do Poder Público para o exercício de determinada atividade, todos os interessados que preencherem as respectivas condições serão credenciados e poderão prestar os serviços. Não há, portanto, competição entre interessados para a escolha de um único vencedor, mas, sim, a disponibilização universal do serviço para todos os interessados que preencherem as exigências previamente estabelecidas pelo Poder Público.

Em razão da pluralidade de prestadores e da igualdade conferida a todos os interessados na celebração dos contratos, a licitação será inexigível. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, com fundamento no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/1993.[180]

O Código de Trânsito Brasileiro consagra diversos exemplos de credenciamento, a saber: o credenciamento para prestação de serviço pelas autoescolas e outras entidades destinadas à formação de condutores e às exigências necessárias para o exercício das atividades de instrutor e examinador,

na forma do regulamento expedido pelo CONTRAN (art. 156 do Código de Trânsito Brasileiro); os Estados e o DF podem credenciar órgãos ou entidades para a execução de atividades previstas na legislação de trânsito, na forma estabelecida em norma do CONTRAN (art. 22, X, do Código de Trânsito Brasileiro); as entidades públicas ou privadas credenciadas pelo órgão executivo de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, na forma das normas expedidas pelo CONTRAN, podem realizar os exames de habilitação, exceto os de direção veicular (art. 148) etc.

Da mesma forma, o TCU admite o credenciamento, por órgãos e entidades públicas, de profissionais e instituições médico-hospitalares para a prestação de serviços de assistência complementar à saúde dos servidores, deixando para os beneficiários dos serviços a escolha do profissional ou da instituição que será contratada oportunamente, observados os princípios da Administração Pública.[181]

1.9. MODALIDADES

As modalidades de licitação referem-se aos procedimentos e formalidades que deverão ser observados pela Administração Pública em cada licitação.

As modalidades de licitação podem ser enumeradas da seguinte forma: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) concurso; e) leilão; f) pregão (presencial e eletrônico); e g) consulta.

As cinco modalidades inicialmente citadas (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) estão previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993. O pregão, por sua vez, é regulado pela Lei 10.520/2002. Por fim, a consulta é a modalidade prevista no art. 37 da Lei 9.986/2000 para licitações realizadas por agências reguladoras.

É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades previstas na Lei de Licitações, na forma do art. 22, § 8.º, da Lei 8.666/1993. A referida norma, a nosso ver, dirige-se ao administrador, não

impedindo que o legislador posterior crie novas modalidades, como ocorreu, por exemplo, nos casos do pregão e da consulta. Isto porque a Lei 8.666/1993 não possui qualquer superioridade hierárquica em relação às demais legislações e não tem o condão de limitar a atuação posterior do legislador.

Ressalte-se, ainda, que as três modalidades inicialmente previstas na Lei de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite) são exigidas, em regra, de acordo com o vulto econômico estimado para o futuro contrato. Quanto maior o valor do contrato a ser celebrado, maiores serão as formalidades exigidas para essas modalidades de licitação.[182] A concorrência é a modalidade mais formal; a tomada de preços possui formalidade moderada; e o convite é a modalidade menos formal. O art. 23, § 4.º, da Lei de Licitações admite a utilização de modalidade mais formal no lugar de modalidade menos formal, mas o inverso é vedado (ex.: nos casos em que couber o convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços ou a concorrência. Ao revés, não poderá ser adotado o convite ou a tomada de preços para os casos em que a lei exigir a concorrência).

1.9.1. Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação que possui maiores formalidades, pois é exigida, normalmente, para contratações de grande vulto econômico.

Os valores estimados do futuro contrato, que exigem a formalização da concorrência, estão definidos no art. 23, I, "c", e II, "c", da Lei 8.666/1993: a) obras e serviços de engenharia: valor acima de R$ 1.500.000,00; e b) compras e demais serviços: valor acima de R$ 650.000,00. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desses valores quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número (art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993).

Em razão do vulto do contrato, deve ser permitida a participação de todo e qualquer interessado na fase inicial de habilitação preliminar, com ampla divulgação da licitação (art. 22, § 1.º, da Lei 8.666/1993).[183]

Da mesma forma, a concorrência conta com uma fase de habilitação

preliminar, anterior ao julgamento das propostas, para aferição da qualificação e aptidão das empresas para celebrarem contratos com o Poder Público. Nesta fase, como será analisado em tópico próprio, a empresa deverá comprovar: a) habilitação jurídica; b) qualificação técnica; c) qualificação econômico-financeira; d) regularidade fiscal; e e) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º da CRFB (art. 27 da Lei 8.666/1993).

Em determinados casos, a Lei exige a concorrência em razão da natureza do futuro contrato, independentemente do seu respectivo valor. Nesse sentido, o art. 23, § 3.º, da Lei de Licitações elenca algumas dessas hipóteses, a saber: a) compra ou alienação de bens imóveis, ressalvados os casos previstos no art. 19 da Lei; b) concessões de direito real de uso; e c) licitações internacionais. Existem outras hipóteses previstas em leis especiais (ex.: concessão de serviço público – art. 2.º, II, da Lei 8.987/1995).

1.9.2. Tomada de preços e o registro cadastral

A tomada de preços é a modalidade de licitação exigida para contratações de médio vulto econômico, assim definido no art. 23, I, "b", e II, "b", da Lei 8.666/1993: a) obras e serviços de engenharia: valor até R$ 1.500.000,00; e b) compras e demais serviços: valor até R$ 650.000,00. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desses valores quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número (art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993).

De acordo com o art. 22, § 2.º, da Lei de Licitações, podem participar da tomada de preços os "interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

A participação no certame é admitida aos interessados já cadastrados. Ao contrário da legislação anterior (DL 2.300/1986), que só admitia a participação das pessoas previamente cadastradas, a atual Lei de Licitações admite a participação de pessoas não cadastradas, desde que atendam as exigências para

cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

As características básicas do registro cadastral podem ser assim enumeradas: a) deve ser atualizado, no mínimo, anualmente e deverá estar permanentemente aberto aos interessados (art. 34, § 1.º, da Lei de Licitações); b) é facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2.º); c) os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 da Lei de Licitações (art. 36); d) os cadastrados receberão certificado de cadastramento (Certificado de Registro Cadastral), renovável sempre que atualizarem o registro (art. 36, § 1.º).

Em âmbito federal, o Decreto 3.722/2001 dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).[184]

O cadastramento prévio 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. Posteriormente, quando a Administração iniciar a tomada de preços, será desnecessária a fase específica de habilitação, tornando o procedimento mais célere.

Por esta razão, a autorização de participação de interessados não cadastrados, "que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas", tem sido criticada por grande parte da doutrina, pois desestimula o cadastramento prévio e retira celeridade da tomada de preços.[185]

Em relação à participação do não cadastrado, existem duas questões que têm gerado controvérsias doutrinárias. A primeira discussão refere-se à interpretação da exigência contida no art. 22, § 2.º, da Lei de Licitações: "que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação". Existem dois entendimentos sobre o assunto:

1.º entendimento: Os interessados devem obter o cadastramento efetivo até o terceiro dia anterior da data do recebimento das propostas. Nesse sentido: Jessé Torres Pereira Junior.[186]

2.º entendimento: Os interessados devem apresentar todos os documentos exigidos para o cadastro até o terceiro dia anterior da data do recebimento das propostas, mas a decisão relativa ao cadastramento poderá ser proferida após esse prazo. Enquanto não decididos os cadastramentos (as habilitações), os envelopes das propostas não serão abertos. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Marcos Juruena Villela Souto.[187]

Entendemos que a segunda interpretação deve prevalecer, pois a Lei não exige o cadastramento prévio, mas, sim, o atendimento das condições para cadastramento no prazo legal, ou seja, a decisão final sobre o cadastramento pode ser proferida posteriormente. Ademais, o primeiro entendimento colocaria em risco a participação dos interessados não cadastrados, que poderiam ser alijados do certame em razão da morosidade administrativa na análise dos documentos.

A segunda questão controvertida relaciona-se com o órgão responsável pela análise dos documentos que comprovam as "condições exigidas para cadastramento" quando existirem duas comissões distintas: uma comissão de cadastramento e uma comissão de licitação.

1.º entendimento: A análise deve ser concentrada na comissão de cadastramento, tendo em vista a necessidade de uniformidade dos requisitos para o cadastramento. O tratamento dispensado por esta comissão aos cadastrados deve ser o mesmo conferido aos interessados que pretendem se cadastrar para determinada licitação. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Junior.[188]

2.º entendimento: A comissão de licitação deve analisar os documentos exigidos para o cadastramento, pois a intenção da Lei é facilitar a participação do não interessado, e, por vezes, o órgão cadastral (comissão de cadastramento) está distante da sede do interessado. Nesse sentido: Marcos

Juruena Villela Souto, Diógenes Gasparini e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[189]

Parece que a melhor interpretação é conferir à comissão de licitação a incumbência de analisar os documentos apresentados pelos interessados ainda não cadastrados. Isso evitaria que a comissão de licitação tivesse que esperar a decisão de outro órgão (comissão de cadastramento), facilitando a maior agilidade e controle da licitação. Por outro lado, é importante lembrar que algumas entidades administrativas não possuem órgãos cadastrais próprios, o que dificultaria ainda mais a bifurcação do procedimento sugerida pela primeira corrente (procedimento de cadastramento dos interessados, ainda não cadastrados, pelo órgão cadastral e o procedimento de tomada de preços sob a responsabilidade da comissão de licitação).

1.9.3. Convite

O convite é a modalidade menos formal de licitação exigida para contratações de menor vulto econômico, assim definido no art. 23, I, "a", e II, "a", da Lei 8.666/1993: a) obras e serviços de engenharia: valor até R$ 150.000,00; e b) compras e demais serviços: valor até R$ 80.000,00. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desses valores quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número (art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993).

Podem participar do convite (art. 22, § 3.º, da Lei de Licitações): a) convidados (cadastrados ou não); e b) não convidados (cadastrados) que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

A Administração, conforme previsão contida no art. 22, § 3.º, da Lei de Licitações, deve convidar, no mínimo, três interessados para participarem do convite. A interpretação literal da norma poderia levar à conclusão de que basta o envio de convites a três interessados para que a Administração prossiga

validamente com a licitação.[190]

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que não é suficiente o envio de três convites para validade do certame, mas, sim, a apresentação efetiva de, no mínimo, três propostas.[191] O objetivo é fomentar a competição e evitar fraudes (direcionamento da licitação), permitindo a participação do maior número possível de interessados, especialmente para compensar a menor publicidade existente no convite.

Excepcionalmente, quando for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, a Administração apresentará as respectivas justificativas, hipótese em que não precisará renovar a licitação (art. 22, § 7.º). Nesse caso, se houver dois licitantes, a Administração selecionará a melhor proposta e formalizará o contrato. Caso exista apenas um licitante, a Administração efetivará a contratação direta.

Na hipótese de sucessão de convites para contratação de objeto idêntico ou assemelhado, a Administração não poderá repetir sempre os mesmos convidados, pois a identidade de convidados violaria o princípio da impessoalidade e comprometeria a seleção da melhor proposta.

Por esta razão, o art. 22, § 6.º, da Lei de Licitações exige, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, o "convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações". A nosso sentir, apesar da ausência de clareza da norma, o objetivo não é aumentar necessariamente o número de convidados a cada licitação, e, sim, evitar a repetição dos mesmos convidados (ex.: a Administração poderia substituir um dos convidados na licitação anterior por outro particular, sem a necessidade de convidar quatro interessados).[192]

A habilitação é simplificada no convite, sendo admitida a dispensa, total ou parcial, dos documentos comprobatórios (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal), conforme dispõe o art. 32, § 1.º, da Lei 8.666/1993.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de substituição excepcional, nas pequenas

unidades administrativas e em face da exiquidade de pessoal disponível, da comissão de licitação por servidor formalmente designado pela autoridade competente (art. 51, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

1.9.4. Concurso

O concurso é a modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias (art. 22, § 4.º, da Lei 8.666/1993).

A utilização do concurso não depende do valor estimado do contrato. Ademais, é permitida a participação de todos os eventuais interessados.

Não se confunde, por óbvio, o concurso, modalidade de licitação, com o concurso público para contratação de agentes públicos. Na licitação mediante concurso o objetivo é a contratação do trabalho ("técnico, científico ou artístico"), e não o provimento de cargos ou empregos públicos na Administração.

As regras do concurso são definidas por regulamento que deverá indicar: a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho e as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (art. 52, § 1.º, da Lei de Licitações).

Quanto à fase de habilitação, a legislação dispensa, no todo ou em parte, a apresentação de alguns documentos (art. 32, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

O julgamento é realizado por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art. 51, § 5.º, da Lei de Licitações).

O prêmio ou a remuneração somente serão efetuados caso o vencedor do concurso ceda os direitos patrimoniais relativos ao trabalho apresentado, e a Administração poderá utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso (art. 111 da Lei de Licitações).

1.9.5. Leilão

O leilão, previsto no art. 22, § 5.º, da Lei de Licitações, é a modalidade de licitação adotada para alienação dos seguintes bens: a) bens móveis inservíveis; b) produtos legalmente apreendidos ou penhorados; c) alienação de bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (art. 19, III, da Lei de Licitações).

O bem a ser leiloado deve ser avaliado previamente para definir o valor mínimo de arrematação, sagrando-se vencedor aquele que oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (arts. 22, § 5.º, e 53, § 1.º, da mencionada Lei).

O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, exigindo-se o pagamento à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5%. Com a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, o bem será imediatamente entregue ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido (art. 53, *caput* e § 2.º, da Lei em comento).

Assim como ocorre no convite e no concurso, a Lei admite a dispensa, no leilão, de alguns documentos relacionados à habilitação dos interessados (art. 32, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

Cabe ressaltar que o STF já admitiu, no âmbito da desestatização, a realização de leilão para formalização da concessão de serviços públicos, na forma do art. 4.º, § 3.º, da Lei 9.491/1997.[193]

1.9.6. Pregão

O pregão é a modalidade de licitação prevista na Lei 10.520/2002 para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do futuro contrato.[194] Em âmbito federal, foi editado o Decreto 3.555/2000 para regulamentar o pregão, cabendo aos Estados, ao DF e aos Municípios a edição

de seus respectivos regulamentos, respeitados os termos da mencionada Lei.

Consideram-se bens e serviços comuns "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado" (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002).[195]

É possível perceber que o conceito é aberto, sendo inviável o estabelecimento de um rol taxativo de todos os bens e serviços comuns. Em âmbito federal, o Decreto 3.555/2000, alterado pelo Decreto 3.784/2001, arrolou no Anexo II alguns exemplos de bens (ex.: água mineral, combustível, medicamentos, material de limpeza etc.) e serviços comuns (ex.: serviços gráficos, de filmagem, de lavanderia etc.).[196] Ocorre que o referido Anexo foi revogado pelo Decreto 7.174/2010.

O conceito (indeterminado) de "bem ou serviço comum" possui as seguintes características básicas: disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuísmo moderado (a qualidade "comum" deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos).[197]

O art. 5.º do Anexo I do Decreto 3.555/2000 e o art. 6.º do Decreto 5.450/2005 proíbem o pregão para locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.[198]

Da mesma forma, o pregão não pode ser utilizado para delegação de serviços públicos, pois tais serviços não são caracterizados como "comuns". A discussão quanto à proibição do pregão para obras, serviços de engenharia, equipamentos e serviços de informática será demonstrada em tópicos próprios a seguir.[199]

A Lei veda as seguintes exigências no pregão: a) garantia de proposta; b) aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e c) pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso (art. 5.º

da Lei 10.520/2002).

Não é obrigatória a utilização do pregão para aquisição de bens e serviços comuns. O art. 1.º da Lei 10.520/2002 estabelece que o pregão "poderá" ser adotado nesses casos. Trata-se de atuação discricionária do administrador que pode optar por outra modalidade de licitação.[200]

Existem duas modalidades de pregão: a) pregão presencial: é realizado em ambiente físico, com a presença dos interessados; e b) pregão eletrônico: é executado em ambiente virtual por meio da internet (art. 2.º, § 2.º, da Lei 10.520/2002 e Decreto 5.450/2005).[201]

As principais peculiaridades e novidades do pregão podem ser assim resumidas:

a) Objeto: aquisição de bens e serviços comuns, independentemente dos respectivos valores.

b) Pregoeiro: a comissão de licitação é substituída no pregão pela figura do pregoeiro, que deve ser agente público, e sua equipe de apoio. O pregoeiro tem a incumbência de dirigir os trabalhos (art. 3.º, IV, da Lei 10.520/2002).[202]

c) Declaração de habilitação: na sessão pública, os interessados, ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação, e entregarão os envelopes de proposta e de habilitação (art. 4.º, VII, da Lei 10.520/2002). A declaração funciona como uma espécie de "habilitação provisória",[203] fundada na presunção de boa-fé dos licitantes.

d) Tipo de licitação: a seleção da melhor proposta será realizada por meio do critério menor preço, "observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital" (art. 4.º, X, da Lei 10.520/2002). O tipo de licitação eleito pela Lei é justificável, pois o critério técnico não é essencial na contratação de bens e serviços comuns,

sem maiores complexidades.

e) **Inversão das fases de habilitação e julgamento:** no pregão, ao contrário do que ocorre na concorrência, a fase de julgamento antecede a fase de habilitação. Trata-se, a nosso ver, da principal novidade do pregão. Com isso, a licitação ganha (e muito) velocidade na contratação, pois, em vez de perder tempo com a análise formal e burocrática dos documentos de habilitação de todos os licitantes, a Administração, após julgar e classificar as propostas, somente verificará a habilitação do primeiro colocado. Trata-se de novidade que veio em boa hora e prestigia o fato de que a licitação não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para celebração do contrato com a pessoa que apresentou a melhor proposta (os demais licitantes não serão contratados). Se o primeiro colocado for inabilitado ou a sua proposta for considerada inexequível pelo pregoeiro, serão examinados os documentos de habilitação dos demais licitantes, na ordem de classificação e de maneira sucessiva (art. 4.º, XII e XVI, da Lei 10.520/2002).

f) **Propostas escritas e verbais:** o pregoeiro julgará as propostas escritas, mediante o critério menor preço, e estabelecerá a ordem de classificação. Em seguida, os licitantes que apresentaram ofertas com preços até 10% superiores a melhor proposta poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Caso não haja pelo menos três propostas dentro dessa diferença (10%), os autores das melhores três melhores propostas, independentemente dos valores, poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos (art. 4.º, VIII e IX, da Lei 10.520/2002).

g) **Negociações:** o pregoeiro pode negociar diretamente com o licitante classificado em primeiro lugar para que seja obtido preço melhor (art. 4.º, XVII, da Lei 10.520/2002).

h) **Recursos:** após a declaração do vencedor, os licitantes interessados deverão apresentar imediata e motivadamente a intenção de recorrer. A apresentação das razões escritas do recurso, no entanto, deve ocorrer no

prazo de três dias, “ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente” (art. 4.º, XVII, da Lei 10.520/2002).

i) **Inversão das fases de homologação e adjudicação:** ao contrário das demais modalidades, no pregão a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor é anterior à homologação do procedimento (art. 4.º, XXI e XXII, da Lei 10.520/2002). O ideal, a nosso sentir, é realizar previamente a homologação para se verificar a legalidade do certame e o interesse na contratação.

1.9.6.1. Pregão nas obras e serviços de engenharias: controvérsias

Há discussão doutrinária em relação à possibilidade de utilização do pregão para contratações de obras e serviços de engenharia, posto que o art. 5.º do Anexo I do Decreto 3.555/2000 veda a utilização do pregão para “obras e serviços de engenharia”. Por outro lado, o art. 6.º do Decreto 5.450/2005, que dispõe sobre o pregão eletrônico, proíbe o pregão para “contratações de obras de engenharia”, não se referindo aos serviços de engenharia.

1.º entendimento: admite a utilização do pregão apenas para contratação de serviços de engenharia, que possam ser qualificados como “comuns”, mas não para a contratação de obras, pois o art. 6.º do Decreto 5.450/2005, posterior ao Decreto 3.555/2000, afastou o pregão para contratações de “obras de engenharia”, admitindo, implicitamente, o seu manejo para contratação de serviços comuns de engenharia. Nesse sentido: Carlos Pinto Coelho Motta, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Súmula 257/2010 do TCU.[204]

2.º entendimento: viabilidade do pregão para as obras e os serviços de engenharia que podem ser classificados como “comuns”. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Joel de Menezes Niebuhr.[205]

Entendemos que, atualmente, o pregão é compatível apenas com os serviços de engenharia classificados como comuns (ex.: serviços de reparos e manutenção de elevadores etc.), uma vez que a Lei 10.520/2002 restringe a utilização desta modalidade à contratação de "bens e serviços comuns", excluindo, portanto, a obra. Lembre-se que o art. 6.º, I a IV, da Lei 8.666/1993 diferencia as noções de obra, serviço, compra e alienação. O ideal, em nossa opinião, seria a alteração da legislação para se introduzir a noção de "obras comuns", de modo a viabilizar o pregão para pequenas obras que não envolvem complexidades.

1.9.6.2. Pregão na contratação de equipamentos e serviços de informática

Outra questão controvertida refere-se à utilização do pregão para contratação de bens e serviços de informática.

De acordo com o art. 3.º, § 3.º, da Lei 8.248/1991, com redação dada pela Lei 11.077/2004, os bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns, podem ser adquiridos por meio da modalidade pregão, restrita tal prerrogativa às empresas que cumpram o "Processo Produtivo Básico" nos termos desta Lei e da Lei 8.387/1991.[206]

Da mesma forma, o art. 3.º, § 3.º, do Anexo I do Decreto 3.555/2000, alterado pelo Decreto 7.174/2010, dispõe que os bens e serviços de informática e automação podem ser adquiridos por pregão, observado o disposto no art. 3.º, § 3.º, da Lei 8.248/1991.

Na interpretação literal dos dispositivos acima mencionados, somente as empresas que cumpram o "Processo Produtivo Básico" podem participar do pregão para aquisição de bens e serviços de informática.

Todavia, o entendimento majoritário na atualidade admite a participação de toda e qualquer empresa no pregão, independentemente de cumprimento do "Processo Produtivo Básico", que seria importante apenas para desempate de propostas.[207]

1.9.7. Consulta

A consulta é a modalidade prevista no art. 37, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.986/2000[208] para licitações realizadas pelas agências reguladoras. O procedimento deve observar os arts. 55 a 58 da Lei 9.472/1997 (Lei da ANATEL).

De acordo com a norma citada, é possível afirmar que a consulta deve ser utilizada pelas agências reguladoras nas hipóteses em que não for possível o pregão, bem como para contratações que não se refiram às obras e aos serviços de engenharia.

Resumidamente, as características da consulta são: a) não tem relação com o valor estimado do futuro contrato; b) somente será utilizada para aquisição de bens ou serviços que não sejam considerados "comuns", ou seja, para os casos de impossibilidade de utilização do pregão;[209] c) a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase;[210] e d) somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.[211]

1.10. PROCEDIMENTOS

A licitação não possui um procedimento uniforme. Os procedimentos variam de acordo com a modalidade de licitação, bem como em razão do objeto da contratação.

Não obstante, algumas exigências são comuns a toda e qualquer licitação. O procedimento, por exemplo, é dividido em duas fases: fase interna (no interior da Administração) e externa (publicidade do certame com a convocação dos interessados).

1.10.1. Fases da licitação: interna e externa

As licitações possuem duas fases: interna e externa.

A fase interna da licitação engloba os atos iniciais e preparatórios praticados por cada órgão e entidade administrativa para efetivação da licitação. Essa fase não se encontra detalhada na Lei 8.666/1993, mas, sim, nas normas específicas de cada Ente Federado.

É possível, no entanto, apontar uma sequência razoável dos atos preparatórios na fase interna da licitação:[212]

a) **Requisição do objeto:**é o ato que inicia o processo de licitação. Tendo em vista a necessidade de contratação (compras, serviços, obras ou alienações), o agente descreve o objeto e requisita a sua contratação. A requisição do objeto é o ato que inaugura a licitação e influencia decisivamente na modalidade que será utilizada (ex.: requisição de aquisição de bem ou serviço comum abre a possibilidade de utilização do pregão).
b) **Estimativa do valor:** a Administração deve verificar o preço de mercado do objeto da futura contratação. Não há um procedimento formal, previsto em lei, para realização da cotação de preços. Apesar da omissão legal, normalmente a Administração consulta, no mínimo, três pessoas do ramo pertinente ao objeto, fixando uma média dos preços apresentados.

A estimativa do valor é importante por duas razões: (i) serve como parâmetro para escolha da modalidade de licitação (concorrência, tomada de preços ou convite, na forma do art. 23, I e II, da Lei 8.666/1993), salvo nos casos em que a definição da modalidade independe do valor estimado do contrato; e (ii) serve como parâmetro para (des)classificação das propostas que serão apresentadas pelos licitantes (art. 48 da Lei 8.666/1993).

c) **Autorização de despesa:** o ordenador de despesa verifica a existência de recursos orçamentários suficientes para contratação do objeto (arts. 7.º, § 2.º, III, e 14 da Lei 8.666/1993). Caso a licitação envolva criação,

expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental, que acarrete aumento da despesa, a fase interna deve conter (art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal): (i) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e (ii) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.[213]

d) **Designação da comissão de licitação:** em regra, a comissão de licitação, composta por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois servidores, tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações (arts. 6.º, XVI, e 51 da Lei 8.666/1993). Na modalidade concurso, a comissão não precisa ser necessariamente formada por servidores (art. 51, § 5.º, da Lei 8.666/1993) e, no pregão, a comissão é substituída pelo pregoeiro.

e) **Elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato:** o instrumento convocatório (edital ou convite) contém as regras que deverão ser observadas pela Administração e pelos licitantes. A minuta do futuro contrato deve constar obrigatoriamente do instrumento convocatório (art. 62, § 1.º, da Lei 8.666/1993). Os requisitos do edital e do contrato estão previstos, respectivamente, nos arts. 40 e 55 da Lei.

f) **Análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato:** a assessoria jurídica da Administração deve examinar e aprovar as minutas dos instrumentos convocatórios e dos contratos (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).[214]

g) **Outras exigências na fase interna:** em determinadas hipóteses, a legislação exige a adoção de outros atos na fase interna da licitação, por exemplo: (i) audiência pública: quando o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c”, da Lei de Licitações (art. 39 da Lei 8.666/1993);[215] (ii) autorização

legislativa: alienação de bens imóveis da Administração (art. 17, I, da Lei 8.666/1993);[216] (iii) projeto básico e executivo: necessários para contratação de obras e serviços (art. 7.º, I e II, da Lei 8.666/1993).

1.10.2. Edital

Com a publicação do instrumento convocatório, inicia-se a fase externa da licitação, com a convocação dos eventuais interessados para aderirem ao certame e apresentarem suas propostas. São espécies de instrumentos convocatórios: o edital e o convite.

O instrumento convocatório contém as regras que norteiam a licitação e que devem ser observadas pela Administração e pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3.º, 41 e 55, IX, da Lei 8.666/1993). Daí a afirmação tradicional de que o instrumento convocatório é a "lei interna da licitação".

Os elementos obrigatórios que devem constar do edital estão previstos no art. 40 da Lei 8.666/1993, tais como: objeto da licitação, em descrição sucinta e clara; prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação; sanções para o caso de inadimplemento; documentos necessários à habilitação; critério de julgamento das propostas; etc. Da mesma forma, o § 2.º do citado artigo menciona os documentos que devem ser anexados ao edital: o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;[217] a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; e as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Qualquer cidadão pode impugnar o edital, quando houver irregularidade, até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis (art. 41, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

Da mesma forma, os licitantes podem impugnar o edital até 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, sob pena de decadência (art. 41, § 2.º, da Lei 8.666/1993). A decadência do direito de impugnar o edital não afasta a possibilidade de que a própria Administração, no exercício de sua autotutela, corrija os vícios.

Por fim, o Tribunal de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno

> [...] poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas (art. 113, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

É importante destacar que a norma não estabelece (nem poderia) controle geral e indiscriminado sobre todos os editais de licitação, mas apenas quando houver solicitação do Tribunal de Contas, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. Por esta razão, o STF declarou inconstitucionais os atos normativos de Tribunal de Contas estadual que determinavam o dever genérico de envio de editais de licitação àquela Corte de Contas.[218]

1.10.3. Habilitação

A habilitação é a fase da licitação em que a Administração verifica a aptidão dos licitantes para celebração do futuro contrato.

Normalmente, a legislação prevê a habilitação como etapa que antecede o julgamento das propostas, o que nos parece completamente despropositado, uma vez que as questões formais discutidas na habilitação emperram o procedimento. Por esta razão, a legislação moderna, ao tratar de licitações, procura corrigir essa

falha (ex.: no pregão, o julgamento antecede necessariamente a habilitação).[219]

As exigências para habilitação dos licitantes devem ser proporcionais à complexidade do objeto a ser contratado. Nesse sentido, o art. 37, XXI, da CRFB somente admite "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".[220]

Da mesma forma, o licitante vencedor deve manter o cumprimento dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato, na forma do art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993.

Os requisitos de habilitação são (art. 27 da Lei 8.666/1993): habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º da CRFB.

É importante registrar que a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão (art. 32, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

1.10.3.1. Habilitação jurídica

A habilitação jurídica exige a comprovação de que o licitante possui capacidade para contrair direitos e obrigações (arts. 27, I, e 28 da Lei 8.666/1993). Exemplos de documentos a serem apresentados pelos licitantes: cédula de identidade (se o licitante for pessoa física); ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, se se tratar de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores etc.

1.10.3.2. Qualificação técnica

Na qualificação técnica o licitante deve demonstrar que possui aptidão

técnica para executar o objeto contratual (arts. 27, II, e 30 da Lei 8.666/1993). A exigência de qualificação técnica deve ser proporcional ao contrato que será celebrado pela Administração, devendo ser considerada ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado.[221]

A capacidade técnica é dividida em três espécies: (i) genérica: prova de inscrição no Conselho Profissional ou órgão de classe (ex.: se o objeto do contrato for a execução de uma obra, a empresa deve comprovar a sua inscrição junto ao CREA); (ii) específica: demonstração de que o licitante já executou objeto assemelhado (art. 30, § 1.º, da Lei); (iii) operativa: comprovação de que o licitante possui mão de obra e equipamentos disponíveis para execução do futuro contrato.

1.10.3.3. Qualificação econômico-financeira

A qualificação econômico-financeira requer a comprovação de que o licitante tem capacidade financeira para executar a integralidade do objeto contratual (arts. 27, III, e 31 da Lei 8.666/1993).

A comprovação dessa qualificação deve ser feita por meio da apresentação dos seguintes documentos: (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; (ii) certidão negativa de falência ou concordata; e (iii) garantia, limitada a 1% do valor estimado do contrato (essa garantia não se confunde com a garantia que deve ser apresentada pelo contratado, na forma do art. 56, § 1.º, da Lei).

A Administração poderá exigir, ainda, capital mínimo ou patrimônio líquido não superior a 10% do valor estimado da contratação (art. 31, § 3.º, da Lei).

A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá exigir capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1.º do art. 56 desta Lei de Licitações (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária), na forma do art. 31, § 2.º, da Lei. A exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não poderá ultrapassar 10% do valor estimado da contratação

(art. 31, § 3.º, da Lei). As referidas garantias não podem ser exigidas de forma cumulativa, conforme entendimento consagrado na Súmula 275 do TCU.[222]

1.10.3.4. Regularidade fiscal e trabalhista

A regularidade fiscal impõe ao licitante a comprovação de sua situação regular com o fisco (arts. 27, IV, e 29 da Lei 8.666/1993).[223]

Essa exigência inclui a regularidade com a seguridade social (art. 195, § 3.º, da CRFB).[224]

O licitante deve apresentar, por exemplo, os seguintes documentos para comprovação da regularidade fiscal: inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante; regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Não se deve confundir a regularidade com a quitação fiscal (ausência de débitos fiscais). A exigência legal restringe-se à regularidade, razão pela qual o licitante, mesmo com débito fiscal, pode ser habilitado quando estiver em situação regular (ex.: parcelamento do débito tributário ou decisão judicial liminar que suspende a exigibilidade do tributo).[225]

Nesse ponto, é oportuno registrar a previsão contida no art. 193 do CTN que dispõe:

> Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

A comprovação da “quitação” será realizada por certidão negativa que

poderá ser emitida mesmo nas hipóteses em que “conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (art. 206 do CTN). Vale dizer: em última análise, a legislação tributária não exige efetivamente a quitação (pagamento) dos tributos como condição para contratação, sendo suficiente a regularidade fiscal em relação aos tributos incidentes sobre a atividade que será contratada.[226]

Alguns autores, como a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[227] entendem, minoritariamente, que a exigência de regularidade fiscal seria inconstitucional, pois não estaria prevista no art. 37, XXI, da CRFB, que fala apenas em “qualificação técnica e econômica”. A exceção seria apenas a regularidade perante a seguridade social, tendo em vista a previsão contida no art. 195, § 3.º, da CRFB.

Todavia, o entendimento majoritário admite, com razão, a constitucionalidade dessa exigência, uma vez que a comprovação da regularidade fiscal encontra-se inserida na exigência constitucional de qualificação econômica. Ademais, a interpretação literal do art. 37, XXI, da CRFB levaria à conclusão de que a imposição de “habilitação jurídica” não seria possível, uma vez que ausente da citada norma constitucional, o que seria absurdo, pois impediria que a Administração verificasse a capacidade contratual do licitante. Nesse sentido, por exemplo: Jessé Torres Pereira Junior, Marçal Justen Filho, Marcos Juruena Villela Souto e José dos Santos Carvalho Filho.[228]

Existe intensa controvérsia doutrinária em relação ao alcance da exigência de regularidade fiscal. Os entendimentos podem ser assim resumidos:

1.º entendimento: A regularidade fiscal refere-se aos tributos federais, estaduais e municipais. Trata-se da interpretação literal do art. 29, III, da Lei 8.666/1993.

2.º entendimento: A exigência de regularidade fiscal restringe-se aos tributos do Ente federativo que promove a licitação (ex.: na licitação promovida por determinado Município, a exigência de regularidade fiscal

abrange os tributos municipais, mas não os estaduais e federais). Argumenta-se que o Ente promotor da licitação não pode utilizar a licitação para constranger o licitante a pagar tributos devidos a outros Entes Federados. Da mesma forma, seria praticamente impossível apurar se o licitante está em situação regular com todos os demais Entes. Nesse sentido: Marçal Justen Filho.[229]

3.º entendimento: A regularidade fiscal relaciona-se apenas com os tributos incidentes sobre a atividade do licitante e o objeto da licitação (ex.: é razoável a exigência de regularidade do ISS na contratação para prestação de serviços, mas não de IPVA ou IPTU). Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia e Jessé Torres Pereira Junior.[230]

Entendemos que essa última posição deve ser prestigiada, posto que a regularidade fiscal não significa cobrança indireta de tributos, mas, sim, certificação da capacidade econômica do licitante. Ademais, a restrição aos tributos incidentes sobre o objeto da licitação tem fundamento no art. 37, XXI, da CRFB, que admite exigências de qualificação econômica "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". O edital de licitação deve definir com precisão e detalhamento os documentos necessários para comprovação da regularidade fiscal.

Em abono à posição aqui defendida, vale lembrar, mais uma vez, que o art. 193 do CTN dispõe que a regularidade fiscal refere-se aos tributos "relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre."

É importante ressaltar que a doutrina não tem admitido a exigência de regularidade fiscal em relação aos pagamentos dos tributos devidos aos Conselhos Profissionais (ex: CREA, CRM), pois compete aos citados Conselhos averiguar o pagamento desses tributos e, em caso de inadimplemento, aplicar, após o devido processo legal, a cassação da licença profissional. Enquanto não for cassada a licença, o profissional deve ser considerado apto para exercer as suas atividades.[231]

Em relação às empresas inscritas no Cadastro Informativo de créditos não

quitados do setor público federal (CADIN), tem prevalecido o entendimento de que não há impedimento para contratação, não obstante a obrigatoriedade de consulta prévia ao referido cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos (art. 6.º, III, da Lei 10.522/2002).[232]

Por fim, os licitantes devem comprovar a regularidade trabalhista por meio da apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), na forma dos arts. 27, IV, e 29, V, da Lei 8.666/1993 e do art. 642-A da CLT, acrescentados pela Lei 12.440/2011.[233] De acordo com o TCU, a Administração Pública, no curso da execução do contrato, deve exigir a apresentação da CNDT das empresas contratadas no momento do pagamento de cada parcela contratual.[234]

1.10.3.5. Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º da CRFB

Por fim, a empresa deve declarar, para fins de habilitação, que não possui menores de dezoito anos exercendo trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nem que possui trabalhadores menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 27, V, da Lei 8.666/1993).

Tal exigência, inserida pela Lei 9.854/1999, não tem relação, a nosso ver, com as finalidades da licitação. A fiscalização (poder de polícia) do cumprimento da norma constitucional deve ser feita pelas autoridades competentes. De qualquer forma, a comprovação do cumprimento desta exigência, na prática, é feita mediante a apresentação de simples declaração pelo licitante no sentido de que a pessoa observa o comando constitucional (art. 1.º do Decreto 4.358/2002, que regulamenta o art. 27, V, da Lei de Licitações).

1.10.4. Julgamento (tipos de licitação) e classificação

Após a fase de habilitação, a Administração analisará as propostas

apresentadas pelos licitantes habilitados.[235] O julgamento tem o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos.

Os critérios de julgamento (tipos de licitação) estão elencados no art. 45 da Lei 8.666/1993: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço; e (iv) maior lance ou oferta. É vedada a utilização de outros critérios de julgamento, salvo aqueles previstos na legislação especial (art. 45, § 5.º, da Lei).[236]

A Lei de Licitações exige a adoção obrigatória do critério "técnica e preço" para contratação de bens e serviços de informática, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (art. 45, § 4.º, da Lei). Entendemos, no entanto, que esta norma não possui caráter geral e, portanto, a sua aplicação se restringe à Administração federal. Portanto, Estados e Municípios poderiam definir outro critério de julgamento, notadamente para produtos de informática padronizados, sem maiores complexidades (ex.: aquisição de CD-ROM).[237] Ademais, mesmo em âmbito federal, é possível admitir o uso de licitação do tipo menor preço quando os bens e serviços de informática forem classificáveis como comuns, especialmente em razão da evolução tecnológica e a padronização de alguns itens.[238]

Em caso de empate entre duas ou mais propostas,[239] o desempate será realizado por meio de sorteio (art. 45, § 2.º, da Lei). O ideal, a nosso sentir, seria admitir a apresentação de novos lances pelos licitantes empatados para definição da melhor proposta, assim como ocorre, atualmente, no pregão.

Findo o julgamento, a Administração estabelece a ordem de classificação dos licitantes.

Serão, no entanto, desclassificados os licitantes que apresentarem propostas em desconformidade com as exigências do ato convocatório da licitação e as que tiverem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis (art. 48, I e II, da Lei de Licitações). Se todas as propostas forem desclassificadas (licitação fracassada ou frustrada), a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis (no convite, o prazo poderá ser de três dias) para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas que supram os motivos da desclassificação (art. 48, § 3.º, da Lei).

1.10.5. Homologação e adjudicação

Há forte discussão doutrinária quanto à ordem entre as fases de homologação e de adjudicação, tendo em vista o aparente conflito entre os arts. 38, VII, e 43, VI, da Lei 8.666/1993.[240] Existem duas orientações sobre o assunto:

Primeiro entendimento: a homologação antecede a adjudicação. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, Marcos Juruena Villela Souto e José dos Santos Carvalho Filho.[241]

Segundo entendimento: a adjudicação é anterior à fase de homologação. Nesse sentido: Carlos Pinto Coelho Motta.[242]

Entendemos que a homologação deve ser realizada antes da adjudicação, salvo na modalidade pregão em que a ordem é invertida, na forma do art. 4.º, XX ao XXII, da Lei 10.520/2002.

A homologação e a adjudicação da licitação inserem-se na etapa final da licitação, e são atribuídas à autoridade competente (art. 43, VI, da Lei de Licitações). A Comissão de Licitação deve encaminhar os autos do processo administrativo de licitação à autoridade competente para fins de homologação.

A homologação é o ato administrativo que atesta a validade do procedimento e confirma o interesse na contratação. É uma espécie de "despacho saneador" da licitação.

Se houver ilegalidade, a regra será a anulação do certame (Súmula 473 do STF) ou a convalidação, se possível, dos vícios apurados. Por outro lado, ainda que o procedimento seja considerado válido, a Administração pode afirmar o seu desinteresse na contratação e revogar o procedimento por conveniência e oportunidade. Nesses casos, a Administração deixa de homologar a licitação.

A adjudicação é o ato final do procedimento de licitação por meio do qual a Administração atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação. Não se confunde a adjudicação formal com a assinatura do contrato. O princípio da adjudicação compulsória significa que o objeto da licitação deve

compulsoriamente ser adjudicado ao primeiro colocado, o que não significa reconhecer o direito ao próprio contrato.

Questão controvertida refere-se à existência do direito do licitante vencedor a ser contratado.

1.º entendimento: Alguns autores entendem que a homologação acarreta o direito do licitante vencedor a ser contratado. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho.[243]

2.º entendimento: Outros autores sustentam que a homologação e a adjudicação não geram direito à celebração do contrato, uma vez que a Administração Pública poderia, mesmo após esses atos, revogar ou anular o certame por fatos supervenientes. A celebração do contrato dependeria da análise discricionária (conveniência e oportunidade) do administrador. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcos Juruena Villela Souto, Diógenes Gasparini, Lucas Rocha Furtado e Jessé Torre Pereira Junior.[244]

Em nossa visão, a Administração pode revogar a licitação, mesmo após a homologação e a adjudicação, desde que fundamente o ato revocatório em fatos supervenientes (art. 49 da Lei) ou em fatos pretéritos que só foram conhecidos após a homologação. Nesse caso, a revogação será lícita e não acarreta direito à indenização do licitante vencedor. Ausente a justificativa para revogação, o caminho, obviamente, será adjudicar o objeto da licitação e celebrar o contrato com o vencedor.

O STJ, por meio de sua Corte Especial, afirmou que a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor confere “mera expectativa de direito de contratar, submetendo-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública a celebração do negócio jurídico”.[245]

Em suma: o licitante vencedor não tem o direito ao contrato, mas apenas mera expectativa de direito. Todavia, se a opção da Administração for pela celebração da avença, o primeiro colocado tem direito de ser contratado em detrimento dos demais (direito de preferência), na forma do art. 50 da Lei de

Licitações.[246]

1.11. ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

Enquanto a anulação da licitação é um dever que decorre da ilegalidade no procedimento, a revogação é uma faculdade de desfazimento do procedimento por razões de interesse público, em razão de fatos supervenientes devidamente comprovados (art. 49 da Lei 8.666/1993).

A anulação pode ser declarada pelo próprio Poder Executivo (autotutela) ou por outro Poder (Judiciário ou Legislativo), no exercício do controle externo. A revogação, por sua vez, somente pode ser efetivada pelo Poder Público que promoveu a licitação.

No desfazimento do processo de licitação (anulação ou revogação) devem ser observados o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 3.º, da Lei), além da necessária motivação.

A revogação e a anulação podem ocorrer a qualquer momento, mesmo após a adjudicação do objeto ao licitante vencedor. É oportuno registrar que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato (arts. 49, § 2.º, da Lei).

A anulação não gera, em regra, o dever de indenizar, salvo na hipótese em que a ilegalidade é atribuída à Administração e declarada após a celebração do contrato, posto que o art. 59, parágrafo único, da Lei dispõe que "a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável", promovendo-se a responsabilidade do agente que deu causa à ilegalidade (arts. 49, § 1.º, e 59, parágrafo único, da Lei).

Alguns autores, como Marcos Juruena Villela Souto,[247] sustentam que, enquanto a anulação não acarreta, em regra, direito à indenização, a revogação gera o direito à indenização pelas despesas realizadas pelo licitante vencedor. Nesse sentido, já decidiu o STJ ao afirmar: "Na anulação não há direito algum

para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas".[248]

Entendemos que o Poder Público deve indenizar o licitante em caso de desfazimento da licitação após a homologação, tanto na hipótese de anulação quanto no caso de revogação. Independentemente da existência de direitos do licitante vencedor, que, por certo, não pode exigir a celebração do contrato, devem ser prestigiados os princípios da boa-fé e da confiança legítima.[249] Temos, aqui, a responsabilidade civil pré-negocial da Administração.[250]

No desfazimento da licitação (anulação ou revogação), o licitante ou, se for o caso, o contratado, deverá ser ressarcido pelos prejuízos comprovados. Na hipótese de revogação, o licitante vencedor será ressarcido pelas despesas efetuadas para participação na licitação e, no caso da anulação do contrato em curso, o contratado será indenizado pelo que este houver executado até a data do desfazimento do contrato.[251]

Em relação à anulação da licitação, é importante observar que o art. 59, parágrafo único, da Lei, que limita a indenização aos casos de anulação posterior à execução do contrato, afronta o art. 37, § 6.º, da CRFB. Se o licitante não deu causa à ilegalidade, deve ser ele indenizado por todos os prejuízos comprovados, mesmo antes da assinatura da avença.[252]

Desta forma, após a homologação, o licitante vencedor, ainda que não possua direito ao contrato, adquire expectativa legítima de que será contratado pela Administração. A anulação e a revogação, portanto, somente serão admitidas nos estritos termos da Lei e devem ser acompanhadas da indenização pelos prejuízos regularmente comprovados.

1.12. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

O art. 109 da Lei 8.666/1993 prevê os seguintes recursos administrativos, em sentido amplo, contra os atos praticados na licitação e nos contratos: recurso

hierárquico, representação e pedido de reconsideração.

Cabe recurso, em sentido estrito, no prazo de cinco dias, contados da intimação ou da lavratura da ata, nos seguintes casos (art. 109, I, da Lei): a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; e f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

O recurso somente possui efeito suspensivo quando interposto contra decisão de habilitação ou inabilitação do licitante, bem como contra o julgamento das propostas. A autoridade administrativa, por meio de decisão motivada, pode atribuir efeito suspensivo aos demais recursos (art. 109, § 2.º, da Lei).

Os demais licitantes possuem o prazo de cinco dias para apresentação de contrarrazões contra os recursos apresentados (art. 109, § 3.º, da Lei). A autoridade administrativa poderá reconsiderar a decisão recorrida ou, em caso negativo, remeterá o recurso à autoridade hierarquicamente superior (art. 109, § 4.º, da Lei).

A representação deve ser apresentada, no mesmo prazo, contra a decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico (art. 109, II, da Lei).

O pedido de reconsideração é apresentado contra ato de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, no caso de aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 109, III, da Lei). Em regra, o prazo para o pedido é de dez dias, contados da intimação do ato.

Por fim, é importante notar que, no caso de licitação na modalidade convite, os prazos para recurso, representação e contrarrazões são reduzidos para dois dias úteis (art. 109, § 6.º, da Lei).

[1] A promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como objetivo da licitação, foi incluída pela Lei 12.349/2010. O Decreto 7.746/2012, que regulamentou o art. 3.º da Lei 8.666/1993, estabeleceu os critérios, as práticas e as diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal, bem como instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. De acordo com o art. 4.º do referido Decreto, são diretrizes de sustentabilidade, entre outras: a) menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; c) maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; d) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; e) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; f) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e g) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. Por fim, o art. 5.º do Decreto 7.746/2012 dispõe que a Administração Pública federal poderá exigir, no instrumento convocatório, para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

[2] "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.º, III."

[3] "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."

[4] "Art. 173. [...] § 1.º 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."

[5] Sobre o tema, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília: Senado Federal, n. 100, p. 127-162, out.-dez. 1988; BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos administrativos.* São Paulo: RT, 1991.

[6] Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 19. Carlos Ari Sundfeld, sem a pretensão de elaborar rol exaustivo, aponta os seguintes exemplos de normas gerais: a) normas que definem a obrigatoriedade de licitação (ex.: arts. 2.º, 24 e 25); b) normas que enunciam os princípios da licitação ou os direitos deles decorrentes (ex.: arts. 3.º e 4.º); e c) normas que definem modalidades de licitação (ex.: art. 22) SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo.* São Paulo:

Malheiros, 1994. p. 29-30.

7 ADI 927 MC/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 03.11.1993, *DJ* 11.11.1994, p. 30.635. Da mesma forma, o STF afirmou a constitucionalidade de legislação municipal que vedou a celebração de contratos por agentes políticos e seus parentes com o respectivo Município, apesar da ausência da referida vedação no art. 9.º da Lei 8.666/93. STF, RE 423.560/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 29.05.2012 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 668).

8 Sobre a importância dos princípios jurídicos no Direito Administrativo brasileiro, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

9 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5-7.

10 O princípio da competitividade só poderá sofrer restrições amparadas em razões técnicas e econômicas que a legitimem, bem como que não agridam os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública. Nesse sentido, confira-se a lição de Marçal Justen Filho: “Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 77-78). O TCU, por exemplo, entendeu que a restrição à participação de empresas, que estejam em litígio judicial com a entidade, nas licitações públicas viola os princípios da impessoalidade e da competitividade. TCU, Plenário, Acórdão 2.434/11, Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 14.09.2011.

11 Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Proposta técnica. Inabilitação. Arguição de falta de assinatura no local predeterminado. Ato ilegal. Excesso de formalismo. Princípio da razoabilidade. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida” (MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Primeira Seção, *DJ* 07.10.2002, p. 163).

12 O STF, por exemplo, declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que estabelecia a necessidade de que os veículos da frota oficial fossem produzidos naquele Estado, critério arbitrário e discriminatório de acesso à licitação pública em ofensa ao disposto no art. 19, II, da CRFB (Informativo de Jurisprudência do STF 495).

13 “Art. 4.º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1.º. (...) III – A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: [...] b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo.”

14 De acordo com o TCU, a contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, viola os

princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. TCU, Plenário, Acórdão 1.941/13, Rel. Min. José Múcio Monteiro, *DOU* 24.07.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 161).

15 A mencionada preferência deve levar em consideração o tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte, na forma do art. 3.º, § 14, da Lei 8.666/1993, alterado pela LC 147/2014.

16 O Decreto 7.546, de 02.08.2011, regulamentou o art. 3.º, §§ 5.º a 12, da Lei 8.666/1993. Em relação à Administração Pública federal, vários Decretos foram publicados para estabelecer a margem de preferência nas licitações para aquisição de bens e serviços diversos, tais como: a) Decreto 7.903/2013 (aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação); b) Decreto 7.843/2012 (aquisição de disco para moeda); c) Decreto 7.840/2012 (aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas); d) Decreto 7.816/2012 (aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários); e) Decreto 7.812/2012 (aquisição de veículos para vias férreas); f) Decreto 7.810/2012 (aquisição de papel-moeda); g) Decreto 7.767/2012 (aquisição de produtos médicos); h) Decreto 7.756/2012 (aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos) etc.

17 As controvérsias relativas à participação de cooperativas e empresas de pequeno porte e microempresas em licitações serão estudadas adiante em tópico específico.

18 Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 12; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Temas polêmicos de licitações e contratos. *FCGP,* Belo Horizonte, ano 8, n. 92, p. 7, ago. 2009.

19 As controvérsias relativas à participação de cooperativas e empresas de pequeno porte e microempresas em licitações serão estudadas adiante em tópico específico.

20 "Art. 4.º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1.º 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 [...]."

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 108-109.

22 GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

23 "Projeto Básico" é o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem 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". Os elementos que devem constar do projeto básico estão enumerados nos arts. 6.º, IX, e 12 da Lei de Licitações.

24 "Projeto Executivo" é "o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT" (art. 6.º, X, da Lei de Licitações). Os requisitos do projeto executivo estão previstos no art. 12 da Lei de Licitações.

[25] De acordo com o enunciado da Súmula 157 do TCU: “A elaboração de projeto de engenharia e arquitetura está sujeita, em princípio, ao concurso ou ao procedimento licitatório adequado e obediente a critério seletivo de melhor qualidade ou de melhor técnica, que é o escopo do julgamento, independentemente da consideração de preço, que há de vir balizado no Edital”.

[26] De acordo com o STJ, “a lei não exige a disponibilidade financeira (fato de a administração ter o recurso antes do início da licitação), mas, tão somente, que haja previsão desses recursos na lei orçamentária”. STJ, 2.ª Turma, REsp 1.141.021/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 30.08.2012 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 502).

[27] O art. 10 da Lei 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, com a redação dada pela LC 140/2011, dispõe: “Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”. O Anexo 1 da Resolução 237/1997 e o art. 2.º da Resolução 1/1986 do CONAMA listam, respectivamente, os empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e as atividades modificadoras do meio ambiente que dependem da elaboração e aprovação de EIA e RIMA (ex.: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários etc.).

[28] Disponível em: <https://webp.caixa.gov.br/casa/sinapi/index.asp?menu=0>. Acesso em: 3 out. 2010. No caso de obras e serviços rodoviários, os valores de referência constam da tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO). “Nos casos em que SINAPI e SICRO não oferecerem custos unitários de insumos ou serviços, poderão ser adotados aqueles disponíveis em tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, incorporando-se às composições de custos dessas tabelas, sempre que possível, os custos de insumos constantes do SINAPI e do SICRO.” Nesse sentido: TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 151.

[29] TCU, Plenário, Acórdão 62/07, Rel. Min. Marcos Bemquerer, *DOU* 02.02.2007. De acordo com a jurisprudência do TCU, integram a taxa de BDI os itens a seguir relacionados: a) caução, seguro, despesa financeira e custo eventual; b) administração central da empresa; c) imposto sobre serviços (ISS); d) contribuição provisória sobre movimentação financeira (CPMF); e) contribuição ao programa de integração social (PIS); e f) contribuição para seguridade social (COFINS). TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 184.

[30] Além dos impedimentos indicados no art. 9.º da Lei 8.666/1993, o TCU afirmou a inviabilidade de participação de empresas, com sócios em comum, em licitações, pois tal situação indicaria a ausência de competição e constituiria indício de simulação licitatória e fraude. TCU, Plenário, Acórdão 379/11, Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 23.02.2011; TCU, Plenário, Acórdão 1.793/11, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 70).

[31] De acordo com o TCU, “é ilegal a participação do autor do projeto básico, ainda que indireta, em licitação ou na execução da obra, não descaracterizando a infração a ocorrência da exclusão do referido autor do quadro social da empresa participante da licitação, às vésperas do certame”. TCU, Plenário, Acórdão 2.264/11, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.08.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre*

Licitações e Contratos do TCU n. 77).

32 De acordo com o TCU, a relação de parentesco entre o sócio da empresa vencedora do certame e o autor do projeto caracteriza a participação indireta deste na licitação, o que afronta o disposto no art. 9.º, § 3.º, da Lei 8.666/1993. TCU, Plenário, Acórdão 2.079/13, Rel. Min. José Múcio Monteiro, *DOU* 07.08.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 163).

33 Em âmbito federal, o art. 1.º do Decreto 2.271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços, estabelece: "Art. 1.º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1.º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2.º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal". A terceirização também encontra-se regulada na Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

34 O TCU já decidiu que a "contratação de trabalhador pela Administração Pública com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros para atuação na área-fim representa burla à exigência constitucional do concurso público". TCU, Plenário, Acórdão 391/09, Rel. Min. André Luís de Carvalho, *DOU* 13.03.2009.

35 Em minucioso estudo, Flávio Amaral Garcia, após defender a necessidade de relativização da distinção entre "atividade-fim" e "atividade-meio", especialmente pela dificuldade de separação absoluta entre tais atividades e pela dinâmica da atividade empresarial, propõe os seguintes limites à terceirização: a) atividades que envolvem poder de império estatal e b) carreiras com assento constitucional. GARCIA, Flavio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 313-333.

36 Registre-se que o TST, nos dias 04 e 05.10.2011, realizou a primeira audiência pública de sua história sobre o tema da terceirização de mão de obra. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.html>. Acesso em: 30 out. 2011.

37 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 232. O TCU consolidou entendimento no sentido de que a "prestação de serviços terceirizados não deve criar para a Administração contratante qualquer tipo de vínculo com os empregados da contratada que caracterize, entre outros, subordinação direta, habitualidade ou pessoalidade". TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 196.

38 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 229.

39 Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que "os contratos de fornecimento de mão de obra atribuem à empresa contratada todos os ônus decorrentes da relação de emprego, porém é a

Administração Pública que os satisfaz, porquanto os contratos também preveem que o contratante reembolsará os custos da prestação do serviço, além de pagar taxa de administração, remuneratória do fornecimento". PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 170.

40 O art. 19 da LRF dispõe: "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)".

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 237.

42 A interpretação sugerida foi acolhida no art. 87, §§ 2.º e 3.º, da Lei 12.309/2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para execução do orçamento de 2011) que dispõe: "Art. 87. [...] § 2.º O disposto no § 1.º do art. 18 da Lei Complementar n.º 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1. § 3.º Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput* deste artigo, os contratos de serviços de terceiros relativos a atividades que, simultaneamente: I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento; II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente; e III – não caracterizem relação direta de emprego".

43 A quarteirização encontra previsão, por exemplo, no art. 13, IV, da Lei 8.666/1993: "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços".

44 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da "quarteirização" na gestão pública?. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 31, jun. 2010.

45 TCU, Plenário, Acórdão 2731/09, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, *DOU* 20.11.2009.

46 Vide, por exemplo: TST, 5.ª Turma, RR 203500-57.2006.5.18.0001, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, *DJ* 07.10.2011; TST, 8.ª Turma, AI 151740-58.2003.5.01.0030, Rel. Min. Dora Maria da Costa, *DJ* 30.09.2011.

47 Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 180; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 140-141.

48 A Súmula 264 do TCU dispõe: "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 n.º 8.666/1993".

[49] No sentido da vedação do pregão para contratação dos serviços de publicidade, vide: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Divulgação institucional e contratação de serviços de publicidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 96.

[50] A subcomissão técnica é constituída por, pelo menos, três membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou *marketing*, ou que atuem em uma dessas áreas, e, pelo menos, 1/3 deles não poderá manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação. A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados (art. 10, §§ 1.º e 2.º, da Lei 12.232/2010).

[51] "Art. 15. [...] § 7.º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca."

[52] TCU, Plenário, Acórdão 2.368/13, Rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 04.09.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 167).

[53] "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I – atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas."

[54] A Súmula 270 do TCU dispõe: "Em licitações referentes a compras, inclusive de *softwares*, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação."

[55] TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 215. A Súmula 270 do TCU dispõe: "Em licitações referentes a compras, inclusive de *softwares*, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação".

[56] "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] II – ser processadas através de sistema de registro de preços."

[57] "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] IV – ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade."

[58] TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 225.

[59] "Art. 23. [...] § 2.º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação."

[60] Na lição do TCU: "Parcelamento refere-se à divisão do objeto em parcelas (itens ou etapas), ou seja, em partes menores e independentes. Difere-se de fracionamento, que se relaciona à divisão da despesa para adoção de dispensa ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado." TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 227.

[61] A licitação por lote, por sua vez, com a adjudicação pelo menor preço global, deve ser acompanhada da comprovação de eventual óbice técnico ou econômico que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, sob pena de restrição à competitividade do certame, na forma dos arts. 15, inciso IV, e 23, § 1.º,

da Lei 8.666/1993. TCU, Plenário, Acórdão 1.913/13, Rel. Min. José Múcio Monteiro, *DOU* 24.07.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 161).

62 Súmula 247 do TCU: "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

63 "Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei."

64 No mesmo sentido, em relação ao Decreto revogado 3.931/2001: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 155; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 497.

65 Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, após afirmar que os Estados, DF e Municípios podem tratar do tema de forma autônoma, admite que os órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas expeçam regulamentações próprias sobre o SRP. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28 e 83.

66 Decreto 7.892/2013: "Art. 1.º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços – SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto. Art. 2.º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições: I – Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras". O art. 1.º, I, do Decreto 3.931/2001 continha previsão similar. Da mesma forma, o TCU admite a utilização do SRP para contratação de serviços. TCU, Acórdão 1.737/12, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 04.07.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 113).

67 O art. 15, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 menciona apenas a concorrência. Todavia, o art. 11 da Lei 10.520/2002 admite a utilização do pregão no sistema de registro de preços. Da mesma forma o art. 7.º do Decreto 7.892/2013 admite a utilização da concorrência e do pregão (o art. 3.º do Decreto 3.931/2001 também admitia as duas modalidades de licitação).

68 O art. 7.º, § 2.º, do Decreto 7.892/2013 dispõe: "Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil". Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 612; TCU, Acórdão 1.279/08, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, *DOU* 08.07.2008; Orientação Normativa/AGU 20: "Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato".

69 O art. 2.º, III e IV, do Decreto 7.892/2013 apresenta as seguintes definições: "órgão gerenciador – órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos

para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente"; e "órgão participante – órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços".

70 Segundo o TCU, a fixação do prazo de validade da ata do sistema de registro de preços é de competência privativa da União, tendo em vista sua fixação em norma de caráter geral (art. 15, § 3.º, da Lei 8.666/1993). TCU, Plenário, Acórdão 2.368/13, Rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 04.09.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 167).

71 Art. 15, § 3.º, III, e § 4.º, da Lei 8.666/1993 e art. 16 do Decreto 7.892/2013. De acordo com o art. 12, §§ 1.º a 4.º, do Decreto 7.892/2013: a) é vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1.º do art. 65 da Lei 8.666/1993; b) a vigência dos contratos decorrentes do SRP será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei 8.666/1993; c) os contratos decorrentes do SRP poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei 8.666/1993; e d) o contrato decorrente do SRP deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços. Sobre o prazo de validade da Ata, vale mencionar a Orientação Normativa AGU 19: "O prazo de validade da Ata de Registro de Preços é de no máximo um ano, nos termos do art. 15, § 3.º, inc. III, da Lei n.º 8.666, de 1993, razão porque eventual prorrogação da sua vigência, com fundamento no § 2.º do art. 4.º do Decreto n.º 3.931, de 2001, somente será admitida até o referido limite, e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa". Ressalte-se, ainda, que o TCU veda a adesão à ata de registros de preços quando esta se encontra com validade expirada. Acórdão 1.793/11, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 70).

72 O art. 22 do Decreto 7.892/2013 estabelece: "Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador. § 1.º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão. § 2.º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes. § 3.º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes. § 4.º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quíntuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem. § 5.º O órgão gerenciador somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador. § 6.º Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata. § 7.º Compete ao órgão não participante os atos relativos à cobrança do

cumprimento pelo fornecedor das obrigações contratualmente assumidas e a aplicação, observada a ampla defesa e o contraditório, de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações, informando as ocorrências ao órgão gerenciador. § 8.º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual. § 9.º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal".

73 Toshio Mukai, minoritariamente, defende a inconstitucionalidade do "carona", pois "nenhum órgão ou entidade pode se valer de licitação efetuada por outro órgão, sem dela ter participado", devendo ser considerada criminosa tal conduta, na forma do art. 89 da Lei 8.666/1993. MUKAI, Toshio. O efeito "carona" no Registro de Preços: um crime legal?. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, mar. 2009, p. 72-73.

74 "Art. 6.º (...) XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas; XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente".

75 GARCIA, Flavio Amaral. O efeito "carona" no Sistema de Registro de Preços. *Licitações e contratos administrativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 145-159; Orientação Normativa/AGU 21: "É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à Ata de Registro de Preços, quando a licitação tiver sido realizada pela Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, bem como por entidades paraestatais". Em sentido semelhante, decidiu o TCU: "É vedada a adesão de órgão ou entidade federal a ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal". Acórdão 1.793/11, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 70).

76 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução de custos e controle. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 7-12, out. 2007.

77 Ressalte-se, por exemplo, que, em algumas passagens, a Lei utiliza os dois vocábulos na mesma norma, gerando insegurança jurídica ao intérprete (ex.: art. 87, IV, da Lei 8.666/1993).

78 TCU, Acórdão 1.487/07, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 03/08/07. No caso analisado pelo TCU, o registro de preços oriundo do Ministério da Saúde tinha o objetivo de formalizar contratação de empresa de prestação de serviços, apoio logístico e realização de eventos, com valor estimado de 32 milhões de reais. No entanto, houve 62 adesões à Ata de Registro de Preços, o que acarretou a possibilidade de contratações da mesma empresa, vencedora de uma licitação, na ordem de até R$ 1.984.000.000,00 (um bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais).

79 "Art. 6.º [...] § 1.º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados." Apesar do silêncio legal, as pessoas de direito privado gestoras do consórcio público também integram a Administração indireta, conforme já afirmado em tópico específico sobre o tema.

80 "Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades

controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei. Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial."

81 Em sentido contrário, alguns autores entendem que o regime simplificado de licitações deve ser aplicado tanto às empresas estatais que prestam atividade econômica quanto às prestadoras de serviços públicos, deve ser aplicado um regime de licitações simplificado. Nesse sentido, por exemplo: ALMEIDA, Aline Paola C. B. Camara de. O regime licitatório das empresas estatais. In: JURUENA, Marcos. *Direito administrativo empresarial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 203.

82 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 229; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 514; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24-26; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 431-438. Note-se, contudo, que alguns autores criticam a distinção entre atividade-fim e atividade-meio por ser de difícil operacionalização. Segunda essa visão doutrinária, as estatais competitivas não se submetem à Lei 8.666/1993. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *RDA*, n. 245, maio 2007.

83 TCU, Plenário, Acórdão 121/98, Rel. Min. Iram Saraiva, *DOU* 04.09.1998.

84 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26-27; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 506.

85 TCU, Decisão 663/02, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 08.07.2002; TCU, Acórdão 2.811/12, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro e Red. Min. Augusto Nardes, 17.10.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 128).

86 DALLARI, Adilson Abreu. Licitação nas empresas estatais. *RDA*, n. 229, p. 69-85, jul.-set. 2002; BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 312-313.

87 STF, 2.ª Turma, AC-MC-QO 1193/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.06.2006, p. 18 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 426).

88 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 122-124.

89 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo:* o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

90 "Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de

7 de julho de l995, e suas alterações.”

91 STF, Pleno, ADI 1.668 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 16.04.2004, p. 52 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 119).

92 Marçal Justen Filho afirma que a contratação direta é uma “modalidade extremamente anômala de licitação”, pois, apesar de não se confundir com as modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite etc.), pressupõe procedimento formal prévio, “destinado a produzir a melhor proposta possível para a Administração” *(Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 231).

93 Sobre o tema, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 91.

94 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 290.

95 “Art. 7.º [...] § 5.º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

96 No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239.

97 “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: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: 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, *h* e i; c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; 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 ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição; h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente 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, na forma da legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe."

98 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 44; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 216.

99 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 235.

100 Em relação à doação com encargo, a regra é a realização de licitação, devendo constar do instrumento os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado (art. 17, § 4.º, da Lei 8.666/1993).

101 A investidura é conceituada no art. 17, § 3.º, da Lei 8.666/1993 que dispõe: "Art. 17. [...] § 3.º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: I – a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea 'a' do inciso II do art. 23 desta lei; II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão".

102 O art. 232, I, "b", e II, "a", da Lei Orgânica do Município do RJ, por exemplo, admite, dentro de certos valores, a permuta de bens imóveis e a doação de bens móveis (exclusivamente para fins de interesse social) sem qualquer especificação do destinatário (Administração ou entidade privada).

103 "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" (STF, Tribunal Pleno, ADI 927 MC/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 11.11.1994, p. 30635).

104 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 213; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação.* 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 240-241; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 80.

105 É importante notar que não há novidade na admissão de interpretações extensivas de itens constantes de listas taxativas. O STF, no tocante à lista de serviços sujeitos ao ISS, constante do DL 406/1968, afirma que o rol de serviços é taxativo, "embora comportem interpretação ampla os seus tópicos" (RE 361.829/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2.ª Turma, *DJ* 24.02.2006, p. 51).

[106] Esse entendimento foi apresentado em obra anterior: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293. Em sentido contrário, sustentando que o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993 não se aplica às OSCIPs, vide: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. *FCGP,* Belo Horizonte, ano 8, n. 91, p. 26, jul. 2009.

[107] "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."

[108] "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: a) convite – até R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); [...] II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite – até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)."

[109] A Orientação Normativa/AGU 10 prevê: "A definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para: (...) c) o enquadramento das contratações previstas no art. 24, inc. I e II, da Lei n.º 8.666, de 1993".

[110] Essa vedação encontra-se prevista, ainda que implicitamente, no art. 23, §§ 2.º e 5.º, da Lei 8.666/1993.

[111] "Art. 24. [...] III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; 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."

[112] Nesse sentido: Acórdão 2.190/11, Plenário, Rel. Min. José Jorge, 17.08.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 76).

[113] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 242; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 300; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 315; TCU, Plenário, Decisão 820/96, Rel. Min. Bento José Bugarin, *DOU* 26.12.1996.

[114] GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 241; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo.* Belo horizonte: Fórum, 2007. p. 91; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*

pública. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 250; Orientação Normativa/AGU 11: "A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei"; TCU, Plenário, Acórdão 1.599/11, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 15.06.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 67).

115 "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."

116 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 369; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 246; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243. De acordo com a Orientação Normativa/AGU 12: "Não se dispensa licitação, com fundamento nos incs. V e VII do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993, caso a licitação fracassada ou deserta tenha sido realizada na modalidade convite", ressalvada a única exceção legal relativa à comprovada limitação de mercado devidamente justificada no processo.

117 "Art. 24. [...] VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento."

118 Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 302-303; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 246. Em sentido contrário, admitindo a intervenção no domínio econômico por Estados e Municípios e, por consequência, a utilização dessa modalidade de dispensa: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 105.

119 "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 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." Obs.: o parágrafo único do art. 48 corresponde, atualmente, ao § 3.º desse mesmo artigo.

120 "Art. 48. [...] § 3.º 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."

121 "Art. 48. Serão desclassificadas: I – as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação; II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de

mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação."

122 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 246.

123 "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." A referência à contratação de "órgãos" é um equívoco, pois ausentes a personalidade jurídica e, por consequência, a capacidade contratual.

124 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 105-106; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 247; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 373.

125 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 249.

126 No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 248; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 247; Orientação Normativa/AGU 13: "Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993". Ressalte-se que a dispensa pode ser adotada nas contratações das demais empresas estatais que prestam serviços públicos, pois não incide o art. 173, § 1.º, II, da CRFB.

127 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 247; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 307.

128 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 108-110.

129 "Art. 24. [...] 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." Assim como ocorre em relação ao inciso VIII, a referência à contratação de "órgãos", na presente hipótese, é um equívoco, pois órgão público é despido de personalidade jurídica e de capacidade contratual.

130 "Art. 24. [...] 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."

131 O art. 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.) define sociedade controlada da seguinte forma: "Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras

controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores." Em regra, o conceito aplica-se também às subsidiárias, que não são definidas especificamente pela Lei das S.A. que apenas menciona as subsidiárias integrais (arts. 251 a 253 da Lei).

132 "Art. 24. [...] IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional."

133 Dispõe o Decreto 2.295/1997: "Art. 1.º Ficam dispensadas de licitação as compras e contratações de obras ou serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do seu objeto, especificação ou quantidade coloque em risco objetivos da segurança nacional, e forem relativas à: I – aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; II – contratação de serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico; III – aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência. Parágrafo único. As dispensas de licitação serão necessariamente justificadas, notadamente quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante, cabendo sua ratificação ao titular da pasta ou órgão que tenha prerrogativa de Ministro de Estado. Art. 2.º Outros casos que possam comprometer a segurança nacional, não previstos no art. 1.º deste Decreto, serão submetidos à apreciação do Conselho de Defesa Nacional, para o fim de dispensa de licitação". O Decreto 8.135/2013, por sua vez, trata da dispensa de licitação, em casos de segurança nacional relativos às comunicações de dados da Administração Pública federal que serão realizadas por redes de telecomunicações e serviços de tecnologia da informação fornecidos por órgãos ou entidades da Administração Federal, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista da União e suas subsidiárias.

134 "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."

135 Aliás, a legislação anterior tratava da hipótese como inexigibilidade (art. 23, IV, do DL 2.300/1986). No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 248; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 529. Contra, defendendo ser verdadeira dispensa: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 309.

136 "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."

137 "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."

138 STF, Tribunal Pleno, Inq 1.957/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 11.11.2005, p. 7 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 387).

139 "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."

140 Vide: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 313-319; TCU, Plenário, Decisão 138/98, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, *DOU* 07.04.1998, e TCU, Decisão 30/00, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, *DOU* 04.02.2000. Sobre o tema, a Súmula 250 do TCU dispõe: "A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado."

141 A Orientação Normativa/AGU 14 dispõe: "Os contratos firmados com as fundações de apoio com base na dispensa de licitação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 1993, devem estar diretamente vinculados a projetos com definição clara do objeto e com prazo determinado, sendo vedadas a subcontratação; a contratação de serviços contínuos ou de manutenção; e a contratação de serviços destinados a atender as necessidades permanentes da instituição".

142 Excluem-se do conceito de "desenvolvimento institucional": I – as atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como suas respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e II – outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada (art. 1.º, § 3.º, da Lei 8.958/1994, incluído pela Lei 12.349/2010). A legislação veda a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e ICTs com as fundações de apoio, bem como a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado (art. 1.º, § 4.º, da Lei 8.958/1994, inserido pela Lei 12.349/2010).

143 "Art. 24. [...] 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."

144 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 259.

145 "Art. 24. [...] 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." O STF considerou liminarmente constitucional a norma em questão: STF, ADI 1.923 MC/DF, Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, *DJ* 21.09.2007, p. 20 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 474).

146 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293. Contra: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva

dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, p. 26, jul. 2009.

147 “Art. 24. [...] XXXIII – na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.” (Incluído pela Lei 12.873/2013). Nesse caso, as contratações deverão observar o disposto no Decreto 8.038/2013.

148 “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.”

149 “Art. 24. [...] 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.”

150 “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.”

151 “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.”

152 “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.”

153 “Art. 24. [...] 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.”

154 “Art. 24. [...] XXI – para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.”

155 “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.”

156 “Art. 16 da Lei 8.987/1995: “A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5.º desta Lei”.

157 “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".

158 A Lei 10.973/2004 regulamenta os arts. 218 e 219 da CRFB, dispondo sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

159 "Art. 24 (...) XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes".

160 "Art. 24 (...) XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica".

161 "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."

162 O contrato de programa encontra-se previsto no art. 13 da Lei 11.107/2005 (Lei dos consórcios públicos) que dispõe: "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".

163 "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."

164 "Art. 24. [...] 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."

165 "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."

166 O serviço de "assistência técnica e extensão rural" (ATER) é definido pelo art. 2.º, I, da Lei 12.188/2010: "serviço de educação não formal, de caráter continuado, no meio rural, que promove processos de gestão, produção, beneficiamento e comercialização das atividades e dos serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive das atividades agroextrativistas, florestais e artesanais".

167 Nesse sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 313.

168 "Art. 25. [...] 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."

169 Nesse sentido, por exemplo, é a Orientação Normativa/AGU 15: "A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei n.º 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços".

170 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 544-545; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 257. Hely Lopes Meirelles falava em exclusividade industrial (exclusividade no país) e exclusividade comercial (exclusividade na praça). MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.

171 Essa distinção foi adotada expressamente no item 2.3.2 do Decreto 2.745/1998, que trata da licitação na PETROBRAS: "Considera-se como produtor, firma ou representante comercial exclusivo, aquele que seja o único a explorar, legalmente, a atividade no local da contratação, ou no território nacional, ou o único inscrito no registro cadastral de licitantes da PETROBRAS, conforme envolva a operação custo estimado nos limites de convite, concorrência ou tomada de preços".

172 Nesse sentido, a Orientação Normativa/AGU 17 dispõe: "A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos".

173 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 273; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 130.

174 "Art. 25. [...] 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".

175 O art. 13 da Lei 8.666/1993 dispõe: "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". Prevalece o entendimento de que o rol de serviços técnicos profissionais especializados é meramente exemplificativo. Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 180; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 140-141; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 160. Registre-se, ainda, o teor da Orientação Normativa/AGU 18: "Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei n.º 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a

inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista". Registre-se, ainda, o teor da Orientação Normativa/AGU 18: "Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei n° 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista".

176 O art. 13 da Lei nº 8.666/93 dispõe: "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". Prevalece o entendimento de que o rol de serviços técnicos profissionais especializados é meramente exemplificativo. Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 180; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 140-141; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 160.

177 A Lei 12.232/2010 dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. É oportuno ressaltar que alguns autores relativizam a vedação legal para permitir a inexigibilidade de licitação em situações excepcionais de contratação de serviços de publicidade. Nesse sentido: RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-169.

178 "Art. 25. [...] 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."

179 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 258.

180 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 44; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 466.

181 TCU, Plenário, Decisão 656/95, Rel. Min. Homero Santos, *DOU* 28.12.1995.

182 No tocante aos valores relativos às modalidades de licitação, a Orientação Normativa/AGU 10 dispõe: "A definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para: (...) b) a escolha de uma das modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite) (...)".

183 "Art. 22. [...] § 1.º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto."

184 Na redação original, o art. 1.º, § 1.º, do Decreto 3.722/2001 exigia o prévio cadastramento no SICAF para participação em licitações e contratações no âmbito do Sistema de Serviços Gerais (SISG). A norma, a nosso ver, era inconstitucional, pois a Lei 8.666/1993, hierarquicamente superior, não exige o

cadastramento para participação em licitações e contratações administrativas, sendo possível, mesmo na tomada de preços, a participação de não cadastrados. A norma em comento foi revogada pelo Decreto 4.485/2002. Sobre o tema, o TCU editou a Súmula 274, que dispõe: "É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf para efeito de habilitação em licitação".

185 Nesse sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 264-265.

186 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 264-265.

187 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 200-201; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 141-142.

188 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 202; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 267.

189 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 141-142; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 560-561; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 382-383.

190 Essa é a opinião de José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 265.

191 Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 142-146; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21; TCU, Plenário, Acórdão 93/04, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 19.12.2004. Em sentido contrário: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 287. Sobre o tema, a Súmula 248 dispõe: "Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7.º, do art. 22, da Lei 8.666/1993."

192 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 205.

193 STF, Tribunal Pleno, MS 27.516/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.10.2008, *DJe*-232, 05.12.2008 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 525). O art. 4.º, § 3.º, da Lei 9.491/1997 dispõe: "Art. 4.º [...] § 3.º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão". O inciso VI do referido art. 4.º, por sua vez, refere-se às concessões, às permissões ou autorizações de serviços públicos.

194 O pregão, inicialmente, previsto para ANATEL (arts. 54 a 57 da Lei 9.472/1997), foi genericamente regulado por meio da MP 2.026/2000, que restringia a sua utilização às contratações realizadas pela Administração federal. Atualmente, a Lei 10.520/2002 trata do pregão e admite a sua utilização por

todos os Entes federados.

195 Na lição de Marçal Justen Filho, “bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 37.

196 Marçal Justen Filho também sustenta o caráter exemplificativo da lista constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 *(Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 43). O TCU, por exemplo, admite a utilização de pregão para a aquisição de helicópteros, visto tratar-se de bem cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos. TCU, Acórdão 3062/12, Plenário, Rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 14.11.2012. *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 132).

197 O caráter comum do bem ou do serviço a ser adquirido pela modalidade pregão deve ser atestado pelo órgão técnico, e não pelo órgão jurídico. No mesmo sentido, a Orientação Normativa/AGU 54 prevê: “Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

198 Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de pregão para locações e alienações, vide: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67-69.

199 Registre-se que o TCU tem admitido a utilização do pregão para concessão de uso de bem público (Acórdão 2.050/14, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06.08.2014, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 209).

200 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 71.

201 O TCU fixou entendimento no sentido de que o pregão eletrônico deve ser escolhido preferencialmente. A escolha da forma presencial deve ser motivada, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico (Acórdão 1.515/11, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.06.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 66).

202 De acordo com o TCU, deve ser designada como pregoeiro pessoa pertencente ao quadro do órgão ou da entidade promotora do certame, a menos que não se disponha de servidor qualificado para atuar na função, situação que justifica a excepcional designação de terceiro estranho à Administração (Acórdão 2.166/14, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 20.08.2014, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 211).

203 GARCIA, Flavio Amaral. O efeito “carona” no Sistema de Registro de Preços. *Licitações e contratos administrativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

204 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 887; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 429-430; Súmula 257/2010 do TCU: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002”.

[205] JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 48-53; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 62-67.

[206] O "Processo Produtivo Básico" é definido pelo art. 7.º, § 8.º, "b", do DL 288/1967, alterado pela Lei 8.387/1991: "processo produtivo básico é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto".

[207] Nesse sentido: TCU, Plenário, Acórdão 2.138/05, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, *DOU* 23.12.2005. Cabe registrar que parte da doutrina considera que a restrição normativa aos bens e serviços que cumpram o processo produtivo básico é inconstitucional, tendo em vista a violação ao princípio da isonomia. Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 80.

[208] "Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei n.º 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública."

[209] Nesse sentido dispõe o art. 58 da Lei 9.472/1997: "A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57". Os arts. 56 e 57 da Lei tratam dos bens e serviços comuns, hipótese em que as agências utilizarão, normalmente, o pregão.

[210] Art. 55, VIII, da Lei 9.472/1997: "a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor".

[211] Art. 55, X, da Lei 9.472/1997: "somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados".

[212] Vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31-43; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28-31. De forma minoritária, alguns autores entendem que a licitação não possui fase interna, iniciando-se apenas com a publicação do instrumento convocatório. Nesse sentido: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo:* estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 177-178.

[213] Orientação Normativa/AGU 52: "As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar n.º 101, de 2000".

[214] Sobre a responsabilidade civil do parecerista, vide item 3.14.3.

[215] A exigência de realização de audiências públicas ou consultas públicas também pode ser encontrada em leis especiais, por exemplo: licitações para contratações de PPPs (art 10, VI, da Lei 11.079/2004), licitações para concessões florestais (art. 8.º da Lei 11.284/2006).

[216] Outras leis específicas exigem autorização legislativa para realização de licitações. Ex.: nas concessões

patrocinadas (PPPs) em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública (art. 10, § 3.º, da Lei 11.079/2004).

217 Alguns autores, como Marcos Juruena Villela Souto, entendem que a Administração não deve divulgar a estimativa de custo no edital, pois esta conduta restringe a competitividade e induz os proponentes na elaboração de suas propostas. A solução seria conferir publicidade à estimativa de custo na sessão de julgamento ou no momento da desclassificação dos proponentes. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 149. Esta também é a recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contida no *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas). Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>, p. 7. Acesso em: 17 set. 2011.

218 STF, 1.ª Turma, RE 547.063/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe*-236 12.12.2008, p. 638 *(Informativo de Jurisprudência* n. 523 do STF).

219 Nas licitações para celebração de PPPs, o art. 13 da Lei 11.079/2004 autoriza (não obriga) a inversão de fase, com a realização do julgamento e, depois, da habilitação.

220 A Súmula 272 do TCU dispõe: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

221 Nesse sentido: TCU, Plenário, Acórdão 52/14, Rel. Min. Benjamin Zymler, 22.01.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 182).

222 A Súmula 275 do TCU dispõe: “Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços”.

223 De acordo com a Orientação Normativa/AGU 9: “A comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora”. Em sentido semelhante: Decisão TCU 431/1997-Plenário, Acórdão TCU 1105/2006-Plenário.

224 “Art. 195. [...] § 3.º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.” O art. 56 da Lei 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, estabelece: “A inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, a partir da publicação desta Lei, é condição necessária para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam receber as transferências dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal-FPE e do Fundo de Participação dos Municípios-FPM, celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da administração direta e indireta da União”. Cabe ressaltar que o art. 5.º da Lei 12.453, de 21.07.2011, suspende temporariamente as exigências de

regularidade fiscal ao dispor: “Art. 5.º Ficam suspensas, até 30 de junho de 2012, as exigências de regularidade fiscal previstas no art. 62 do Decreto-lei n.º 147, de 3 de fevereiro de 1967, no § 1.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 1.715, de 22 de novembro de 1979, na alínea *c* do inciso IV do art. 1.º da Lei n.º 7.711, de 22 de dezembro de 1988, na alínea *b* do art. 27 da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, no art. 1.º da Lei n.º 9.012, de 30 de março de 1995, e na Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, sem prejuízo do disposto no § 3.º do art. 195 da Constituição Federal, nas contratações de operações de crédito e renegociações de dívidas realizadas com instituições financeiras públicas, que tenham como mutuários os contribuintes a que se refere o art. 6.º desta Lei”.

225 Nesse sentido, a Súmula 283 do TCU dispõe: “Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.”

226 Vale registrar a posição de Gustavo da Rocha Schmidt que sustenta a revogação do art. 193 do CTN pelo art. 29, III, da Lei 8.666/1993, tendo em vista o critério da temporariedade (lei posterior revoga a lei anterior), bem como o fato de a norma tributária em comento não ser considerada “norma geral”, não tendo o *status* de lei complementar SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Curso de direito tributário brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 3, p. 104.

227 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 391.

228 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 376-377; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 305; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 175-176; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 272.

229 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 307-308.

230 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 180; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34-35; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 381.

231 Essa opinião é defendida por: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 180.

232 Nesse sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 684; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 426; TCU, Acórdão 7.832/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, 02.12.2010 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 44).

233 O art. 642-A da CLT dispõe: “É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. § 1.º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar: I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida

pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia. § 2.º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. § 3.º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais. § 4.º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão".

234 TCU, Acórdão 1054/12, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, 02.05.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 104).

235 Lembre-se, mais uma vez, que, no pregão, o julgamento das propostas é anterior à fase de habilitação.

236 A legislação específica elenca, ainda, outros tipos de licitação. Nas licitações para concessões tradicionais de serviços públicos, por exemplo, o art. 15 da Lei 8.987/1995 enumera os seguintes critérios de julgamento: "I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas".

237 Nesse sentido: GARCIA, Flávio Amaral. O julgamento das licitações de informática nos Estados e Municípios. *Licitações e contratos administrativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 139-141. Essa orientação encontra-se consagrada no Enunciado 11 da Procuradoria do Estado do RJ: "Para a aquisição de bens e serviços de informática já padronizados no mercado, poderá a Administração Pública Estadual adotar a licitação do tipo menor preço, tendo em vista que o art. 45, § 4.º, da Lei n.º 8.666/93 não se enquadra no conceito de norma geral".

238 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 53-54.

239 O art. 44, §§ 1.º e 2.º, da LC n.º 123/2006 prevê o "empate ficto": nas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte foram iguais ou até 10% superiores à melhor proposta (a diferença percentual será de 5% em caso de pregão).

240 "Art. 38. [...] VII – atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação", e "Art. 43. [...] VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação".

241 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 405; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 281.

242 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 565.

[243] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 282.

[244] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 361-362; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 616; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 518; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 698-699.

[245] STJ, Corte Especial, MS 4.513/DF, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 04.09.2000, p. 114.

[246] "Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade."

[247] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 207.

[248] STJ, 1.ª Seção, MS 12.047/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 16.04.2007, p. 154.

[249] Sobre a aplicação dos princípios da boa-fé e da confiança legítima no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 174-207.

[250] Nesse sentido: SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. *RDA,* Rio de Janeiro, n. 217, p. 163 e ss., 1999.

[251] Vide: BORGES, Alice González. Pressupostos e limites da revogação e da anulação das licitações. *JAM Jurídica,* ano 11, n. 12, p. 8-9, dez. 2006.

[252] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 446-447; SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. *RDA,* Rio de Janeiro, n. 217, p. 163 e ss., 1999; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 514.

Capítulo 2

TEMAS ESPECIAIS DE LICITAÇÕES

2.1. COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES

Questão que tem gerado controvérsias na praxe administrativa e na doutrina refere-se à admissão de cooperativas em licitações.

O texto constitucional menciona as cooperativas em três passagens distintas: a) art. 5.º, XVIII: a criação de cooperativas, na forma da lei, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; b) art. 146, III, "c": a lei complementar, responsável pelas normas gerais em matéria tributária, deve dispor sobre o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; e c) art. 174, § 2.º: a lei deve apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo.

A Lei 5.764/1971 define a Política Nacional de Cooperativismo, a qual afirma que no contrato de sociedade cooperativa "as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro" (art. 3.º).

Em relação à participação de cooperativas nas licitações, existem três

entendimentos doutrinários sobre a questão:

1.º entendimento: Alguns autores vedam a participação de cooperativas em licitações, pois essas entidades, em razão dos privilégios trabalhistas e tributários, sempre apresentariam melhores preços, sagrando-se vencedoras.

2.º entendimento: Outros autores admitem a participação, mas exigem que as propostas das cooperativas levem em consideração os encargos trabalhistas e tributários para igualar as condições com as demais empresas licitantes. O regime próprio da cooperativa aplica-se exclusivamente no relacionamento entre a cooperativa e seus associados, mas não em relação aos atos de mercado comum. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho.[1]

3.º entendimento: Por fim, parte da doutrina admite a participação em licitações, uma vez que o próprio texto constitucional exigiu tratamento diferenciado às cooperativas (art. 5.º, XVIII; art. 146, III, "c"; e art. 174, § 2.º, da CRFB). Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto e Jessé Torres Pereira Junior.[2]

A razão, a nosso ver, está com o terceiro entendimento, tendo em vista a previsão constitucional de tratamento diferenciado para cooperativas. Frise-se que o art. 86 da Lei 5.764/1971 admite que as cooperativas forneçam bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei. Nesse caso, os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nessas operações serão considerados como renda tributável (art. 111 da Lei 5.764/1971).

Em determinados casos, é possível a vedação à participação de cooperativas em licitações para contratações de serviços submetidos à legislação trabalhista. Dessa forma, se a natureza do serviço pressupõe subordinação jurídica entre os empregados e o contratado, bem como pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas nas licitações, uma vez que tais entidades seriam "cooperativas fraudulentas" ou meras intermediadoras de mão de obra. Assim, por exemplo, os serviços de auxiliar administrativo e de

secretariado não poderiam ser executados por cooperativas. A vedação, portanto, é justificada pela natureza do serviço que será prestado, incompatível com as características das cooperativas, conforme já decidiu o STJ.[3] Essa é a orientação consagrada, inclusive, na Súmula 281 do TCU, que dispõe: "É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade".

Ressalte-se, ainda, que a sobredita vedação à participação de cooperativas em licitações tem o objetivo de evitar eventual responsabilidade subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, na forma do Enunciado 331 do TST.[4]

É importante ressaltar que as normas diferenciadas de licitação previstas para as microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006) são aplicáveis às cooperativas que tenham receita bruta anual equivalente às da empresa de pequeno porte, conforme dispõe o art. 34 da Lei 11.488/2007. O tratamento diferenciado aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte será objeto do próximo tópico.

2.2. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (LC 123/2006) E O TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES

O texto constitucional estabelece a necessidade de tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte (arts. 146, III, "d", 170, IX, e 179 da CRFB).

Em consequência, a LC 123/2006 instituiu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo, posteriormente, regulamentada pelo Decreto 6.204/2007.[5]

De acordo com a legislação, consideram-se microempresas as sociedades empresárias, as sociedades simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e os empresários, devidamente registrados, que aufiram, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00. Ao revés, essas entidades serão consideradas empresas de pequeno porte se auferirem, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (art. 3º, I e II, da LC 123/2006, com redação dada pela LC 139/2011).[6]

O Estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte consagrou algumas novidades em relação às licitações e contratos administrativos.

2.2.1. Saneamento de falhas na regularidade fiscal

A LC 123/2006 prevê a possibilidade de saneamento de falhas nos documentos de regularidade fiscal na fase de habilitação.

A regularidade fiscal é exigida apenas para efeitos de assinatura do contrato, e não para participação dessas entidades na licitação (art. 42).[7]

As microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar os documentos relacionados à regularidade fiscal na fase de habilitação, mesmo que esses documentos contenham vícios ou restrições (art. 43).

Em caso de restrições, o licitante tem o prazo de cinco dias úteis, contados da declaração do vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa (art. 43, § 1.º, da LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014).[8]

Na hipótese de ausência de regularização da documentação fiscal no prazo assinalado, ocorrerá a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666/1993, abrindo-se a possibilidade de convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou a revogação da licitação (art. 43, § 2.º).

2.2.2. Empate ficto ou presumido

O art. 44 da LC 123/2006 presume o empate nas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte forem iguais ou até 10% superiores à melhor proposta (a diferença percentual será de 5% em caso de pregão).

O empate ficto pressupõe que a melhor proposta tenha sido apresentada por empresa de grande porte, dado que o objetivo é fomentar a contratação de empresas de microempresas e empresas de pequeno porte (art. 45, § 2.º).

Apesar do silêncio da Lei, entendemos que o empate ficto somente será possível se a licitação for pautada pelo critério "menor preço", não sendo viável a presunção do empate nos tipos de licitação fundados na técnica ("melhor técnica" ou "técnica e preço)", tendo em vista dois argumentos principais: a) ao tratar do empate ficto e do desempate, utilizou constantemente a expressão "preço" (art. 44, § 2.º; art. 45, I e III, da LC 123/2006); e b) o art. 5.º do Decreto 6.204/2007 foi categórico ao determinar a incidência da regra apenas nas licitações do tipo menor preço.[9]

Em caso de empate ficto, a microempresa ou empresa de pequeno porte com melhor classificação poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I). Caso não seja apresentada proposta mais vantajosa, a Administração convocará as microempresas ou empresas de pequeno porte remanescentes, que estiverem dentro dos limites percentuais do empate ficto, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito (art. 45, II). Se houver duas ou mais entidades empatadas com valores iguais (empate real), a escolha da licitante que poderá oferecer, em primeiro lugar, nova proposta será definida mediante sorteio (art. 45, III).

No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão (art. 45, § 3.º).

Na hipótese em que as microempresas ou empresas de pequeno porte, devidamente convocadas para desempatarem a licitação, não apresentarem propostas mais vantajosas, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame (art. 45, § 1.º).

2.2.3. Possibilidade de licitações diferenciadas

Os arts. 47 a 49 da LC 123/2006 estabelecem, por fim, hipóteses especiais de licitações direcionadas, direta ou indiretamente, às microempresas e empresas de pequeno porte, a saber:

a) deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);[10]
b) poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte (nesse caso, o art. 48, § 2.º, inova ao admitir que os empenhos e pagamentos sejam destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas);
c) deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

De acordo com a autorização prevista no art. 48, § 3.º, da LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014, a Administração, ao aplicar os benefícios indicados acima, poderá, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. O intuito é garantir a promoção do desenvolvimento econômico e social nos âmbitos municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, diretrizes elencadas no art. 47 da LC 123/2006, com

redação dada pela LC 147/2014.

Não obstante a aparente faculdade, prevista na redação originária dos arts. 47 e 48 da LC 123/2006, na instituição do tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (o art. 47 da LC 123/2006 utilizava a expressão "poderá"), sempre sustentamos que a hipótese seria de obrigatoriedade/vinculação por parte da Administração, tendo em vista a necessidade de efetivação das normas constitucionais que impõem o referido tratamento diferenciado em favor daquelas entidades (arts. 146, III, "d", 170, IX, e 179 da CRFB).[11] A obrigatoriedade do tratamento diferenciado, defendida nas edições anteriores desta obra, foi prestigiada na alteração promovida pela LC 147/2014, que utilizou a expressão "deverá" nos arts. 47, *caput*, e 48, I e III, da LC 123/2006.

Cabe destacar, contudo, que, na forma do art. 49 da LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014, as sobreditas licitações diferenciadas não se aplicam quando: a) não houver, no mínimo, três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; b) o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; c) a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se a exclusividade prevista para contratações de até R$ 80.000,00.

2.2.4. Exigências para aplicação do tratamento diferenciado previsto na LC 123/2006

O tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) não está vinculado ao tratamento tributário diferenciado. A

LC 123/2006 não impõe a utilização do Simples Nacional por ME e EPP, nem condiciona o recebimento de benefícios nas licitações à questão tributária.[12]

Por outro lado, a ME e a EPP, que pretenderem usufruir do tratamento favorecido nas licitações, deverão apresentar declaração afirmando que cumprem os requisitos legais para a qualificação como ME ou EPP, na forma do art. 11 do Decreto 6.204/2007.[13] A ausência da referida declaração não impede a participação na licitação, mas afasta o tratamento favorável.

É oportuno destacar, ainda, que o tratamento diferenciado deverá ser aplicado à ME e à EPP, inclusive, nas hipóteses em que a própria contratação pública acarretar a desqualificação da entidade como ME e EPP, em razão da majoração da receita bruta anual e descumprimento dos limites fixados no art. 3.º, I e II, da LC 123/2006. Vale dizer: a perda da qualificação de ME ou EPP no curso da execução do contrato não acarreta a rescisão do pacto, pois o ordenamento jurídico, ao estabelecer o regime diferenciado, teve por objetivo fomentar a contratação de ME e de EPP pelo Estado, abrindo caminho para sua consolidação e crescimento, inexistindo previsão legal e razoabilidade na "punição" (rescisão contratual) da entidade que aumenta a sua receita bruta após celebrar contrato com o Poder Público.[14]

Quanto à efetividade do tratamento diferenciado, a aplicação das duas primeiras novidades (saneamento de falhas e empate ficto) decorre diretamente da Lei, independentemente de regulamentação específica ou de previsão no edital de licitação.[15]

Em relação à terceira novidade (possibilidade de licitações diferenciadas), a sua efetivação dependia de regulamentação específica no âmbito de cada Ente federado, conforme exigência contida na redação originária do art. 47 da LC 123/2006 ("desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente"), bem como a previsão do tratamento diferenciado no edital de licitação (art. 49, I, da LC 123/2006).

Atualmente, as licitações diferenciadas decorrem diretamente da Lei e a sua implementação não está condicionada à regulamentação ou à previsão editalícia, na forma do art. 47, *caput* e parágrafo único, da LC 123/2006, com a alteração

promovida pela LC 147/2014.[16]

Tem prevalecido o entendimento de que a regulamentação dos arts. 47 a 49 da LC 123/2006 deve ser feita por meio de lei ordinária, não sendo suficiente a simples edição de decreto regulamentar.[17] Todavia, na esfera federal, as licitações diferenciadas foram regulamentadas pelo Decreto 6.204/2007.

2.2.5. Cédula de crédito microempresarial

Outra novidade no Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte é a denominada "cédula de crédito microempresarial" (art. 46 da LC 123/2006).

A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades estatais não pagos em até trinta dias, contados da data de liquidação, poderão emitir a mencionada cédula.

2.2.6. Aplicação do tratamento diferenciado da LC 123/2006 às cooperativas

Por fim, as normas diferenciadas de licitação previstas na LC 123/2006 para as microempresas e empresas de pequeno porte também serão aplicadas às cooperativas, que tenham receita bruta anual equivalente às da empresa de pequeno porte, na forma do art. 34 da Lei 11.488/2007.[18]

2.3. A PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS NAS LICITAÇÕES

Os consórcios empresariais encontram-se regulados pelos arts. 278 e 279 da Lei 6.404/1976. As características básicas dos consórcios podem ser assim resumidas: a) trata-se de reunião de sociedades, por meio de contrato, para execução de determinado empreendimento; b) o consórcio não possui

personalidade jurídica e as sociedades consorciadas preservam a sua autonomia; c) as empresas consorciadas assumem as obrigações previstas no contrato de consórcio, não havendo presunção de solidariedade; e d) o consórcio é transitório, com prazo de duração previsto no ajuste.

A participação de consórcios nas licitações é uma opção discricionária da Administração Pública, na forma do art. 33 da Lei 8.666/1993.

Em consequência, a viabilidade de consórcios em determinadas licitações dependerá de previsão expressa no instrumento convocatório, especialmente pelo risco de união entre empresas com o intuito de criação de cartel, inviabilizando a ampla competitividade que deve pautar os certames. Vale dizer: na hipótese de omissão do edital, a participação de consórcios empresariais na respectiva licitação deve ser considerada vedada.[19]

Ressalte-se, no entanto, que o consórcio de empresas não acarreta, necessariamente, prejuízo à competitividade nas licitações. Ao contrário, a formação de consórcios, em determinados casos, permite a participação de empresas menores que não teriam condições técnicas e/ou financeiras de concorrer isoladamente de licitações.[20]

Nesse sentido, o art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011 dispõe que a celebração de consórcio entre duas ou mais empresas com o objetivo de participação em licitações públicas não configura, em princípio, ato de concentração.

Por isso, a Administração, promotora da licitação, deve motivar a decisão sobre a participação ou a vedação de consórcios nas licitações.[21]

Da mesma forma, quando permitida a participação de consórcios, a Administração deve justificar a limitação excepcional do número de empresas a integrarem os respectivos consórcios.[22]

Ademais, caso admitida a sua participação no edital, a empresa integrante do consórcio não poderá concorrer isoladamente ou como parte integrante de outro consórcio na mesma licitação (art. 33, IV, da Lei 8.666/1993). Como condição de participação nas licitações, as empresas em consórcio deverão observar, ainda, as

seguintes normas, na forma do art. 33 da Lei 8.666/1993: a) apresentação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados, sendo certo que o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio;[23] b) indicação da empresa responsável pelo consórcio (empresa líder), de acordo com as condições fixadas no edital; c) comprovação dos requisitos de habilitação por 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";[24] d) responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Por fim, no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira (art. 33, § 1.º, da Lei 8.666/1993).

2.4. DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS E O PROCESSO SELETIVO OBJETIVO

A regra constitucional da licitação é aplicável aos contratos celebrados pela Administração Pública, na forma do art. 37, XXI, da CRFB e do art. 2.º da Lei 8.666/1993.

Em consequência, a legislação não impõe, em princípio, a obrigatoriedade de realização de licitação para celebração de convênios administrativos.

Ao contrário, o art. 116 da Lei 8.666/1993 determina que as normas de licitações e de contratos administrativos aplicam-se aos convênios apenas "no que couber". Ora, se a licitação fosse naturalmente imposta aos convênios, a ressalva em comento não faria qualquer sentido.

De acordo com a doutrina tradicional, os contratos administrativos e os convênios não se confundem, especialmente em razão dos interesses envolvidos nos dois tipos de ajustes.

De um lado, os contratos administrativos são caracterizados pela existência de interesses contrapostos das partes: o Poder Público pretende satisfazer o interesse público e o particular persegue o lucro. Por outro lado, os convênios administrativos são caracterizados pela comunhão de interesses dos conveniados: os partícipes possuem interesses comuns.[25]

A desnecessidade de realização de licitação para celebração de convênios tem sido afirmada na doutrina majoritária.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a exigência de licitação não se aplica aos convênios,

> [...] pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preço ou de remuneração que admita competição.[26]

Da mesma forma, Jessé Torres Pereira Junior sustenta que “a Lei 8.666/1993 não rege convênios e consórcios administrativos, que contratos não são. Tanto que, no art. 116, traça regime especial para celebração de convênios, excluída qualquer menção a procedimento licitatório”.[27]

Não obstante a desnecessidade de licitação para formalização de convênios, o interessado deve comprovar a regularidade em relação à seguridade social, na forma do art. 195, § 3.º, da CRFB e do art. 56 da Lei 8.212/1991.[28]

Verifica-se, portanto, que a licitação não é exigível, como regra geral, para os convênios. Essa conclusão, no entanto, merece duas reflexões importantes.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a nomenclatura conferida ao instrumento jurídico celebrado pelo Poder Público (“convênio”, “termo de parceria”, “termo de cooperação” etc.) não é suficiente para afastar a exigência de prévia licitação. É fundamental a análise do conteúdo do ajuste para se

constatar se, realmente, existe mútua cooperação (interesses comuns) e, portanto, afastar a licitação.

Essa é a ressalva contida no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 que estabelece: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

A segunda ressalva envolve a necessidade de respeito aos princípios constitucionais em toda e qualquer atuação administrativa.

O fato de não ser aplicável a regra da licitação aos convênios não significa dizer que a sua celebração não precise observar o princípio da impessoalidade.

Nas hipóteses em que houver dois ou mais possíveis interessados na celebração do convênio, a Administração Pública deverá instaurar procedimento administrativo, com critérios objetivos para seleção da entidade privada, sem fins lucrativos, que será signatária do ajuste, salvo situações excepcionais devidamente justificadas. Com isso, evita-se a escolha arbitrária, motivada por situações subjetivas, que favoreça determinada entidade em detrimento de outras possíveis interessadas.

Nesse sentido, posiciona-se Lucas Rocha Furtado:

> Urge a criação em nosso sistema legislativo de mecanismos objetivos e impessoais que permitam ao poder público escolher a entidade privada com a qual são firmados convênios, termos de parceria ou outros acordos congêneres. A inexistência desses mecanismos legais constitui um dos maiores ralos de dinheiro público e constante de fonte de corrupção, fraudes, desvios etc.[29]

Da mesma forma, Flávio Amaral Garcia leciona:

> Diz-se que não cabe licitação em regra para os convênios, mas nada obsta que em determinada hipótese concreta, por força do princípio da isonomia,

seja necessária a realização de processo seletivo, a fim de evitar privilégios e favoritismos.[30]

Mencione-se, por oportuno, que a legislação tem estabelecido, de forma crescente, exigências de procedimento seletivo para escolha impessoal de conveniados, como ocorre, por exemplo, nas seguintes hipóteses: a) chamamento público para seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do convênio (arts. 4.º e 5.º do Decreto 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto 7.568/2011, e arts. 7.º a 9.º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011); b) concurso de projetos para escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que celebrará o termo de parceria com o Poder Público (arts. 23 a 31 do Decreto 3.100/1999, com redação dada pelo Decreto 7.568/2011, que regulamenta a Lei 9.790/1999) etc.

Por fim, o TCU, na linha aqui defendida, recomendou a edição de normas administrativas que exijam, como regra, a realização de processo de chamamento como condição pra celebração de convênios. Transcreva-se o trecho do acórdão:

> [...] 9.2.2. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados.[31]

Destarte, a realização de processo seletivo objetivo para escolha de projetos e entidades que formalizarão convênios com o Poder Público está em consonância com os princípios que regem a Administração. Apenas em hipóteses excepcionais e justificadas, o Poder Público poderá celebrar convênios diretamente com terceiros, sendo recomendável a edição de norma jurídica que consagre a exigência do processo seletivo e as respectivas exceções, com o intuito de assegurar maior segurança jurídica aos agentes públicos e aos

beneficiários destes ajustes.

2.5. LICITAÇÃO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As licitações para celebração dos contratos de concessão de serviços públicos, comuns (Lei 8.987/1995) e especiais (Lei 11.079/2004) possuem peculiaridades que serão destacadas neste momento.

2.5.1. Concessões comuns (Lei 8.987/1995): peculiaridades

A exigência de licitação para formalização da delegação de concessão de serviço público decorre da própria natureza contratual do ajuste (art. 37, XXI, da CRFB), mas, também, por conta da exigência específica contida no art. 175 da CRFB que exige "sempre" licitação para as concessões e permissões de serviços públicos.

No âmbito infraconstitucional, as licitações relativas às concessões e permissões de serviços públicos serão regidas, basicamente, pelos arts. 14 a 22 da Lei 8.987/1995 e legislação correlata, além da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993.

2.5.1.1. Modalidade de licitação

A modalidade de licitação adequada para as concessões e permissões de serviços públicos será, em regra, a concorrência, conforme dispõe o art. 2.º, II, III e IV, c/c o art. 40, parágrafo único, da Lei 8.987/1995.

Ressalte-se, contudo, a possibilidade de utilização de outras modalidades de licitação, quando autorizadas por legislações específicas, como ocorre nos seguintes casos: a) o art. 27, I, da Lei 9.074/1995, na hipótese de serviço público inicialmente prestado por pessoas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, admite o leilão "para promover a privatização simultaneamente

com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes", exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações; b) o art. 24 da Lei 9.427/1996 estabelece que as licitações para exploração de potenciais hidráulicos serão processadas nas modalidades de concorrência ou de leilão; c) o art. 4.º, § 3.º, da Lei 9.491/1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização (PND), admite a utilização do leilão para delegações de serviços públicos[32] etc.

Em relação ao procedimento, o art. 18-A da Lei 8.987/1995 consagra a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nas licitações. Com a inversão, após o julgamento das propostas, o Poder Público verificará os documentos de habilitação apenas do licitante vencedor, o que, por certo, afigura-se medida salutar e de acordo com a eficiência administrativa.

2.5.1.2. Tipos de licitação

Em relação aos critérios objetivos que poderão ser utilizados para escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público, a legislação também consagra novidades em relação à legislação tradicional de licitações e contratos.

Consoante dispõe o art. 15 da Lei 8.987/1995, os tipos de licitação para concessão de serviços públicos são: a) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (inciso I); b) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão (inciso II); c) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII (inciso III); d) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital (inciso IV); e) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica (inciso V); f) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica (inciso VI); ou g) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas (inciso VII).

Os critérios técnicos, quando o tipo de licitação assim exigir (art. 15, IV, V, VI e VII), deverão ser definidos no edital de licitação, conforme exigência

contida no art. 15, § 2.º, da Lei 8.987/1995.

As propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação serão recusadas pelo poder concedente (art. 15, § 3.º, da Lei 8.987/1995).

Por fim, em igualdade de condições, a legislação reconhece a preferência à proposta apresentada por empresa brasileira (art. 15, § 4.º, da Lei 8.987/1995).

2.5.1.3. Contratação direta: dispensa e inexigibilidade

A regra constitucional da licitação é colocada em termos peremptórios para delegação de serviços de serviços públicos. Nesse sentido, o art. 175 da CRFB dispõe que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre** através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Não obstante a literalidade da norma supracitada, a possibilidade, excepcional, de delegação direta de serviços públicos, sem a realização prévia da licitação tem sido reconhecida pela doutrina.

Em primeiro lugar, a concessão direta será possível nas hipóteses de inviabilidade de competição, quando a licitação será declarada inexigível. Conforme já asseveramos em outro momento desta obra, a inexigibilidade relaciona-se com a impossibilidade de competição prévia e o rol de situações elencadas no art. 25 da Lei 8.666/1993 tem caráter meramente exemplificativo.

Em segundo lugar, é possível vislumbrar casos de concessão direta por meio de dispensa de licitação.

Todavia, não é possível aplicar todas as hipóteses de dispensa, previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993, às concessões de serviços públicos. As hipóteses de dispensa, além de taxativas, relacionam-se, normalmente, às contratações de bens e serviços particulares pelo Poder Público, o que não ocorre nas concessões, quando o Poder Público transfere o serviço público de sua titularidade aos particulares para exploração por sua conta e risco.

Por esta razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro não admite a aplicação indiscriminada das hipóteses de dispensa da licitação do art. 24 da Lei 8.666/1993 às concessões, tendo em vista a incompatibilidade daquelas hipóteses com as peculiaridades dos contratos de concessão. No entanto, a autora admite a concessão de serviços públicos, sem licitação, nos casos de inexigibilidade de licitação, mesmo naquelas hipóteses em que tais casos estiverem previstos, de maneira equivocada no rol do art. 24 da Lei 8.666/1993 (casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; nos casos de situação de emergência; e nos casos de licitação deserta, em que não acudirem interessados).[33]

Da mesma forma, Alexandre Santos de Aragão sustenta a viabilidade de concessões diretas, por meio de dispensa de licitação, em dois casos: contratações urgentes e de baixo valor do serviço concedido (art. 24, I e IV, da Lei 8.666/1993).[34]

Entendemos que a aplicação da dispensa de licitação às concessões de serviços públicos só será possível nas hipóteses de urgência ou necessidade da contratação direta (art. 24, III, IV e IX, da Lei 8.666/1993), quando a licitação seria um obstáculo à promoção célere do interesse público, bem como na hipótese de licitação deserta (art. 24, V, da Lei 8.666/1993), sempre com a devida motivação por parte do Poder Público.[35]

2.5.2. Concessões especiais (Lei 11.079/2004) – Parcerias Público-Privadas (PPPs): peculiaridades

As Parcerias Público-Privadas (PPPs), modalidades especiais de delegação de serviços públicos reguladas pela Lei 11.079/2004, são divididas em duas espécies: a) PPP patrocinada: “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2.º, § 1.º); e b) PPP administrativa: “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração

Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens" (art. 2.º, § 2.º).

As licitações para contratação de Parcerias Público-Privadas (PPPs), reguladas pela Lei 11.079/2004, com aplicação subsidiária das Leis 8.987/1995 e 8.666/1993, apresentam peculiaridades em relação às licitações para concessão de serviços públicos comuns.

2.5.2.1. Projeto básico, projeto executivo e Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): elaboração por entidades privadas e participação na licitação

O primeiro ponto que merece destaque nas licitações para contratação de PPP refere-se à responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo.

Tradicionalmente, a realização de obras e a prestação de serviços pressupõem a elaboração do "projeto básico" (art. 6.º, IX, da Lei 8.666/1993) e do "projeto executivo" (art. 6.º, X, da Lei 8.666/1993), que devem estabelecer, de maneira clara e precisa, todos os aspectos técnicos e econômicos do objeto a ser contratado, tendo em vista o dever de planejamento estatal.

As licitações para contratação de obras e serviços dependem, dentre outras exigências, da elaboração do projeto básico que deve ser aprovado pela autoridade competente e disponibilizado para consulta dos interessados em participar do processo licitatório (art. 7.º, § 2.º, I, da Lei 8.666/1993). Ressalte-se, contudo, que a licitação pode ser iniciada sem a elaboração prévia do projeto executivo, desde que haja decisão motivada por parte da autoridade administrativa, hipótese em que o projeto deverá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços (arts. 7.º, § 1.º, e 9.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

Não podem participar da licitação para contratação de obras e serviços (art. 9.º, I e II, da Lei 8.666/1993): a) os autores do projeto básico ou executivo; e b) as empresas responsáveis 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.

No tocante às licitações para celebração de PPPs administrativas, o art. 3.º da Lei 11.079/2004 determina a aplicação do art. 31 da Lei 9.074/1995, que admite a participação, direta ou indireta, dos autores ou responsáveis pelos projetos, básico ou executivo, nas licitações e execução das obras ou serviços.[36] A norma em comento também é aplicável às PPPs patrocinadas, tendo em vista o disposto no art. 3.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004, que prevê a aplicação subsidiária da Lei 8.987/1995 e legislação correlata, incluindo, portanto, a Lei 9.074/95, que dispõe sobre normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

É oportuno registrar que o inciso II do art. 11 da Lei 11.079/2004, que permitia atribuir ao contratado a responsabilidade pela elaboração dos projetos executivos das obras, foi vetado pelo Chefe do Executivo sob o argumento de que a referida atribuição deveria englobar também a elaboração dos projetos básicos.[37]

O intuito é permitir que o particular contribua com a sua *expertise* para elaboração do caminho que será utilizado para prestação do serviço, garantindo maior eficiência à parceria.

Vale ressaltar que, nas concessões tradicionais de serviços públicos e nas PPPs, quando o projeto envolver a execução de obras, a Administração Pública não está obrigada a elaborar o projeto básico, o que não afasta a obrigatoriedade de definir os "elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização" (art. 18, XV, da Lei 8.987/1995).[38]

Verifica-se, destarte, que o legislador admitiu que os projetos básico e executivo fossem elaborados pelos concessionários / parceiros privados, devendo ser afastadas das PPPs as vedações constantes do art. 9.º, I e II, da Lei 8.666/1993.[39] Aliás, a elaboração dos projetos mencionados pelo particular interessado na contratação também foi admitida pelo denominado "Regime Diferenciado de Contratações Públicas" (RDC).

É possível, inclusive, que, na etapa do planejamento, os estudos preliminares, propostas e levantamentos para formatação de projetos de PPPs sejam apresentados por particulares.

Trata-se do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada.

O PMI encontra fundamento legal no art. 21, da Lei 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3.º, *caput* e § 1.º, da Lei 11.079/2004.[40]

Em âmbito federal, o PMI foi regulamentado pelo Decreto 5.977/2006, que, em síntese, apresenta as seguintes características:[41] a) o PMI tem relação com as modelagens de PPPs já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública federal (art. 1.º); b) após solicitação do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal (CGP), os interessados poderão apresentar projetos e demais estudos preliminares que podem ser aceitos ou não pelo Poder Público; c) a rejeição do projeto não gera qualquer direito ao ressarcimento dos valores desembolsados pelo seu autor (art. 5.º, IV); em caso de seleção e utilização do projeto na efetivação da PPP, o autor será ressarcido pelo vencedor da licitação, e não pelo Poder Público (art. 14); d) os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados no PMI poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços (art. 15); e e) a realização do PMI não obriga o Poder Público a realizar a licitação e não acarreta direito de preferência ao autor do projeto na outorga da concessão (art. 5.º, II e III).

2.5.2.2. Justificativa para formatação da PPP

O Estado pode realizar obras e prestar serviços públicos diretamente, por meio de seus agentes públicos, ou indiretamente, com a formatação de parcerias (em sentido amplo) com os particulares (ex.: contratos administrativos de obras e serviços – Lei 8.666/1993, concessões comuns de serviços públicos simples ou

precedidas de obras públicas – Lei 8.987/1995, PPPs patrocinada ou administrativa – Lei 11.079/2004). A escolha do meio mais adequado para satisfação do interesse público depende da ponderação de uma série de fatores, tais como: risco do negócio, necessidade de financiamento público, capacidade de endividamento público, potencial interesse de investidores privados na execução do projeto etc.

No caso das PPPs, a sua utilização depende da elaboração de estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, com a identificação das respectivas razões que justifiquem a utilização desse modelo (art. 10, I, "a", da Lei 11.079/2004).[42] A apresentação das razões que justifiquem a utilização da PPP, em detrimento de outras formas de parceria, especialmente a concessão comum, pode ser explicada pelo fato de que a parceria envolve contribuições pecuniárias por parte do Poder Público, o que não ocorre, em regra, no modelo tradicional de concessão.

2.5.2.3. PPP e responsabilidade fiscal

A responsabilidade fiscal é uma diretriz para celebração e execução das PPPs, na forma do art. 4.º, IV, da Lei 11.079/2004.[43] A necessidade de responsabilidade fiscal nas contratações públicas não representa novidade, pois se trata de exigência contida na LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF). No caso dos contratos de PPPs, todavia, o legislador consagrou exigências mais intensas no tocante à responsabilidade fiscal, notadamente pelo fato de essas contratações envolverem contraprestações orçamentárias vultosas por grande período de tempo, ultrapassando, inclusive, os limites temporais do Plano Plurianual.

Em síntese, as principais exigências de caráter fiscal que deverão ser adimplidas pelo Poder Público no momento de instaurar o procedimento licitatório para celebração de PPP são:

a) a realização da licitação depende da elaboração de estudo técnico que

demonstre: a.1) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no art. 4.º, § 1.º, da LC 101/00 (LRF), devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art. 10, I, "b", da Lei 11.079/2004); e a.2) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 da Lei de PPP, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da LRF, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato (art. 10, I, "c", da Lei 11.079/2004).[44] O estudo técnico deverá apontar as premissas e a metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 10, § 1.º, da Lei 11.079/2004);

b) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada (art. 10, II, da Lei 11.079/2004);

c) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual, bem como que seu objeto encontra-se previsto no Plano Plurianual (PPA) em vigor (art. 167, § 1.º, da CRFB e art. 10, III e V, da Lei 11.079/2004); e

d) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

A referida exigência é importante para o cumprimento dos limites fixados nos arts. 22 e 28 da Lei 11.079/2004.[45] Os limites previstos no *caput* do art. 28 da Lei das PPPs aplicam-se à Administração Pública Direta (União, Estados, DF e Município) e Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia

mista e fundações estatais de direito público e de direito privado, bem como entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público), excluídas as empresas estatais não dependentes (art. 28, § 2.º, da Lei 11.079/2004).[46] Ademais, as contraprestações estatais não pecuniárias, previstas no art. 6.º da Lei 11.079/2004 (ex.: outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais), não estão incluídas no limite de 5% da receita corrente líquida previsto no art. 28 da mesma Lei.[47]

Por fim, quando o contrato de PPP for assinado em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, a autoridade administrativa deverá atualizar os estudos e as demonstrações técnicas que comprovem o respeito às exigências fiscais (art. 10, § 2.º, da Lei 11.079/2004).

2.5.2.4. Edital e consulta pública

A primeira novidade nas licitações para contratação de PPPs refere-se à fase interna, uma vez que a legislação impõe a submissão das minutas do edital e do contrato de PPP à consulta pública prévia (art. 10, VI, da Lei 11.079/2004).

É importante destacar que a legislação tradicional já estabelecia a exigência de participação popular, por meio de audiências públicas, para as contratações de grande vulto, conforme previsão contida no art. 39 da Lei 8.666/1993.[48]

A realização de consultas e audiências públicas representa uma tendência do Direito Administrativo moderno, fortemente marcado pela democratização da administração pública por meio da participação do cidadão na formação da decisão do agente público e o consequente reforço de sua legitimidade.[49]

Apesar do avanço na previsão da consulta pública das minutas do edital e dos contratos de PPPs, a legislação foi tímida na fixação das regras que deverão ser observadas pelo poder concedente, sendo possível a aplicação subsidiária dos arts. 31 a 35 da Lei 9.784/1999.

Desta forma, a consulta pública na PPP deve observar, ao menos, as seguintes regras: a) ampla divulgação da consulta para possibilitar a participação do maior número de cidadãos, mediante publicação na imprensa oficial, em

jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado; b) fixação de prazo razoável para apresentação das manifestações (prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital); c) dever de apresentação, pelo poder concedente, de resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais; d) publicação do resultado da consulta.

Em caso de ausência ou deficiência da consulta pública, a licitação será nula e, por consequência, o respectivo contrato de PPP. É possível, em casos extremos, quando o vício é constatado no curso do contrato, que a irregularidade no procedimento não acarrete necessariamente a declaração de nulidade do próprio contrato de PPP, garantindo-se a continuidade da prestação do serviço público, sem olvidar da possibilidade, em qualquer caso, de punição dos agentes públicos responsáveis pelo vício formal.

2.5.2.5. Licenciamento ambiental

A preocupação com a sustentabilidade ambiental é uma das principais tendências nas contratações públicas naquilo que se convencionou chamar de "licitações verdes".[50] Nas licitações públicas para contratação de empreendimentos que exigem licenciamento ambiental, o projeto básico deve conter o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).[51]

Em relação às licitações para contratação de PPPs, a legislação exige a licença ambiental prévia ou da expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, VII, da Lei 11.079/2004). De acordo com a referida norma, o Poder Público pode dispensar a apresentação inicial do licenciamento ambiental para execução do contrato de PPP, restringindo-se a apresentar diretrizes para o licenciamento ambiental que deverão ser observadas pelo futuro

contrato. A hipótese é justificada pela possibilidade, já aventada anteriormente, de licitação para concessão de serviços públicos, sem a elaboração prévia do projeto básico, cuja responsabilidade pode ser transferida ao próprio interessado (art. 3.º, *caput* e § 1.º, da Lei 11.079/2004 e art. 31 da Lei 9.074/1995), limitando-se o Poder Público a fixar os "elementos do projeto básico". Nesse caso, o parceiro privado poderia apresentar o licenciamento ambiental no momento da confecção do projeto básico necessário à execução das obras.[52]

2.5.2.6. Necessidade de autorização legislativa em determinados casos

Outra novidade que diz respeito à fase interna relaciona-se com a exigência de autorização legislativa prévia para realização de licitação e celebração de contrato de PPP patrocinada, quando mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública (art. 10, § 3.º, da Lei 11.079/2004).

Entendemos que, apesar do silêncio da Lei, a necessidade de autorização legislativa deve ser aplicada também às PPPs administrativas, uma vez que a remuneração, nessas concessões, será realizada integralmente pelo Estado.

2.5.2.7. Modalidade de licitação: concorrência, lances de viva voz e inversão de fases

A modalidade de licitação exigida para as PPPs é a concorrência, na forma do art. 10 da Lei 11.079/2004. Trata-se, no entanto, de concorrência com algumas peculiaridades em relação àquela versada na Lei 8.666/1993.

Em primeiro lugar, o poder concedente pode inverter as fases de habilitação e julgamento, hipótese em que o julgamento será realizado com a fixação da ordem de classificação e posterior análise dos documentos de habilitação do licitante vencedor (art. 13 da Lei 11.079/2004), prerrogativa também inserida nas concessões comuns (art. 18-A da Lei 8.987/1995, com redação dada pela Lei 11.196/2005).

A realização do julgamento antes da fase de habilitação acarreta maior

celeridade ao certame, uma vez que a Administração Pública, após identificar o licitante vencedor, restringe a análise dos documentos relacionados à habilitação apresentados pelo primeiro colocado na ordem de classificação, sem a necessidade de verificação dos documentos dos demais licitantes que não serão contratados. Ademais, como a etapa de habilitação se circunscreve aos documentos do vencedor, não se abre a oportunidade para eventual interposição de recurso administrativo, com efeito suspensivo, contra inabilitação dos demais interessados.[53]

É recomendável que a Administração estabeleça a inversão de fases no edital de licitação para garantir maior eficiência à licitação, conforme explicado anteriormente.[54] Nesse caso, encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o envelope com os documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital e, uma vez habilitado, será declarado vencedor.

Na hipótese de inabilitação do primeiro colocado, a Administração analisará os documentos de habilitação do segundo colocado e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital, na forma do art. 13, III, da Lei 11.079/2004. Com a proclamação do resultado final, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (art. 13, IV, da Lei 11.079/2004).

A segunda peculiaridade da concorrência nas PPPs refere-se à possibilidade de lances em viva voz, após a apresentação de propostas escritas (art. 12, III e § 1.º, da Lei 11.079/2004). Existe, aqui, discricionariedade por parte da Administração Pública, que deve definir no edital a melhor forma de apresentação das propostas: a) propostas escritas, apresentadas em envelopes lacrados, ou b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz. Admitida a apresentação de propostas verbais, os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances. No entanto, o edital pode restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta

escrita for, no máximo, 20% maior que o valor da melhor proposta (art. 12, § 1.º, I e II, da Lei 11.079/2004).

As novidades acima foram inspiradas na legislação do pregão, que também estabelece a possibilidade de apresentação de lances verbais, complementares às propostas escritas, bem como a inversão das fases de habilitação e julgamento. Em razão dessa combinação, alguns autores denominam a concorrência na PPP de "concorrência-pregão".[55]

2.5.2.8. Qualificação técnica e tipos de licitação

A fase de julgamento, nas licitações para PPPs, poderá ser precedida de etapa de qualificação técnica das propostas, admitindo-se a desclassificação dos licitantes que não alcançarem a pontuação mínima estabelecida no edital (art. 12, I, da Lei 11.079/2004).

Em relação aos tipos de licitação, além dos critérios previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei 8.987/1995 (menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público com o de melhor técnica), o art. 12, II, da Lei 11.079/2004 acrescenta duas outras possibilidades: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública e b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea "a" com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital. Não se admite a utilização do critério da maior outorga (ou maior oferta) paga pelo licitante vencedor e prevista no art. 15, II, da Lei 8.987/1995, pois, além de não mencionado na legislação específica da PPP, tal critério é naturalmente incompatível com o perfil da parceria que pressupõe, ao contrário, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004).[56]

Os dois primeiros critérios de julgamento (menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e combinação dos critérios de menor valor da tarifa e melhor técnica) são utilizados, exclusivamente, nas licitações para celebração de PPPs patrocinadas, que admitem a cobrança de tarifa dos usuários, devendo ser

consideradas incompatíveis com as PPPs administrativas que não envolvem o pagamento de tarifa (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.079/2004).

As propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação serão recusadas pelo poder concedente (art. 11 da Lei 11.079/2004 e art. 15, § 3.º, da Lei 8.987/1995).

Em caso de empate, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira e, se for o caso, sorteio entre os empatados (art. 11 da Lei 11.079/2004, art. 15, § 4.º, da Lei 8.987/1995 e art. 45, § 2.º, da Lei 8.666/1993). O ideal, no entanto, seria a fixação de outro critério para desempate de propostas que levasse em consideração fatores de eficiência econômica, social ou ambiental, por exemplo.[57]

2.5.2.9. Saneamento de falhas

A licitação nas PPPs possui outra novidade importante. Trata-se da possibilidade ampla de saneamento de falhas de documentação no curso do procedimento nos prazos fixados no edital, na forma do art. 12, IV, da Lei 11.079/2004.

Trata-se de novidade que relativiza a vedação constante no § 3.º do art. 43 da Lei 8.666/1993, norma que permite apenas a apresentação de esclarecimentos sobre documentos constantes do procedimento e veda a inclusão de novos documentos.

O saneamento de falhas nas licitações para contratação de PPPs confirma que o formalismo deve ser moderado, de forma a não prejudicar a contratação de propostas mais vantajosas por equívocos formais que não contaminam substancialmente.

A correção de falhas pode ocorrer em relação a qualquer ato praticado no certame, mas deve ser utilizado com parcimônia, em estrita observância dos princípios da isonomia, da razoabilidade e da boa-fé, entre outros.

2.6. LICITAÇÃO NOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Os entes federados podem unir esforços para o atendimento de objetivos comuns por meio da celebração do contrato de consórcio público, na forma da Lei 11.107/2005.

Nesse caso, os entes consorciados deverão instituir pessoa jurídica de direito público (associação pública ou consórcio público de direito público) ou de direito privado (consórcio público de direito privado) para gestão e execução dos objetivos constantes do contrato de consórcios (art. 1.º, § 1.º, e art. 6.º da Lei 11.107/2005).

A pessoa jurídica, nesse caso, integrará a Administração indireta dos entes consorciados: a associação pública, como espécie de autarquia, e a pessoa jurídica de direito privado, como espécie de fundação estatal de direito privado ou como espécie de empresa pública prestadora de serviços públicos.[58]

Durante a vigência do contrato, a pessoa jurídica mencionada editará atos e celebrará contratos necessários à efetivação do contrato de consórcio. Em relação aos contratos, por óbvio, a regra será a necessidade de realização prévia do procedimento licitatório.

Vale destacar, no entanto, que as licitações promovidas pelos consórcios públicos possuem regras próprias, que serão destacadas a seguir, especialmente em razão das alterações promovidas na Lei 8.666/1993 pelo art. 17 da Lei 11.107/2005.

2.6.1. Valores diferenciados para escolha da modalidade de licitação (art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993)

A primeira novidade que merece destaque é o acréscimo do § 8.º ao art. 23 da Lei 8.666/1993, que aumentou os limites dos valores necessários à escolha de modalidade licitatória (concorrência, tomada de preços e convite). Dispõe a referida norma: “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".

Assim, por exemplo, se um ente federado, isoladamente, pretender contratar a prestação de serviços, que não sejam de engenharia, no montante de até R$ 80.000,00, poderá utilizar a modalidade convite, na forma do art. 23, II, "a", da Lei 8.666/1993.[59]

No caso do consórcio público, formado por até três entes federados, o convite pode ser utilizado nas contratações com valor estimado de até R$ 160.000,00. Se formado por mais de três entes, o valor do convite será de R$ 240.000,00.

2.6.2. Nova hipótese de dispensa de licitação (art. 24, XXVI, da Lei 8.666/1993)

A segunda novidade refere-se à instituição de nova modalidade de dispensa de licitação no rol do art. 24 da Lei 8.666/1993 que, no inciso XXVI, prevê agora a possibilidade de celebração direta de contrato de programa entre o consórcio e o ente da Federação ou com entidade da Administração indireta.

O contrato de programa, regulado no art. 13 da Lei 11.107/2005, tem por objeto a definição das

> [...] 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.

É possível concluir, portanto, pela existência de dois contratos de programa: a) contrato celebrado pelo ente federado com o consórcio público (de direito público ou de direito privado); e b) contrato ajustado entre entes federados.

O art. 24, XXVI, da Lei 8.666/1993 parece não mencionar apenas o contrato de programa firmado entre entes federados, independentemente da formalização

do contrato consórcio. Entendemos que, mesmo nesse caso, o referido contrato de programa não seria precedido de licitação, pois trata-se de espécie do gênero convênios.

2.6.3. Valores diferenciados para dispensa de licitação (art. 24, § 1.º, da Lei 8.666/1993)

A terceira novidade é a ampliação dos valores para dispensa da licitação nos contratos firmados pelos consórcios públicos. Isto porque o § 1.º do art. 24 da Lei 8.666/1993 determina que os consórcios públicos podem dispensar a licitação para as contratações com valor estimado de até 20% dos limites fixados nos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei de Licitações.

Da mesma forma que ocorre com as agências executivas e as empresas estatais, os consórcios públicos podem celebrar, sem licitação, contratos com valores estimados maiores (dobrados) do que aqueles celebrados pela Administração em geral.

Isto não quer dizer, a nosso sentir, que os valores para fins de dispensa sejam exatamente os mesmos para essas entidades, uma vez que, no caso dos consórcios, o art. 24 deve ser interpretado em conjunto com o art. 23, I, "a", II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações.

Os valores, que devem ser considerados pelas entidades administrativas em geral para definição da modalidade e para eventual dispensa de licitação, são aqueles constantes do art. 23, I e II, da Lei 8.666/1993.

Ocorre que tais valores nunca serão utilizados pelos consórcios, uma vez que o art. 23, § 8.º, da Lei 8.666/1993 impõe a duplicação ou a triplicação dos valores, dependendo do número de entes consorciados.

Os exemplos abaixo servem para facilitar a compreensão da tese aqui defendida:

a) caso 1: consórcio público, formado por até três entes, pretende contratar serviços, que não sejam de engenharia. Nesse caso, o valor para o convite

é dobrado, ou seja, R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). A dispensa da licitação, nesse caso, é possível para contratações com valor estimado de até 20% sobre esse valor (art. 24, § 1.º, c/c art. 23, II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações), perfazendo o total de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais);

b) caso 2: consórcio público, formado por mais três entes, instaura procedimento licitatório para contratar os mesmos serviços citados no caso acima. Nessa hipótese, o valor normalmente utilizado para o convite é triplicado, perfazendo o total de R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Em consequência, a dispensa da licitação é possível para contratações com valor estimado de até 20% sobre esse valor (art. 24, § 1.º, c/c art. 23, II, "a" e § 8.º, da Lei de Licitações), perfazendo o total de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais).

Por fim, vale mencionar que o art. 26 da Lei 8.666/1993 foi modificado tão somente para se amoldar às alterações implementadas por leis específicas a partir de 2004, inclusive a Lei 11.107/2005, já que, na redação anterior, esse artigo fazia menção aos incisos III a XXIV do art. 24, sendo certo que, agora, existem outros incisos que admitem a dispensa de licitação.[60]

2.6.4. Licitação compartilhada (art. 112 da Lei 8.666/1993)

A última novidade importante que merece destaque é a instituição da denominada "licitação compartilhada" no art. 112 da Lei 8.666/1993.

Os consórcios públicos estão autorizados a realizarem licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados, na forma do art. 112, § 1.º, da Lei 8.666/1993.

Em sentido semelhante, o art. 19 do Decreto 6.017/2007, que regulamenta a Lei 11.107/2005, dispõe:

> Os consórcios públicos, se constituídos para tal fim, podem realizar licitação cujo edital preveja contratos a serem celebrados pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, nos termos do § 1.º do art. 112 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

O objetivo da legislação é permitir a realização de um único certame pelo consórcio do qual decorram contratos celebrados pelos entes consorciados. Ao concentrar em uma única licitação quantitativos maiores que serão contratados, a tendência, com esse ganho de escala, é a redução de preços pelos licitantes interessados, em consonância com o princípio da economicidade.

2.7. LICITAÇÃO NO TERCEIRO SETOR: ASPECTOS POLÊMICOS

2.7.1. Terceiro Setor: visão geral

A expressão “Terceiro Setor” refere-se às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceria com o Estado.

É possível afirmar que o “Primeiro Setor” é o Estado (Entes federados e entidades da Administração Pública Indireta); o “Segundo Setor” é o mercado (entidades privadas com fins lucrativos, tais como os concessionários e os permissionários de serviços públicos); e o “Terceiro Setor” é a sociedade civil (associações e fundações privadas que formalizam parcerias com o Poder Público).[61]

Na parceria com o Terceiro Setor, o Estado exerce a sua tradicional atividade de fomento, estabelecendo incentivos (recursos orçamentários, cessão de bens, entre outros previstos em lei) às entidades privadas, sem fins lucrativos, que desempenham atividades relevantes para a coletividade.

É possível mencionar, exemplificativamente, as seguintes entidades

integrantes do Terceiro Setor:

a) **“Serviços Sociais Autônomos” (Sistema “S”):** criados por Confederações privadas (Confederação Nacional do Comércio – CNC – e da Indústria – CNI),[62] após autorização legal,[63] para exercerem atividade de amparo a determinadas categorias profissionais e destinatários de contribuições sociais, cobradas compulsoriamente da iniciativa privada, na forma do art. 240 da CRFB;
b) **“Organizações Sociais” (“OS”):** as entidades privadas, qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei Federal 9.637/1998,[64] celebram “contrato de gestão” com o Estado para cumprimento de metas de desempenho e recebimento de benefícios públicos (ex.: recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos, cessão especial de servidores públicos); e
c) **“Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público” (“OSCIP”):** as OSCIPs celebram termo de parceria com o Estado, na forma da Lei Federal 9.790/1999, para atendimento de metas e recebimento de benefícios públicos.

As entidades do Terceiro Setor possuem as seguintes características comuns: a) são criadas pela iniciativa privada; b) não possuem finalidade lucrativa; c) não integram a Administração Pública indireta; d) prestam atividades privadas de relevância social; e) possuem vínculo legal ou negocial com o Estado; f) recebem benefícios públicos.

As polêmicas em relação ao regime jurídico do Terceiro Setor são justificadas pelo caráter híbrido das respectivas entidades que são “públicas”, por executarem atividades sociais e receberem benefícios públicos, mas “não estatais”, pois não integram formalmente a Administração Pública.

A parceria com o Estado influencia no regime jurídico aplicável ao Terceiro Setor, tornando aplicáveis, quando expressamente previsto no ordenamento, normas de caráter público, o que tem gerado controvérsias no âmbito da doutrina

e da jurisprudência.[65]

Quanto ao tema da aplicação das regras de licitação ao Terceiro Setor, a análise deve levar em consideração duas questões distintas: a) formalização da parceria (contrato de gestão e termo de parceria); e b) utilização de recursos públicos nas contratações realizadas pelas entidades do Terceiro Setor com terceiros.

2.7.2. Obrigatoriedade de processo objetivo de seleção para celebração do contrato de gestão e do termo de parceria

A primeira questão polêmica envolve a eventual obrigatoriedade de licitação para escolha da "OS" e da "OSCIP", que formalizarão, respectivamente, o contrato de gestão e o termo de parceria. Sobre o tema, é possível apontar dois entendimentos:

1.º entendimento: obrigatoriedade de licitação. Nesse sentido: Marçal Justen Filho.[66]

2.º entendimento: inaplicabilidade da licitação, uma vez que os contratos de gestão e os termos de parceria são verdadeiros convênios, caracterizados pela busca de interesses comuns dos partícipes, sendo certo que a regra da licitação é direcionada aos contratos administrativos. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho e TCU.[67]

Concordamos com a segunda posição. A licitação é aplicável aos contratos administrativos, e não aos convênios (art. 37, XXI, da CRFB e art. 2.º da Lei 8.666/1993). Nesse sentido, o art. 116 da Lei 8.666/1993 determina a aplicação das normas de licitação aos convênios apenas "no que couber". Ora, se os convênios e os contratos fossem sinônimos, não faria sentido a ressalva feita pelo legislador, dado que o tratamento jurídico seria o mesmo.[68]

Todavia, a ausência de licitação formal não afasta a necessidade de obediência aos princípios constitucionais, notadamente a impessoalidade e a

moralidade, na celebração de convênios com entidades privadas do Terceiro Setor.[69]

Em consequência, caso existam várias entidades potencialmente interessadas no contrato de gestão ou no termo de parceria, deve o Poder Público estabelecer procedimento administrativo prévio para a escolha da entidade beneficiária do convênio, sob pena de violar a igualdade.

A tese aqui defendida foi consagrada no art. 23 do Decreto 3.100/1999, com redação conferida pelo Decreto 7.568/2011, que regulamenta a Lei 9.790/1999, que prevê a obrigatoriedade do denominado "concurso de projetos" como forma de restringir a subjetividade na escolha da "OSCIP", garantindo o cumprimento dos princípios da igualdade e da eficiência.[70]

Vale ressaltar que o art. 4.º do Decreto 6.170/2007 dispõe que a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas, sem fins lucrativos, será precedida de chamamento público, a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste (art. 4.º do Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011).[71]

A obrigatoriedade do chamamento público, defendida nas edições anteriores desta obra, foi consagrada nos arts. 2.º, XII, 16, 17 e 23 a 32 da Lei 13.019/2014, que trata do regime jurídico das parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (OSCs).

2.7.3. A controvérsia a respeito da necessidade de licitação nas contratações com dinheiro público pelo Terceiro Setor

A segunda questão controvertida refere-se à necessidade de licitação para contratações realizadas por entidades do Terceiro Setor (Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) com dinheiro público. Existem três entendimentos doutrinários sobre o assunto:

1.º entendimento: desnecessidade de licitação. Seria inconstitucional a inclusão das "entidades controladas direta ou indiretamente" pela Administração Direta e Indireta no rol dos destinatários da regra da licitação (arts. 1.º, parágrafo único, e 119 da Lei 8.666/1993), tendo em vista a impossibilidade de interferência estatal (art. 5.º, XVII, da CRFB), salvo nos casos expressamente autorizados pelo próprio texto constitucional, não sendo referida qualquer exceção no tocante à exigência de licitação. A Lei 8.666/1993 não poderia ampliar o rol de destinatários da regra constitucional da licitação, que menciona apenas as entidades da Administração Pública, não incluídas as entidades privadas do Terceiro Setor. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto.[72]

2.º entendimento: necessidade de licitação para as contratações realizadas pelo Terceiro Setor, inseridas na expressão "demais entidades controladas direta ou indiretamente" pela Administração Direta, contida no art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. A Constituição menciona as entidades da Administração como destinatárias da licitação, mas não impede a menção legal a outras pessoas que possuem vínculos formais com o Poder Público. Essa orientação foi consagrada no art. 1.º, § 5.º, do Decreto 5.504/2005.[73] Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho.[74]

3.º entendimento: desnecessidade de licitação na forma da Lei 8.666/1993, mas obrigatoriedade de realização de procedimento simplificado, previsto pela própria entidade privada, que assegure o respeito aos princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade etc.). Essa é a exigência contida nos arts. 17 da Lei 9.637/1998 e 14 da Lei 9.790/1999, que estabelecem a necessidade de edição de regulamentos próprios, respectivamente, pela "OS" e pela "OSCIP", contendo os procedimentos que tais entidades devem adotar "para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público". Nesse sentido: TCU.[75]

Conforme manifestação em estudo anterior sobre o tema, entendemos que a razão está com o terceiro entendimento.[76] A interpretação moderada da questão

evita o engessamento das entidades privadas, que seria causado pela aplicação da Lei 8.666/1993, mas garante a observância dos princípios constitucionais por meio da exigência de procedimento simplificado e objetivo para contratações realizadas com dinheiro público repassado.

Aliás, essa solução foi consagrada na legislação especial (arts. 17 da Lei 9.637/1998 e 14 da Lei 9.790/1999), devendo ser considerada ilegal a exigência de realização de pregão, preferencialmente na forma eletrônica, prevista no art. 1.º, § 5.º, do Decreto 5.504/2005, posto que a legislação remete às entidades, e não ao chefe do Executivo, a atribuição para a criação de procedimentos adequados na contratação de terceiros. O chefe do Executivo, portanto, ao editar o decreto em comento, exorbitou do seu poder regulamentar na parte em que exigiu a realização de licitação, na modalidade pregão, às Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

A tese aqui sustentada foi consagrada no art. 43 da Lei 13.019/2014, que exigiu a elaboração de regulamento para compras e contratações realizadas pelas entidades privadas parceiras com a utilização de recursos públicos, devendo ser observados os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo, e a busca permanente de qualidade e durabilidade.

2.8. A FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS LICITAÇÕES E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL – O REGIME JURÍDICO INTRODUZIDO PELA LEI 12.349/2010[77]

2.8.1. Introdução

O presente ensaio tem por escopo destacar uma não tão “nova” visão do instituto da licitação: a função regulatória da licitação. Atualmente, esse

processo seletivo realizado pelo Poder Público, especialmente após as recentes alterações legislativas, prestar-se-á tanto a orientar as contratações administrativas quanto a viabilizar a implementação de valores constitucionais.

Tal tendência foi vislumbrada, há muito, por autores de vanguarda, que se encontravam à frente do seu tempo.[78] No entanto, agora, essa "nova" função da licitação – considerada, por alguns, como atípica – se apresenta como uma das principais diretrizes da atual política de governo; visa-se, por meio do "Poder de Compra Estatal", fomentar o crescimento econômico do País, notadamente pelo desenvolvimento da indústria nacional.

O exame se justifica na medida em que todas as entidades da Administração Pública Brasileira (União, Estados e Municípios) destinam um significativo volume de recursos públicos à aquisição de bens e serviços necessários ao desenvolvimento de suas atividades.

Daí a necessidade de destacar a legitimidade da utilização deste "Poder de Compra" do Estado no exercício das atividades de fomento e de regulação de mercados (espécies de intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, previstas no art. 174 da CRFB) em atendimento ao dever de garantir o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, previsto no art. 3.º, inciso II, da Carta Constitucional.

Para tal desiderato, discorrer-se-á, inicialmente, acerca da função regulatória da licitação, delineando as suas principais características, bem como trazendo exemplos da legislação pátria que já consagram este conceito; após, serão examinados os fundamentos axiológicos da atual tendência de contratações públicas, estabelecendo-se relação entre os fundamentos do pluralismo jurídico e o Direito Administrativo Pós-positivista com essa nova concepção da licitação; por fim, serão destacadas as principais inovações trazidas pela MP 495/2010, posteriormente convertida na Lei 12.349/2010, como uma das principais manifestações legislativas dessa tendência.

2.8.2. A função regulatória da licitação

O procedimento administrativo licitatório visa a selecionar, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Por se tratar de um procedimento administrativo, esse encadeamento de atos está adstrito à busca da verdade real;[79] significa que, diferentemente do processo judicial, que deve se ater à verdade formal, constante nos autos, o referido procedimento não pode desconsiderar os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico.

Daí poder-se afirmar que, em mercados monopolizados (ou oligopolizados), dominados por poucos agentes econômicos, não há efetiva competição.[80] Por consequência, sem competição, não há que falar na validade de procedimentos licitatórios,[81] pois a inexistência de concorrência em um mercado no qual, a princípio, ela fosse possível indica haver alguma falha a ser corrigida.

Com base nesse fundamento e no princípio da economicidade (previsto no art. 70 da CFRB), é que o Estado intervém na economia,[82] por meio da formatação de procedimentos licitatórios, de modo a evitar a dominação de mercados, dando pleno atendimento ao disposto no art. 173, § 4.º, da Constituição da República.

O objeto dessa intervenção é corrigir "falhas no seu mercado"[83] de contratação, especialmente a existência de barreiras à entrada de novos competidores em mercados dominados. Com isso, o procedimento licitatório será palco da efetiva concorrência entre os licitantes, propiciando contratações mais econômicas para a Administração Pública.

Essa é a ótica pela qual o instituto da licitação deve ser analisado. Afinal, a licitação – tal como a concorrência[84] – não é um fim em si, mas um instrumento[85] para que a Administração selecione a melhor proposta dentro de um mercado livre de concentrações econômicas.

Entretanto, não é só. A licitação, atualmente, tem servido para outras finalidades.

Trata-se da denominada "função regulatória da licitação".[86] Por esta teoria, o

instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente.

Vários são os exemplos de políticas setoriais que vêm se utilizando da licitação (do poder de compra do Estado) para concretizar outros valores, dentre os quais destacam-se a proteção do meio ambiente, o tratamento diferenciado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte e, de maior relevo para os fins do presente estudo, o fomento ao desenvolvimento tecnológico no País.

A sustentabilidade ambiental já se encontra incorporada às licitações públicas, em prol da efetivação dos arts. 170, VI, e 225, ambos da Constituição da República. Para tanto, ainda em 2009, foi editada a Lei 12.187, que pretende se valer do poder de compra do Estado como ferramenta útil à implementação da política de mudanças climáticas.[87]

As "licitações verdes" ou "contratos públicos ecológicos" *(Green Public Procurement)* representam tendência consagrada no Direito Comunitário Europeu que exige a utilização da contratação pública para implementação de políticas públicas ambientais.[88]

Após, e com fundamento neste diploma normativo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou, em 19.01.2010, a Instrução Normativa 01, que "dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional".[89]

Nessas hipóteses excepcionais, chega-se a admitir, inclusive, que o Estado pague preço maior na aquisição de bens e serviços, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento sustentável.

No que tange ao tratamento diferenciado para as microempresas e as empresas de pequeno porte, cite-se a instituição Lei Complementar 123, de 14.12.2006, que, visando a implementar o princípio da isonomia, na sua vertente

material, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição, trouxe uma série de vantagens para estas sociedades nos procedimentos licitatórios.

Mencione-se, como exemplo desse regime diferenciado para essas sociedades, a possibilidade de as microempresas e empresas de pequeno porte participarem de licitações com débitos fiscais,[90] além da criação de uma situação de empate ficto com as empresas de grande porte, mesmo quando estas apresentam propostas econômicas mais vantajosas.[91]

Existem, ainda, várias outras hipóteses que consagram a Teoria da Função Regulatória das Licitações, sendo lícito mencionar, como exemplos já previstos na Lei 8.666/1993, a possibilidade da contratação direta de cooperativas de catadores de lixo[92] ou de associações de deficientes físicos.[93]

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, da mesma forma, o Decreto 33.925, de 18.02.2003, prevê a obrigatoriedade da contratação de deficientes.[94]

Todas essas hipóteses almejam resguardar, por meio do procedimento licitatório, valores consagrados na Constituição da República.

Mais recentemente, a Lei 8.666/1993 foi alterada pela Lei 12.349, de 15.12.2010, que, expressamente, atrela o conceito de melhor proposta para a Administração à promoção do desenvolvimento nacional sustentável (às peculiaridades desse regime voltar-se-á adiante).

Todas essas alterações, que são manifestações da função regulatória das licitações, decorrem da atual tendência pluralista do ordenamento jurídico, a seguir delineada.

2.8.3. O Direito Administrativo pós-positivista, pluralismo e a legitimidade das licitações públicas: efetivação do desenvolvimento nacional

A atuação administrativa, no âmbito do novo Direito Administrativo pós-positivista, marcado pela constitucionalização e centralidade dos direitos

fundamentais, deve ser pautada pela promoção dos valores pluralísticos consagrados na Constituição.[95]

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, nesse contexto, passam a ter posição de destaque na ordem constitucional,[96] visto que as Constituições procuram valer-se, cada vez mais, dos princípios como forma de amoldar, nos seus textos, interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.

Um dos fatores determinantes para mudança de paradigma na atuação administrativa foi a consagração de interesses heterogêneos no texto constitucional que legitimam a atuação do denominado "Estado pluriclasse".[97]

A homogeneidade dos interesses – característica típica do Estado Liberal burguês, que deveria atender às necessidades de uma classe dominante (a burguesia) e que estabelecia o voto censitário – cede espaço para a heterogeneidade dos interesses existentes na complexa sociedade atual. A consagração do sufrágio universal possibilita a participação política de grupos sociais até então excluídos e a defesa/promoção dos seus interesses.

Não existe, destarte, um único interesse público, mas, sim, diversos interesses públicos, eventualmente conflitantes, que devem ser protegidos no Estado Democrático de Direito, marcado pelo pluralismo. Na lição de Karl Loewentein:

> Si existe un rasgo esencial que dé un cuño característico a la sociedad de masas de la época tecnológica es, sin duda, el de su fundamento y dinamismo pluralista. [...] De los detentadores oficiales del poder se espera que por medio de sus decisiones políticas armonicen los intereses contrapuestos de los grupos pluralistas en beneficio común de la sociedad.[98]

No âmbito das licitações e das contratações públicas, o Pluralismo demonstra que a atuação do Poder Público não pode ser pautada, exclusivamente, pela economicidade. Ao contrário, a legitimidade da atuação estatal dependerá da efetivação de outros princípios constitucionais.

É oportuno ressaltar que a própria ideia de eficiência não se confunde com a de economicidade, posto que a eficiência não pode ser analisada, exclusivamente, sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc.

Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente ("o barato pode custar caro"). Aliás, o art. 45 da Lei 8.666/1993, que dispõe sobre os tipos de licitação, prevê a possibilidade de utilização de critérios técnicos para definição da proposta mais vantajosa.

O princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CRFB, relaciona-se com a concretização das finalidades estatais elencadas pelo texto constitucional e, por consequência, com a satisfação das necessidades da população.[99]

Desta forma, a medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados consagrados nos textos normativos ("Administração de Resultados").[100]

Nesse sentido, posiciona-se Humberto Ávila, ao afirmar que "a medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente." Na lição do autor, a atuação administrativa é eficiente quando "promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos". Não basta a utilização dos meios adequados para promover os respectivos fins; mais do que a adequação, a eficiência "exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração".[101]

Por esta razão, a função regulatória da licitação pressupõe o atendimento não apenas dos valores econômicos, mas, também, dos valores sociais, ambientais, entre outros.

Nesse contexto, o desenvolvimento nacional sustentável, com a previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais, representa uma finalidade legítima do processo licitatório.

Registre-se que a revogação do art. 171 da CRFB pela EC 6/1995, que

estabelecia a possibilidade de tratamento preferencial às empresas brasileiras de capital nacional, não impede a fixação de preferência para os produtos e serviços nacionais.

Não se trata, pois, de diferenciação inconstitucional, de caráter xenófobo.

A revogação do art. 171 do corpo da Constituição apenas fixou que a atribuição ou não de preferência a produtos nacionais não é matéria a ser tratada em sede constitucional, atribuindo-se, portanto, à legislação ordinária competência para tanto.

Ademais, não há que falar em conflito entre a política de Estado, delineada pela aludida emenda constitucional, que suprimiu os privilégios conferidos às empresas brasileiras de capital nacional, com a atual política de Governo, que privilegia a indústria nacional.

Há, tão somente, um conflito aparente de normas. Afinal, tendo em vista o princípio da Unidade da Constituição, não há que falar em conflito entre normas constitucionais.[102] Afinal, ambas as políticas (de Estado e de Governo) possuem *status* constitucional, uma vez que conferir tratamento privilegiado às empresas nacionais tem amparo em uma política de Estado previamente delineada pela Constituição da República. Senão, vejamos.

O art. 3.º, II, da CRFB consagra o "desenvolvimento nacional" como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

O desenvolvimento de um país, é bom que se registre, não está restrito, somente, ao seu crescimento econômico.[103]

Muito ao contrário, o "direito ao desenvolvimento" comporta a conjugação de diversos outros fatores que materializam liberdades substanciais, por exemplo, o aumento da qualidade de vida dos cidadãos, o incremento da liberdade política, a promoção da inovação tecnológica e o aumento da adequação/funcionalidade das instituições. Nesse sentido, confiram-se os ensinamentos de Amartya Sen:[104]

> O enfoque nas liberdades humanas contrasta com as visões mais restritas

> de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. [...] Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração neste objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida.

Da mesma forma, o art. 174, § 1.º, da CRFB remete ao legislador a competência para fixar "as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".

Por fim, o mercado interno, na forma do art. 219 da CRFB, integra o patrimônio nacional e "será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

Daí por que Marcos Juruena Villela Souto já sustentava que o tratamento diferenciado dispensado às empresas nacionais, nos procedimentos licitatórios, é possível, mesmo após o advento da EC 6/1995, tendo em vista o disposto nos arts. 172 e 219 da CRFB. Nas palavras do autor:

> Com efeito, a norma de desempate trata do capital estrangeiro quando em competição com o capital nacional, que aqui gera empregos, tecnologia e a decisão sobre repartição e investimento de lucros. A preferência é norma de fomento do mercado interno, na forma do art. 219, CF.[105]

Esta também é a orientação defendida por Carlos Pinto Coelho Motta:

> Sob esse ângulo, não mais diríamos que o processo licitatório visa unicamente selecionar o contrato mais vantajoso para suprimento do setor público. Esta seria uma definição pobre, mesmo considerando os princípios da eficiência e da economicidade balizadores do instituto. A consciência do

momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do País, nos precisos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável de "fomento", decisiva para o tempo econômico atual.[106]

O fomento[107] à indústria nacional, por meio da celebração de contratos administrativos, não é uma novidade estranha à regulação.

Tanto assim o é que os contratos de concessão para a exploração de petróleo – disciplinados no art. 26 da Lei 9.478/1997 –, por exemplo, preveem a obrigatoriedade da cláusula de Conteúdo Local, segundo a qual o concessionário que vier a explorar jazida petrolífera será obrigado a declarar que um percentual dos seus fornecedores de bens e de mão de obra é de origem nacional.[108]

Ora, se, no âmbito da regulação jurídica, os contratos de concessão já são utilizados para a promoção da indústria nacional, não há razão – lógica ou jurídica – que não legitime a formatação de procedimentos licitatórios com o mesmo desiderato.

Destarte, fixada a premissa de que a função regulatória da licitação possibilita a promoção de finalidades extraeconômicas nas contratações públicas, como é o caso do desenvolvimento nacional sustentável, o próximo passo é a análise das principais novidades introduzidas pela Lei 12.349/2010.

2.8.4. As principais inovações trazidas pela Lei 12.349/2010

A primeira alteração de relevo trazida pela Lei 12.349, de 15.12.2010, foi a inclusão, no art. 3.º da Lei 8.666/1993, do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, entre os princípios setoriais das licitações públicas.[109]

Com base na linha argumentativa suscitada no tópico anterior, que trouxe fundamentos axiológicos do pós-positivismo e do pluralismo jurídico que justificam a função regulatória da licitação, entende-se que esta inclusão se

apresenta legítima para a implementação dessa nova diretriz às contratações públicas,[110] visto que não apresenta mais ares de novidade a força normativa e cogente dos princípios jurídicos previstos na Constituição,[111] o que, a toda evidência, contribuirá para dar efetividade às novas alterações legislativas.

Mais do que isso. Ao se acrescentar um princípio desse jaez no rol do art. 3.º, não há dúvida de que tal mandamento de otimização servirá como um norte interpretativo para a Lei 8.666/1993.

Dito de outro modo, não só as alterações legislativas trazidas pelo novel diploma devem ser interpretadas com base no princípio do dever de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como todos os dispositivos da Lei de Geral de Licitações e Contratos.[112]

Um exemplo ilustra o ponto: o art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993 preceitua que serão desclassificados os licitantes

> [...] com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Este dispositivo, certamente, deverá ser interpretado de uma forma mais flexível para empresas que se utilizam de insumos nacionais.

Afinal, não faria qualquer sentido, com base nessa nova diretriz das contratações públicas, que um licitante, ao se utilizar, por exemplo, de produtos manufaturados nacionais, fosse desclassificado de um certame, ao argumento de que sua proposta é inexequível, caso os custos dos insumos nacionais sejam infimamente inferiores aos insumos alienígenas.

Essa legítima desequiparação em favor dos licitantes que adquiram insumos nacionais só poderá ocorrer – e isso é evidente – se não acarretar nenhum prejuízo à viabilidade econômica da contratação.

O importante é deixar assentada, nesse passo, a função interpretativa que esse novo princípio deve exercer em todo o regime de contratações públicas.

O referido diploma normativo estabeleceu, ainda, que podem ser previstas, nas licitações públicas, margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras.[113]

Essa margem de preferência para os bens e produtos nacionais deve levar em consideração critérios como geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação tributária, o desenvolvimento e inovação tecnológicos realizados no País e custo adicional dos produtos e serviços, tudo na forma prevista no § 6.º do art. 3.º da Lei 8.666/1993, com a redação conferida pela Lei 12.349/2010.

Tal margem de preferência, segundo o disposto no art. 2.º, incisos I e II, do Decreto 7.546, de 02.08.2011, que regulamenta o disposto nos §§ 5.º a 12 do art. 3.º da Lei 8.666/1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas, pode ser normal ou adicional.

A margem de preferência normal diz respeito ao diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros; a margem adicional, por sua vez, será cumulada com aquela, levando em conta o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, o que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais.

Tais critérios de preferência encontram fundamento de validade no art. 218 da Constituição da República, cujos termos são os seguintes: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Do mesmo modo, tais diferenciações se compatibilizam com as diretrizes traçadas pela Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Nesse sentido, o art. 20 do referido diploma estabelece uma espécie de "reserva de mercado", no âmbito de órgãos e entidades da Administração Pública, para as empresas nacionais que exerçam atividades relacionadas ao desenvolvimento tecnológico.[114] Confira-se, por relevante, o seu teor:

> 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 [...].

A preocupação da política de desenvolvimento de um país, com a redução da dependência estrangeira no setor de desenvolvimento científico e tecnológico, é abordada, na seguinte passagem, por Gilberto Bercovici:[115]

> O objetivo de uma política de desenvolvimento científico e tecnológico também é reduzir a necessidade de tecnologia importada e fortalecer as atividades científico-tecnológicas nacionais. A coordenação destes esforços de expansão e reorientação das atividades científicas pode favorecer a transformação do setor produtivo nacional e melhorar a capacidade do país em importar e assimilar adequadamente a tecnologia estrangeira.

Prossegue o autor, citando Francisco Sagasti[116]

> A autonomia tecnológica de um país diz respeito à sua capacidade potencial autônoma de produzir internamente os bens e serviços essenciais para sua estratégia de desenvolvimento nacional. Sagasti destaca, no entanto, que esta ideia de autonomia tecnológica se aplica, de modo geral, para a ciência também, embora ninguém possa depender apenas de si mesmo em termos científicos. A autonomia científica está ligada à necessidade de a

ciência fornecer a base para a autonomia tecnológica.

Nem se diga que a citada preferência poderia representar violação ao princípio da isonomia. O discrímen feito pela lei encontra fundamento razoável de validade na própria subjacência fática que ensejou a edição da norma.

O momento atual da economia do País – que vem exigindo, cada vez mais, o constante incremento dos investimentos em infraestrutura e na autossustentabilidade tecnológica do País – traz consigo a necessidade do fortalecimento da indústria nacional.

Essas medidas, na verdade, consagram o ideal da implementação do princípio da isonomia, na sua vertente material, isto é, tratar de forma desigual as situações, na medida em que se desigualam,[117] posto que o contexto macroeconômico que, outrora, era de abertura da economia para capital estrangeiro, atualmente, diversamente, indica a necessidade de fortalecimento do mercado endógeno.

Essa sistemática atende, na mesma medida, ao princípio da proporcionalidade,[118] nas suas três vertentes, a saber: (i) a medida é adequada, uma vez que se utiliza da função regulatória da licitação para formatar mercados, em prol o desenvolvimento do mercado nacional; é necessária, pois estabelece uma margem de preferência, que pode, inclusive, ser superada, em casos excepcionais, mas que não inviabiliza a participação de empresas estrangeiras nos procedimentos licitatórios pátrios; e proporcional em sentido estrito, na medida em que traz mais benefícios do que malefícios para as contratações administrativas, tendo em vista os consideráveis ganhos científicos e de desenvolvimento tecnológico que poderão ser angariados pelo País.

Enfim, trata-se, como já destacado, de uma tendência que permeia as contratações administrativas, no sentido de utilizar o “Poder de compra do Estado”, sob o viés de uma função regulatória da licitação, como um instrumento propulsor do desenvolvimento nacional.

Segundo o § 10, introduzido no art. 3.º da Lei 8.666/1993, as referidas margens de preferência poderão ser estendidas, total ou parcialmente, aos bens e

serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Trata-se de dispositivo que vai ao encontro das diretrizes traçadas pelo Protocolo de Contratações públicas do MERCOSUL (MERCOSUL/CMC/DEC. 40/2003), instrumento que considera que "o marco normativo comum para as licitações públicas dos Estados Partes representam um passo fundamental para a devida transparência nos processos de Compras Governamentais", em especial o seu art. 25, item 6, que possui o seguinte teor:

> 6. As ofertas de bens, serviços e obras públicas dos Estados Partes gozarão de uma preferência nas contratações públicas com respeito às de extrazona. Essa preferência se fará efetiva através da oportunidade concedida aos beneficiários do presente Protocolo de igualar a melhor oferta, mantidas como mínimo as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre e quando a diferença entre estas não seja superior a 3% (três por cento), conforme o critério de avaliação das ofertas.

Do mesmo modo, o referido parágrafo está amparado no conceito de "direito administrativo global".[119] Trata-se de uma nova concepção do direito administrativo, segundo a qual, em decorrência da mundialização da economia, esse ramo deve se adequar às diretrizes – normativas e principiológicas – traçadas por blocos econômicos transnacionais.[120]

O Decreto 7.546/2011, ao regulamentar o referido regime de preferência, preceitua, em seu art. 3.º, § 2.º, que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e demais poderes da União estão livres para estabelecer diferentes regimes de preferência, sendo facultado às entidades menores (Estados e Municípios) adotar as margens de preferências estabelecidas pelo Poder Executivo Federal.

Andou bem, nesse particular, o referido instrumento regulamentar, posto que, ao possibilitar que cada entidade da federação estabeleça o seu próprio regime de preferência, preservou o princípio federativo (previsto no art. 18 da CRFB), na medida em que não invade a autonomia administrativa das demais entidades

federadas.

Além disso, o referido diploma faz com que essa nova sistemática não extrapole os limites da competência da União para a edição de normas gerais – as quais, é bom que se registre, se limitam a trazer diretrizes principiológicas para a produção normativa suplementar – em licitações e contratos, previstas no art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República.

Cabe registrar que a necessidade de garantir o "desenvolvimento nacional sustentável" não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros; e (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo.[121]

Nos termos do § 11 do art. 3.º da Lei 8.666/1993, incluído pela Lei 12.349/2010, as autoridades administrativas poderão, mediante apresentação de prévia justificativa, incluir nos editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras exigência de que o futuro contratado deva promover, em favor de determinado órgão ou entidade integrante da administração pública ou qualquer instituição por ela indicada a partir de processo isonômico, (i) medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou (ii) acesso a condições vantajosas de financiamento. Tais medidas poderão ser demandadas cumulativamente ou não, obedecida a forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

Nesse sentido, coube ao art. 2.º, III, do Decreto 7.546/2011 explicitar quais devem ser as medidas de "compensação industrial, comercial ou tecnológica". Confira-se:

> Qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados, entre outras formas como (a) coprodução, (b) produção sob licença, (c) produção subcontratada, (d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica, (e) transferência de tecnologia, (f) obtenção de materiais e meios auxiliares de

instrução, (g) treinamento de recursos humanos, (h) contrapartida comercial, ou (i) contrapartida industrial.

Não se trata, pois, de novidade no ordenamento jurídico pátrio. A exigência de práticas compensatórias é uma decorrência do estabelecimento de um regime de privilégio em favor de particulares. Como exemplo, cite-se a previsão do estabelecimento de compensação financeira pela exploração de recursos naturais,[122] prevista no art. 20, § 1.º, da Constituição da República:

> Art. 20. [...]
> § 1.º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Ainda objetivando dar efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, acrescentou-se o inciso XXI ao art. 24 da Lei 8.666/1993, trazendo uma nova hipótese de licitação dispensável, na qual é levada à discricionariedade do gestor público a possibilidade de se utilizar da contratação direta para fomentar 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.[123]

Pretende-se, com isso, estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação.

Ademais, poderá o Poder Público contratar sem licitação Instituição Científica e Tecnológica (ICT)[124] que (i) compartilhe 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, ou que (ii) permita 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.

Nesse caso, ainda que possível a formalização de procedimento licitatório para escolha da melhor proposta, a contratação direta se justifica pela necessidade de a Administração Pública privilegiar instituição que favoreça o desenvolvimento tecnológico do País.

Em consonância com o art. 5.º da Lei 10.973/2004, também será dispensável a licitação caso a Administração Pública Federal pretenda adquirir participação minoritária de capital de empresa privada que objetive desenvolver projetos científicos e tecnológicos para obtenção de produtos ou processos inovadores.

A última hipótese de licitação dispensável refere-se à possibilidade de os órgãos e entidades da Administração Pública, em matéria de interesse público, poder contratar diretamente, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador, empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, que sejam de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico.

Todo esse regime de contratação – que privilegia a indústria nacional – encontra amparo na não tão nova função regulatória do instituto da licitação, função esta que, embora, há muito, percebida por autores de vanguarda, só agora, após todos esses anos, vem ganhando ares de novidade nos textos normativos e nos colóquios de direito administrativo.

2.9. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

PÚBLICAS (RDC): VISÃO GERAL[125]

2.9.1. Introdução

A instituição do regime de contratações públicas pautado no excesso de formalismos procedimentais não trouxe o benefício esperado, quando da substituição do Decreto-lei 2.300/1986 pela Lei 8.666/1993, que era, à época, diminuir a corrupção no bojo dos procedimentos licitatórios, por meio da redução da discricionariedade do Administrador e da ampliação dos mecanismos de controle.

Muito ao contrário. A instituição do procedimento licitatório burocrático trouxe uma série de consequências indesejáveis para as contratações da Administração Pública, dentre as quais destacam-se as seguintes: (i) O Estado acaba *pagando preços superiores ao de mercado*, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar dessa procedimentalização – permeada por exigências, cada vez mais, complexas e detalhistas, sendo, muitas vezes, restritivas da competitividade –, o que gerou um incremento nos *custos de transação* nas contratações com o poder público; (ii) a *morosidade* tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes – tanto em sede administrativa como no âmbito do Poder Judiciário –, principalmente nas fases de habilitação e de julgamento; (iii) toda essa lógica do *processo pelo processo*, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a *onerosidade* de todo o procedimento, acarretando *contratações antieconômicas* para o Estado.

Não era isso que se esperava de um procedimento de contratação administrativa que, anos mais tarde, iria orientar a implementação da Reforma do Estado, especialmente a partir da EC 19/1998, pautada nos ganhos de eficiência por meio da melhoria da qualidade dos resultados no relacionamento entre os setores públicos e privados, como ferramenta de abertura da economia e do mercado à competição. Em consequência, evidencia-se a necessidade de sua alteração.

Entretanto, não se desconsidera que existe um "custo político" em alterar, diretamente, a Lei 8.666/1993. A modificação do Estatuto de Licitações e Contratos, instrumento de contratação tão caro às Administrações Públicas do País afora, geraria um tormentoso trâmite legislativo no Congresso Nacional.

Tanto é verdade que, desde o projeto enviado pelo Ministério do Planejamento, nos idos de 1993 (PL 146/2003), até o projeto de lei enviado, recentemente, pelo Governo Federal (PLC 32/2007), no contexto do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), não tivemos avanços na reformulação completa da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Por tal razão, optou-se por alterar o regime de contratações administrativas de forma setorial, sem modificar, diretamente, a Lei 8.666/1993. Assim ocorreu com a criação da modalidade pregão (Lei 10.520/2002), com a instituição do Sistema de Registro de Preços (Decreto 3.931/2001, revogado pelo Decreto 7.892/2013), com as normas relativas às licitações sustentáveis (Instrução Normativa 1/2010, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), com o novo regramento para licitações de publicidade (Lei 12.232/2010), entre tantos outros exemplos.

É, pois, nesse contexto, que se inserem as alterações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), introduzidas pela Lei 12.462, de 05.08.2011, regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11.10.2011. Registre-se que o referido Decreto incide exclusivamente sobre a Administração Federal, mas não se aplica aos Estados, DF e Municípios que possuem autonomia para edição dos seus decretos regulamentares.[126]

Afinal, o que poderia motivar mais a instituição de um novo regime de contratações públicas – orientado por parâmetros de *eficiência*, *agilidade* e *economicidade* – do que a necessidade de viabilizar a execução das obras de infraestrutura para realização dos eventos desportivos que serão realizados no País (a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016)?

O objetivo, portanto, do presente estudo é destacar as principais inovações desse regime diferenciado de contratações administrativas, de modo a contribuir para o aprimoramento do referido regime, bem como para que as inovações

positivas, que, por ora, são transitórias e emergenciais, possam se tornar, ao final desses eventos desportivos, definitivas.

2.9.2. Discussão quanto à constitucionalidade da Lei 12.462/2011

O denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instituído pela MP 527/2011, convertida na Lei 12.462/2011, com o principal objetivo de alterar as regras tradicionais de licitação, notadamente para as contratações relativas aos eventos esportivos (Copa de Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016).

As regras aplicáveis ao RDC incorporam inovações previstas em legislações especiais (ex.: normas do pregão e da PETROBRAS) de forma a desburocratizar o processo de contratação pública e reduzir os custos de sua realização.[127]

Entretanto, a constitucionalidade da Lei 12.462/2011, que estabelece normas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), tem sido questionada no âmbito acadêmico, bem como no âmbito do Supremo Tribunal Federal.[128]

Em resumo, os vícios de inconstitucionalidade do referido diploma legal podem ser divididos em duas categorias: vícios formais e vícios materiais.

Os vícios formais, em síntese, seriam os seguintes: a) ausência de relevância e urgência (art. 62 da CRFB) para edição da MP 527/2011, convertida posteriormente na Lei 12.462/2011; e b) abuso do poder de emenda parlamentar, tendo em vista que a redação original da MP 527/2011 não tratava do RDC, e o tema foi inserido no Congresso por emenda parlamentar (arts. 2.º, 59 e 62 da CRFB).[129]

Por outro lado, os alegados vícios materiais da Lei 12.462/2011 podem ser assim sintetizados: a) excesso de vagueza da norma e ampla margem de discricionariedade para regulamentação por parte de entidades administrativas, como a Autoridade Pública Olímpica (APO), o que violaria os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da CRFB; b) contratação integrada, com a elaboração do projeto básico pelo licitante vencedor, inexistindo critérios objetivos prévios para tratamento

isonômico entre os interessados; c) remuneração variável; d) restrição à publicidade de determinados atos (sigilo) em afronta aos princípios da publicidade e da moralidade; e) pré-qualificação permanente, com a possibilidade de licitação restrita aos pré-qualificados, ofendidas a competitividade e a isonomia (art. 37, XXI, da CRFB); e f) relativização de exigências ambientais, com a previsão de compensações ambientais e aparente facultatividade no cumprimento dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 225 da CRFB).

Quanto ao primeiro vício formal apontado, não nos parece possível concluir pela inconstitucionalidade da Lei 12.462/2011, tendo em vista a configuração da relevância e urgência para edição da MP 527/2011, especialmente pela proximidade dos eventos esportivos. Vale ressaltar que, apenas em situações muito excepcionais, o STF ingressa no controle do binômio da relevância e urgência das medidas provisórias.

Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos, naquilo que se convencionou denominar de "urgência fabricada", certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no País, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis.

O segundo vício formal é bastante forte, uma vez que a jurisprudência do STF admite o poder de emenda parlamentar às medidas provisórias e aos Projetos de Lei de iniciativa do Executivo, desde que adimplidos dois requisitos básicos: a) pertinência temática e b) não pode haver aumento de despesa (salvo nos casos de projetos orçamentários). Da mesma forma, a eventual sanção presidencial não convalida o vício formal.[130]

Na hipótese, o RDC não possui, em princípio, pertinência temática com a matéria inicialmente prevista na MP 527/2011, o que levaria à inconstitucionalidade do diploma legislativo.

Não há dúvida de que a eventual declaração de inconstitucionalidade do RDC acarretará efeitos negativos para o País, praticamente inviabilizando os

megaeventos esportivos.

Nesse contexto, o Judiciário não pode se afastar da necessidade de ponderação das consequências (econômicas, políticas e sociais) de suas decisões.[131] Daí por que se defende que, caso aquela Egrégia Corte Constitucional entenda como insuperável a inconstitucionalidade formal deste diploma normativo (pelo alegado "abuso do poder de emenda"), sejam deferidos os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 27 da Lei 9.868/1999, de forma a não inviabilizar a realização dos referidos eventos desportivos, muito embora se defenda que essa pertinência temática só seria exigível nas matérias sujeitas à iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo, elencadas no art. 61, inciso II, da Constituição da República. No caso, o tema relativo à licitação, por não estar inserido na competência legislativa privativa do chefe do Executivo, poderia ser incluído por emenda parlamentar.

Por fim, os alegados vícios materiais imputados ao RDC não devem prevalecer, conforme será destacado nos próximos itens.

2.9.3. Objeto e finalidades do RDC

O RDC somente poderá ser aplicado às licitações e contratos necessários à realização (art. 1.º, *caput*, e § 3.º, da Lei 12.462/2011): a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); b) da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; c) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos

Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II; d) das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (incluído pela Lei 12.688/2012); e) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pala Lei 12.745/2012); e f) das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (art. 1.º, § 3.º, da Lei 12.462/2011, incluído pala Lei 12.980/2014).[132]

Os objetivos do RDC encontram-se enumerados no art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.462/2011: a) ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; b) promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; c) fomento à inovação tecnológica; e d) garantia de tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Como se pode perceber, trata-se de previsões que guardam compatibilidade com a tendência legislativa de implementar uma relação de sinergia na troca de experiências entre o poder público e a iniciativa privada na promoção de inovações tecnológicas, já veiculada tanto pelo regime instaurado pela Lei 12.349/2010, que estipulou o dever de a licitação fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, como na Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

A opção pela utilização do RDC deve constar, expressamente, do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993, exceto nos casos previstos nesta Lei (art. 1.º, § 2.º, da Lei 12.462/2011).[133] Além disso, a licitação, no caso, deverá ser realizada, preferencialmente, sob a forma eletrônica (art. 13 do Decreto 7.581/2011).

Isto significa que, na omissão do instrumento convocatório, a licitação deverá observar as regras tradicionais de licitação. A utilização do RDC, portanto, depende de previsão expressa no instrumento convocatório, bem como de decisão administrativa devidamente motivada.

Em relação ao afastamento das regras previstas na Lei 8.666/1993, poder-se-

ia cogitar de eventual inconstitucionalidade, sob o argumento de que as regras do RDC seriam específicas e deveriam respeitar as normas gerais de licitação.

Não nos parece haver qualquer vício de constitucionalidade neste ponto, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) as normas gerais de licitações e contratos não são exclusividade da Lei 8.666/1993, existindo, atualmente, diversos exemplos de leis que consagram normas gerais, sem qualquer relação com aquele diploma legal (ex.: Lei 10.520/2002, que estabelece as normas gerais sobre o pregão);
b) existem precedentes do STF no sentido da viabilidade constitucional de instituição de normas gerais para determinados setores econômicos, com afastamento das normas da Lei 8.666/1993, como ocorreu, por exemplo, na confirmação da constitucionalidade do art. 210 da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) que dispõe:

> Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de 7 de julho de l995, e suas alterações; [134]

c) da mesma forma, o STF já firmou a constitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do Decreto 2.745/1998, que estipulam regras próprias de licitação para a PETROBRAS em detrimento das normas da Lei 8.666/1993.[135]

É possível concluir, desta forma, que o legislador poderia instituir novas normas gerais, sem qualquer relação de subordinação ou deferência com a Lei 8.666/1993.

Todavia, outra questão poderá ser suscitada: como suprir as eventuais

lacunas apresentadas na Lei do RDC?

Em relação ao tema, o art. 1.º, § 2.º, da Lei 12.462/2011 dispõe que a Lei 8.666/1993 somente seria aplicável nos casos expressamente previstos na própria Lei do RDC.

Entendemos, contudo, que as omissões normativas devem ser superadas, especialmente pela necessidade de segurança jurídica e sistematicidade do ordenamento.

Não vislumbramos qualquer prejuízo na aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 ou de outros diplomas legais, nas situações de lacuna, ao RDC, desde que tais normas sejam compatíveis com aquelas previstas na Lei 12.462/2011.

Na hipótese de aquisição de bens e serviços comuns, o ideal, em caso de lacuna normativa, seria a aplicação subsidiária da legislação do pregão, modalidade de licitação disciplinada pela Lei 10.520/2002, em virtude de sua celeridade, mais compatível com a necessidade de viabilizar a contratação de bens e serviços comuns para a realização dos eventos desportivos que ocorrerão no País.

2.9.4. Princípios e diretrizes do RDC: a função regulatória da licitação

Os princípios que regem o RDC são essencialmente os mesmos aplicáveis às licitações em geral: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo (art. 3.º da Lei 12.462/2011).

As diretrizes do RDC, conforme dispõe o art. 4.º da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 12.980/2014, podem ser assim enumeradas:

a) padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de

manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;[136]

b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;[137]

c) busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

d) condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 da Lei;

e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

São diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da **segurança jurídica** (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação quanto dos instrumentos contratuais), da **eficiência** (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da **economicidade** (na busca de maior retorno econômico para a Administração).

É possível perceber, ainda, que o RDC consagra a tendência da denominada "função regulatória da licitação", segundo a qual a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a efetivação de outros valores constitucionais.[138]

Nesse sentido, a contratação por meio do RDC deve promover os seguintes valores:

a) preservação do meio ambiente (“licitações verdes”): preocupação com a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; estipulação de condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; e possibilidade de exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental para fins de habilitação na licitação (arts. 4.º, § 1.º, I, II, III, e 14, parágrafo único, II, da Lei 12.462/2011);[139]
b) respeito à ordem urbanística: as contratações devem ser precedidas de avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística (art. 4.º, § 1.º, IV, da Lei 12.462/2011);
c) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, com estipulação de medidas compensatórias aos impactos negativos sobre o referido patrimônio (art. 4.º, § 1.º, V, e § 2.º, da Lei 12.462/2011); e
d) promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 4.º, § 1.º, VI, da Lei 12.462/2011).

Com base nessas perspectivas, pode-se afirmar que os instrumentos convocatórios formatados de acordo com normas do RDC regularão os mercados fornecedores de bens e serviços, de modo a adequá-los ***ao princípio do desenvolvimento sustentável,*** previsto no artigo 170, inciso VI, da CRFB, com redação modificada pela EC 42/2003.

2.9.5. Aquisição de bens: peculiaridades

O RDC estabelece regras próprias para aquisição de bens por parte da Administração, com destaque para as seguintes: a) possibilidade de indicação de marca por meio de decisão fundamentada; b) exigência da amostra do bem a ser adquirido; c) apresentação de 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 d) declaração do fabricante no sentido de ser solidariamente responsável pela execução do contrato, na hipótese em que o licitante for revendedor ou distribuidor (art. 7.º, I, da Lei 12.462/2011).

2.9.5.1. Indicação de marca

A indicação de marca na aquisição de bens por meio do RDC, acompanhada das respectivas justificativas, é admitida expressamente 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" (art. 7.º, I, da Lei 12.462/2011).

É oportuno notar que, tradicionalmente, a indicação de marca é vedada, em regra, nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, § 7.º, I, da Lei 8.666/1993). Todavia, em situações excepcionais, devidamente justificadas, a indicação de marca sempre foi considerada viável, especialmente pela necessidade de padronização.

2.9.5.2. Amostras

Em relação à aquisição de bens pela Administração, além da indicação de marca, é possível fixar exigência de 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 (art. 7.º, I, da Lei 12.462/2011). Andou bem, neste particular, a referida norma ao não prever a exigência de amostras como requisito de habilitação, pois tal previsão, segundo o entendimento do TCU, impõe ônus excessivo aos licitantes, encarece o custo de participação em licitações e desestimula a presença de potenciais interessados.[140]

2.9.5.3. Certificados de qualidade

Na aquisição de bens, a Administração pode solicitar a apresentação pelos interessados de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada (art. 7.º, III, da Lei 12.462/2011).

Ressalte-se que o TCU fixou entendimento de que a exigência de certificações técnicas (ex.: certificação ISO, registro no INPI etc.), tal como a exigência de amostras, não pode ser empregada como critério de habilitação em licitação, mas apenas como critério classificatório.[141]

2.9.5.4. Solidariedade do fabricante

Por fim, a Administração pode solicitar, motivadamente, a apresentação de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 7.º, IV, da Lei 12.462/2011).

A exigência tem por objetivo garantir a execução do contrato e o atendimento do interesse público.

Vale lembrar que as aquisições de bens pelo Estado não são submetidas, em regra, ao CDC, uma vez que o Estado não é considerado, normalmente, consumidor, razão pela qual é afastada a solidariedade prevista nos arts. 12, 18, 19 e 25 do CDC.

Todavia, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar em estudo sobre

o tema,[142] o Estado pode ser considerado consumidor em situações excepcionais, o que atrairia a responsabilidade solidária e objetiva de todos aqueles que participaram da cadeia de consumo, independentemente da "carta de solidariedade" prevista na Lei 12.462/2011.

Em virtude da possibilidade de existir vulnerabilidade técnica por parte dos agentes públicos em relação ao fornecedor do bem ou do serviço, o Estado pode ser considerado, em determinados casos, consumidor, na forma do art. 2.º do CDC.[143]

De qualquer forma, a partir da exigência da "carta de solidariedade" no RDC, o Estado assegura a solidariedade entre o fabricante e o revendedor/ distribuidor.[144] Com isso, supera-se o óbice tradicionalmente apontado pelo TCU que era justamente a ausência de fundamento legal para exigência do referido compromisso de solidariedade.[145]

2.9.6. Contratação integrada

Outra importante inovação em relação à licitação tradicional é a previsão do regime de "contratação integrada" de obras e serviços de engenharia.

De acordo com o art. 8.º da Lei 12.462/2011, a execução indireta de obras e serviços de engenharia pode ser implementada por meio dos seguintes regimes: a) empreitada por preço unitário; b) empreitada por preço global; c) contratação por tarefa; d) empreitada integral; ou e) contratação integrada.

Os quatro primeiros regimes (empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa e empreitada integral) já constavam do art. 10, II, da Lei 8.666/1993, havendo previsão de utilização, ainda, do quinto regime (contratação integrada) no RDC. O Poder Público deverá adotar, preferencialmente, os regimes de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, sendo certo que a utilização dos demais regimes dependerá de motivação (art. 8.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 12.462/2011).

A contratação integrada, que deve ser justificada sob o aspecto técnico e econômico, 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 todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Ademais, o objeto da contratação integrada deve envolver, pelo menos, uma das seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9.º, *caput* e § 1.º, da Lei 12.462/2011, alterada pela Lei 12.980/2014). Trata-se de contratação na modalidade *turn key* ou *EPC (Engineering, Procurement and Construction),* similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento.

É possível constatar que uma das principais diferenças entre o regime de contratação integrada e os demais regimes é a desnecessidade de elaboração prévia do projeto básico devidamente aprovado pela autoridade competente. No caso da contratação integrada, o licitante vencedor será o responsável por sua elaboração (arts. 8.º, § 5.º, e 9.º, § 1.º, da Lei 12.462/2011).[146]

Isto não significa que o Poder Público não possui qualquer parâmetro para definir o objeto da contratação e fixar os critérios objetivos de julgamento.

É exigida a apresentação, no instrumento convocatório, do denominado "anteprojeto de engenharia", que deverá conter as seguintes informações: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade (art. 9.º, § 2.º, I, da Lei 12.462/2011).[147] No caso de contratação integrada, é vedada a participação direta ou indireta nas licitações de pessoa física ou jurídica que elaborar o anteprojeto de engenharia (art. 3.º, § 1.º, II, do Decreto 7.581/2011).

A fixação do valor estimado da contratação será definida com apoio nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública

em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica (art. 9.º, § 2.º, II, da Lei 12.462/2011, alterado pela Lei 12.980/2014).[148]

Aliás, as principais críticas direcionadas à contratação integrada residem justamente na eventual indefinição do objeto licitado e do valor orçado pela Administração.

Daí a importância dos atos praticados na fase interna da licitação, especialmente na definição técnica e com o máximo de objetividade, no anteprojeto de engenharia, do objeto a ser licitado.

No tocante ao tipo de licitação, a lei impõe que, na contratação integrada, seja adotado o critério de julgamento de técnica e preço (art. 9.º, § 2.º, III, da Lei 12.462/2011).

Interessante mencionar que o Decreto 7.581/2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei 12.462/2011, com o objetivo de implementar o controle acerca do cumprimento dos requisitos presentes no termo de engenharia no âmbito das contratações integradas, prevê, em seu art. 70, § 4.º, a vinculação entre a remuneração do contratado à observância dos requisitos técnicos previstos nesses instrumentos.

É vedada a celebração de termos aditivos aos contratos celebrados com fundamento no RDC, salvo em duas hipóteses: a) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1.º do art. 65 da Lei 8.666/1993 (art. 9.º, § 4.º, da Lei 12.462/2011).

É importante mencionar que a “contratação integrada” não é, verdadeiramente, uma grande novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a ausência de previsão na legislação tradicional de licitações, o referido regime encontra-se previsto no item 1.9 do Decreto 2.745/1998, que

aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, que dispõe:

> 1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

Não resta dúvida de que esse formato trará ganhos de eficiência para as contratações administrativas, uma vez que abre ao contratado a oportunidade de inovação e de proposição de técnicas e soluções para o desenvolvimento do objeto, reduzindo riscos e custos para os entes públicos.

2.9.7. Contrato de desempenho e remuneração variável

Em virtude da necessidade de maior eficiência nas contratações públicas, com ênfase nos resultados, que devem ser efetivados pelos contratados, o legislador estabeleceu a possibilidade de remuneração variável, na contratação das obras e serviços, vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 10 da Lei 12.462/2011).

A estipulação da remuneração variável dependerá de motivação e de adequação aos limites orçamentários fixados pela Administração para a contratação (art. 10, parágrafo único, da Lei 12.462/2011).

A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da “Administração de Resultados”,[149]

os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa.

A remuneração variável, prevista no RDC, foi influenciada pela experiência consagrada nas Parcerias Público-Privadas (PPPs). Nesse sentido, o art. 6.º, parágrafo único, da Lei 11.079/2004 dispõe que o contrato de PPP poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Trata-se, a rigor, de transformar os tradicionais contratos por prazo determinado e por escopo da Lei 8.666/1993 em contratos de *performance*.[150]

Não se trata, a rigor, de uma sanção por inexecução contratual, mas de um estímulo para o seu melhor cumprimento. A remuneração a ser efetuada pela Administração Contratante fica vinculada ao desempenho do contratado, o que servirá de incentivo para que estes prestem, em níveis desejados de qualidade, os serviços relacionados à infraestrutura que dará suporte aos eventos desportivos que serão realizados no País.

Da mesma forma, em âmbito federal, a Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão prevê o denominado “Acordo de Níveis de Serviços” com a estipulação de remuneração variável de acordo com o cumprimento das metas fixadas pela Administração.[151]

2.9.8. Inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento

O procedimento de licitação do RDC, seguindo a tendência legislativa e as recomendações doutrinárias, consagra a inversão de fases da habilitação e de julgamento (art. 12, IV e V, da Lei 12.462/2011).

Em regra, a fase de julgamento antecederá a fase de habilitação, o que acarreta, por certo, maior celeridade à licitação, uma vez que a Administração, após o julgamento, analisará apenas os documentos formais de habilitação do licitante vencedor.

Excepcionalmente, a habilitação poderá anteceder a fase do julgamento, hipótese que dependerá de expressa previsão no instrumento convocatório e de motivação (art. 12, parágrafo único, da Lei 12.462/2011).

Trata-se, como já assinalado, de tendência da legislação atual que já havia consagrado a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, por exemplo, para o pregão (art. 4.º, XII, da Lei 10.520/2002 – inversão obrigatória) e para as PPPs (art. 13 da Lei 11.079/2004 – inversão facultativa).

Essa tendência legislativa tem se mostrado salutar na gestão dos procedimentos licitatórios.[152] Afinal, o dispêndio de tempo e recursos para o exame dos requisitos de habilitação de um licitante que, ao final do certame, não apresentará a melhor proposta à Administração Púbica vai de encontro às diretrizes emanadas dos princípios da Eficiência (art. 37 da CRFB) e da Economicidade (art. 70 da CRFB).[153]

Destaque-se que esta inovação legislativa trazida pelo RDC, diferentemente da sua previsão nos demais instrumentos legislativos que o antecederam, prevê uma lógica diversa para essa inversão procedimental.

Há, à luz do sistema consagrado no RDC, o ***dever de motivação*** para o administrador público, caso este pretenda adotar o sistema convencional de exame dos documentos de habilitação antes da abertura das propostas, além da necessidade de previsão expressa desta opção no instrumento convocatório.

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei 8.666/1993. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que, se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.

2.9.9. Regras especiais sobre publicidade: orçamento sigiloso e

publicação dos atos

Nas contratações com a utilização do RDC, a publicidade dos atos praticados é restringida em duas hipóteses: a) orçamento estimado para a contratação não será divulgado aos licitantes (art. 6.º da Lei 12.462/2011); e b) o procedimento licitatório e de pré-qualificação, em determinados casos, serão divulgados apenas em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, § 2.º, da Lei 12.462/2011).

Em relação ao orçamento sigiloso, trata-se de regra distinta daquela consagrada no art. 40, § 2.º, II, da Lei 8.666/1993, que exige a apresentação, no anexo do edital de licitação, do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.[154]

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação, com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influenciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, dado que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes.

Nesse sentido, por exemplo, Marcos Juruena Villela Souto, antes da introdução do RDC, sustentava:

> Outro tema dos mais polêmicos diz respeito à necessidade de divulgar ou não a estimativa de preços em que se calca a Administração para realizar ou não a despesa. [...]
>
> Ocorre que, se divulgados esses valores, reduz-se em muito a margem de competição, retornando aos mesmos problemas que levaram à supressão da licitação por preço-base, que era o grande número de empates.
>
> Logo, é preciso interpretar a norma também de acordo com o método histórico, além de utilização do princípio da competitividade.
>
> Destarte, para evitar tais problemas, não deve haver publicação de

> valores, adotando como critério de aceitabilidade a ser divulgado no edital "os valores mínimos e máximos constantes dos cadastros de preços da Administração, calcados em pesquisas de mercado e em contratos da Administração, os quais estarão disponíveis para fins de recurso em caso de desclassificação por eventual incompatibilidade"; é possível, também, esclarecer que tal disponibilidade da estimativa dar-se-á na sessão de julgamento.[155]

Esta também é a recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), contida no *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas):

> Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública.[156]

Da mesma forma, o TCU já decidiu que admitiu a restrição da divulgação do orçamento da licitação na modalidade pregão, conforme demonstra o trecho da ementa a seguir mencionado:

> Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.[157]

Em suma: no RDC exige-se a fixação do orçamento estimado para contratação, restringindo-se apenas a sua divulgação aos licitantes. Com o intuito

de evitar eventuais arbitrariedades, o orçamento deverá ser disponibilizado permanentemente aos órgãos de controle externo e interno, na forma do art. 6.º, § 3.º, da Lei 12.462/2011.

Quanto à segunda hipótese de restrição da publicidade no RDC, nos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, nas licitações cujo valor não ultrapasse R$ 150.000,00 para obras ou R$ 80.000,00 para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação de extrato do edital no Diário Oficial ou em jornal diário de grande circulação.

Nessas hipóteses, a publicidade do edital se resume à divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, § 2.º, da Lei 12.462/2011).

Entendemos, contudo, que a restrição à publicidade dos editais, apesar de ganhos de economicidade, coloca em risco o princípio da impessoalidade e a possibilidade de controle social dos atos do Poder Público, posto que o Brasil ainda sofre do problema da "exclusão digital", sendo certo que grande parte da população não tem acesso aos computadores e/ou à internet.

Não se defende, aqui, a tese ingênua e irreal de que a publicação nos Diários Oficiais confere efetiva publicidade aos atos do Poder Público. No máximo, este procedimento garante a "publicidade formal", mas não a "publicidade material", uma vez que a imensa maioria da população não tem acesso ou o hábito (ou tempo) de ler o Diário Oficial.

Por esta razão, entendemos que a publicidade do edital deve ser a mais ampla possível, evitando-se restrições que diminuam a competitividade e a efetivação do controle social. Talvez, no futuro, com a inserção da população no mundo digital, a publicidade por meio da internet seja suficiente para efetivação das mencionadas finalidades.

2.9.10. Lances verbais e intermediários

No RDC, as licitações podem adotar os modos de disputa aberto e fechado,

que poderão ser combinados na forma do regulamento (art. 16 da Lei 12.462/2011).

Ressalte-se que a combinação de lances escritos e verbais foi consagrada em algumas normas recentes, por exemplo, as relativas ao pregão (art. 4.º, VII e VIII, da Lei 10.520/2002) e às PPPs (art. 12, III, "b", da Lei 11.079/2004).

A inovação no RDC é a possibilidade de apresentação de "lances intermediários" na disputa aberta, assim considerados aqueles iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta, ou iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (art. 17, § 2.º, da Lei 12.462/2011).

Por fim, é admitido, na forma a ser estabelecida em regulamento, o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o do licitante subsequente (art. 17, § 1.º, II, da Lei 12.462/2011).

2.9.11. Critérios de julgamento

As licitações no RDC serão pautadas pelos seguintes critérios de julgamento: a) menor preço ou maior desconto; b) técnica e preço; c) melhor técnica ou conteúdo artístico; d) maior oferta de preço; ou e) maior retorno econômico (art. 18 da Lei 12.462/2011).

O critério de julgamento e os respectivos parâmetros objetivos deverão ser definidos no instrumento convocatório, desconsiderando as vantagens não previstas no edital, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido (art. 18, §§ 1.º, 2.º e 3.º, da Lei 12.462/2011).

Na utilização do critério "menor preço ou maior desconto" será considerado o menor dispêndio para a administração pública, incluindo os custos indiretos, quando objetivamente mensuráveis, observados os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório (art. 19, *caput* e § 1.º, da Lei 12.462/2011).

O critério do maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos, e, no caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório (art. 19, §§ 2.º e 3.º, da Lei 12.462/2011).

Em relação ao critério "técnica e preço", a sua utilização é indicada para as seguintes contratações: a) objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou b) que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades eventualmente oferecidas para cada produto ou solução (art. 20, § 1.º, da Lei 12.462/2011).

O Poder Público indicará no instrumento convocatório os fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70%, conforme dispõe o art. 20, § 2.º, da Lei 12.462/2011.

Quanto ao critério "melhor técnica ou conteúdo artístico", que poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia, o instrumento convocatório definirá o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores (art. 21, *caput* e parágrafo único, da Lei 12.462/2011).

O critério "maior oferta de preço", por sua vez, será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública, admitindo-se a dispensa de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira, conforme dispuser o regulamento (art. 22, *caput* e § 1.º, da Lei 12.462/2011).

Da mesma forma, no julgamento pela maior oferta de preço, o Poder Público poderá exigir a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% do valor ofertado. Nesse caso, o mencionado valor será perdido em favor da Administração se o licitante vencedor não efetivar o pagamento no prazo estipulado (art. 22, §§ 2.º e 3.º, da Lei 12.462/2011).

Por fim, o critério “maior retorno econômico” será utilizado exclusivamente nos “contratos de eficiência”, e o objetivo é selecionar a proposta que proporcione a maior economia para a Administração decorrente da execução do contrato (art. 23 da Lei 12.462/2011).

Considera-se contrato de eficiência aquele que tem por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, § 1.º, da Lei 12.462/2011).

No contrato de eficiência, os riscos são assumidos pelo contratado e influenciam diretamente na respectiva remuneração, uma vez que a ausência da economia prevista contratualmente acarretará as seguintes consequências: a) a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; b) se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e c) a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato (art. 23, § 3.º, da Lei 12.462/2011).

2.9.12. Critérios de desempate

Tradicionalmente, o critério utilizado para desempate entre duas ou mais propostas nas licitações é o sorteio (art. 45 § 2.º, da Lei 8.666/1993).

No entanto, em relação às licitações submetidas ao regime do RDC, a legislação procurou estabelecer outros critérios de desempate, que devem ser adotados preferencialmente, tendo em vista a necessidade de se ampliar a competitividade entre os licitantes, garantindo a obtenção da melhor proposta.

Nesse sentido, o art. 25 da Lei 12.462/2011 dispõe que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: a) disputa final, em que os licitantes empatados

poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação; b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído (Administração Pública de Resultados); c) critérios de preferência para os seguintes bens e serviços: produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras com tecnologia desenvolvida no País, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País ou produzidos de acordo com processo produtivo básico (art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 3.º da Lei 8.248/1991); e d) sorteio.

2.9.13. Pré-qualificação permanente

As licitações no RDC poderão ser antecedidas da pré-qualificação permanente que tem por objetivo identificar: a) 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; e b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública (art. 30 da Lei 12.462/2011).

O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados (art. 30, § 1.º, da Lei 12.462/2011).

É permitida a realização de licitações direcionadas à participação exclusiva dos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 30, § 2.º, da Lei 12.462/2011).

As condições para realização de licitação restrita aos pré-qualificados encontram-se enumeradas no art. 86 do Decreto 7.581/2011, quais sejam: a) a convocação para a pré-qualificação deve estabelecer que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados; b) a referida convocação deve apontar a estimativa de quantitativos mínimos que a Administração Pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses, bem como os prazos para publicação do edital; e c) a pré-qualificação deve ser total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação.

Nas licitações destinadas aos pré-qualificados, somente será permitida a participação de licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório, preencherem dois requisitos (art. 86, § 2.º, do Decreto 7.581/2011): a) já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e b) estejam regularmente cadastrados.

Ademais, nas licitações restritas, a Administração enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento, além de garantir a publicidade do instrumento convocatório (art. 86, §§ 3.º e 4.º, do Decreto 7.581/2011).

A pré-qualificação, que terá validade de até um ano, poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores, bem como 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 (art. 30, §§ 3.º, 4.º e 5.º, da Lei 12.462/2011).

Mencione-se, por oportuno, que a pré-qualificação também é permitida nas licitações reguladas pela Lei 8.666/1993, restringindo-se a sua utilização, no entanto, às concorrências quando o objeto da licitação recomendar análise mais detida da qualificação técnica dos interessados (art. 114 da Lei 8.666/1993).

É oportuno o registro de que a pré-qualificação nas licitações tem por objetivo identificar interessados em uma futura competição, não representando, pois, a competição em si ou mesmo uma etapa de habilitação, que define o universo de competidores.[158]

Em outras palavras, a pré-qualificação fixa um direito de participação na licitação em favor dos que foram nela identificados, definindo-se um padrão de qualidade mínima a ser atendida na competição a ser realizada.

Daí a vantagem de se introduzir este procedimento de forma permanente, pois a Administração, ao mesmo tempo em que já estipula *standards* para suas futuras contratações, o faz sem a necessidade de identificação dos recursos

orçamentários que financiarão tal ou qual empreendimento.[159]

2.9.14. Registros cadastrais

A habilitação no RDC, assim como ocorre nas licitações tradicionais, poderá ser comprovada por meio de certificados cadastrais.

Os registros cadastrais, quando existentes, serão válidos por até um ano e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados (art. 31, *caput* e § 1.º, da Lei 12.462/2011).

A inovação, em relação às licitações tradicionais, é a anotação do desempenho contratual do licitante no respectivo registro cadastral. A intenção do legislador é incrementar as informações constantes do registro para que passe a ser utilizado como fonte de consulta para as futuras contratações.

2.9.15. Sistema de Registro de Preços (SRP)

No RDC, o Sistema de Registro de Preços (SRP/RDC) observará as seguintes condições (art. 32, § 2.º, da Lei 12.462/2011): a) efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado; b) seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; c) desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados; d) definição da validade do registro (a ata de registro de preço tem prazo de validade entre três meses e um ano, na forma do art. 99, parágrafo único, do Decreto 7.581/2011); e e) 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.

Na forma do art. 89 do Decreto 7.581/2011. O SRP/RDC poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: a) quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; b) quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de

serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; c) quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e d) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

O critério de julgamento na licitação para o registro de preços é o menor preço, o maior desconto ou técnica e preço, sendo admitida, após o encerramento da etapa competitiva, a redução de preços das propostas dos licitantes ao valor igual ao da proposta do licitante melhor classificado. Quando houver a apresentação de novas propostas, sem que haja prejuízo para o licitante melhor classificado, os preços serão registrados nesta ordem: a) os preços e quantitativos do licitante melhor classificado durante a etapa competitiva; b) os preços e quantitativos dos licitantes que, após novas propostas, aceitaram cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante melhor classificado; e c) os preços e quantitativos dos demais licitantes classificados, conforme a ordem de classificação (arts. 90, II, 97 e 98 do Decreto 7.581/2011, alterado pelo Decreto 8.251/2014).

Não é exigida a indicação orçamentária para realização do registro de preços, mas apenas para a formalização do contrato ou instrumento equivalente (art. 91 do Decreto 7.581/2011).

Os contratos decorrentes do SRP/RDC poderão ser alterados, mas sofrerão acréscimo de quantitativos (art. 100, §§ 1.º e 2.º, do Decreto 7.581/2011).

A existência do SRP não obriga a Administração a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições (art. 32, § 3.º, da Lei 12.462/2011 e art. 101, *caput* e parágrafo único, do Decreto 7.581/2011).

O art. 102 do Decreto 7.581/2011 admite o efeito carona no SRP/RDC, ou seja, a adesão à ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência, por órgão ou entidade que não tenha participado da licitação. A participação dos órgãos e entidades aderentes (“caronas”), nesse caso, deve respeitar as seguintes

condições: a) não poderão contratar quantidade superior à soma das estimativas de demanda dos órgãos gerenciador e participantes (§ 2.º); b) a quantidade global de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes não poderá ser superior a cinco vezes a quantidade prevista para cada item (§ 3.º); c) os fornecedores registrados, por sua vez, não serão obrigados a contratar com órgãos aderentes (§ 4.º).

Quanto ao efeito carona entre Entes Federados diversos, o art. 106 do Decreto 7.581/2011 veda a participação de órgãos e entidades federais nas atas de registros de preços elaboradas por Estados, DF e Municípios, ressalvada a possibilidade de adesão da Autoridade Pública Olímpica (APO) às atas gerenciadas pelos respectivos consorciados.[160]

Por outro lado, é permitida a adesão de órgãos e entidades estaduais, distritais e municipais à ata de registro de preço gerenciada pela Administração federal (art. 106, parágrafo único, do Decreto 7.581/2011).

2.9.16. Catálogo eletrônico de padronização

O denominado "catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras" no RDC consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação (art. 33 da Lei 12.462/2011).

O referido catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto, e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento (art. 33, parágrafo único, da Lei 12.462/2011).

2.9.17. Recursos administrativos

O art. 45 da Lei 12.462/2011 trata dos pedidos de

esclarecimento/impugnações, dos recursos administrativos e das representações nas licitações promovidas pelo RDC.

De acordo com a sobredita norma, o sistema genérico de impugnações pode ser assim resumido:

a) pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: a.1) até dois dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou a.2) até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;
b) recursos, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face: b.1) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; b.2) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; b.3) do julgamento das propostas; b.4) da anulação ou revogação da licitação; b.5) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; b.6) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei 8.666/1993; b.7) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e
c) representações, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

Vale ressaltar que, nas licitações tradicionais, os recursos administrativos interpostos contra decisões de habilitação/inabilitação do licitante e de julgamento das propostas possuem efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva aos demais recursos.

No entanto, a legislação do RDC silenciou a respeito do efeito suspensivo, valendo, portanto, a regra de que os recursos serão recebidos exclusivamente com efeito devolutivo.

Por fim, o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade (art. 45, § 6.º, da Lei 12.462/2011).

2.9.18. Sanções administrativas

Além das sanções previstas na Lei 8.666/1993, o art. 47 da Lei 12.462/2011 estabelece o impedimento de participação em licitações e contratações promovidas pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: a) convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato; b) deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; c) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; d) não mantiver a proposta, salvo se, em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; e) fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; f) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou g) der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Ademais, a referida sanção administrativa acarretará o descredenciamento do licitante, pelo prazo de até cinco anos, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica (APO).[161]

Deve-se registrar que andou bem o legislador nesse ponto, uma vez que, ao estipular as condutas que ensejam a aplicação da penalidade de impedimento de contratar com o poder público, restringiu a discricionariedade do administrador em aplicar penalidades administrativas, o que evita a prática de arbitrariedades no gerenciamento de contratos administrativos, previsão que encontra amparo nos alicerces de um Estado Democrático de Direito.

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 303-305; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 236-237.

[2] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Igualdade e competitividade em face de participação de cooperativas nas licitações. *Direito administrativo em debate.* 2.ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 309-322; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 175-178.

[3] Nesse sentido: STJ, REsp 1.141.763/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 04.03.2010 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 424); STJ, REsp 1.185.638//RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 10.09.2010.

[4] Enunciado 331 do TST: "I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral." O referido enunciado foi alterado após a decisão do STF proferida no julgamento da ADC 16/DF *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 610).

[5] Ressalte-se que o TCU considerou constitucional o tratamento diferenciado consagrado por estes diplomas normativos às microempresas e às empresas de pequeno porte (TCU, Plenário, Acórdão 1231/08, Rel. Min. Guilherme Palmeira, *DOU* 30.06.2008).

[6] De acordo com o TCU: "É indevida, em avaliação inicial, a concessão do benefício estipulado no art. 44 da Lei Complementar 123/2006 a consórcio de empresas cuja soma dos faturamentos anuais extrapole o limite previsto no art. 3.º, inciso II, dessa lei." TCU, Comunicação de Cautelar, TC-042.183/2012-0, Rel. Min. José Jorge, 21.11.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 133).

[7] Da mesma forma, o art. 4.º do Decreto 6.204/2007 dispõe: “A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação”. Nesse sentido: TCU, Acórdão 976/12, Plenário, Rel. Min. José Jorge, 25.04.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 103).

[8] Antes da alteração promovida pela LC 147/2014, o prazo para regularização da documentação era de dois dias úteis. Registre-se que o art. 43, § 1.º, da LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014, conferiu discricionariedade ao administrador para prorrogar esse prazo (“prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública”). No entanto, o art. 4.º, § 3.º, do Decreto 6.204/2007 garante o direito à prorrogação, salvo se houver urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados.

[9] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p. 69; GARCIA, Flavio Amaral. As microempresas e as empresas de pequeno porte nas licitações públicas – aspectos polêmicos. *Licitações e contratos administrativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 86. Em sentido contrário, admitindo o empate ficto nos tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço”: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:* reflexos práticos da LC n.º 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

[10] Sobre o valor, a Orientação Normativa/AGU 10 dispõe: “A definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para: (...) a) a realização de licitação exclusiva (microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade cooperativa) (...)”. Mencione-se, ainda, a Orientação Normativa/AGU 47: “Em licitação dividida em itens ou lotes/ grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei n.º 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9.º do Decreto n.º 6.204, de 2007”.

[11] Nesse sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 999; SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:* reflexos práticos da LC n.º 123/06. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128.

[12] Em abono à nossa tese, o TCU decidiu: “O fato de a empresa estar excluída do regime de tributação do Simples Nacional por realizar cessão ou locação de mão de obra (art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006) não implica o seu impedimento para participar de certames licitatórios auferindo os benefícios da referida lei complementar, pois o que confere a condição de micro ou empresa de pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano-calendário, e não o regime de tributação”. TCU, Plenário, Acórdão 1.100/14, Rel. Min. Benjamin Zymler, 30.04.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 195).

[13] Decreto 6.204/2007: “Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3.º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa

de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar. Parágrafo único. A identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte na sessão pública do pregão eletrônico só deve ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a dificultar a possibilidade de conluio ou fraude no procedimento".

14 No mesmo sentido: SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:* reflexos práticos da LC nº 123/06. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37-39; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82.

15 TCU, Acórdão 2505/09, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, *DOU* 30.10.2009; TCU, Acórdão 2144/07, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 15.10.2007. Da mesma forma, a Orientação Normativa/ AGU 7 dispõe: "O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia".

16 Art. 47, *caput* e parágrafo único, da LC 123/2006, com redação dada pela LC 147/2014: "Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal". Saliente-se que o art. 49, I, da LC 123/2006, que exigia previsão editalícia, para aplicação dos benefícios às MEs e EPPs, foi revogado pela LC 147/2014, razão pela qual deve ser revista a Orientação Normativa/AGU 7, que dispõe: "O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia".

17 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p. 77; SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:* reflexos práticos da LC nº 123/06. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 26; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76. Em sentido contrário, admitindo a regulamentação por decreto, vide: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 998.

18 Art. 34 da Lei 11.488/2007: "Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art. 3.º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar".

19 No sentido da necessidade de previsão expressa no edital como condição para participação de consórcios em licitações, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 194; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 443;

MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da Lei n.º 8.666/93. *ILC*, ano XI, n. 126, p. 758, ago. 2004; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limitação no número de consorciados admitidos em licitações BLC, v. 5, p. 320, 2004.

20 Sobre o tema, vide: FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). *RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 169-204, jan.-mar. 2011.

21 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 498. Da mesma forma, o TCU já afirmou que, "embora discricionária, nos termos do *caput* do art. 33 da Lei n.º 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame" (TCU, Plenário, Acórdão 1636/07, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 17.08.2007). Vide, também: *Informativos de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* ns. 106, 128 e 129.

22 TCU, Plenário, Acórdão 718/11, Rel. Min. Valmir Campelo, 23.03.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 55).

23 Cabe registrar que a Lei impõe a constituição formal do consórcio antes da assinatura do contrato, mas não há imposição de constituição de sociedade dotada de personalidade jurídica própria. Nesse sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da Lei n.º 8.666/93. *ILC*, ano XI, n. 126, p. 758, ago. 2004.

24 Segundo o TCU, é irregular a exigência de garantia de proposta para todas as empresas participantes de consórcio, mesmo que de modo proporcional à participação de cada uma. A garantia pode ser satisfeita por qualquer uma das integrantes, ainda que tenha participação minoritária. As empresas formadoras do consórcio são responsáveis solidárias pelos atos praticados na licitação, por força do disposto no art. 33, V, da Lei 8.666/1993. TCU, Plenário, Acórdão 1.790/14, Rel. Min. Benjamin Zymler, 09.07.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 205).

25 Nesse sentido, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359. No mesmo sentido, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336-337; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 214-215; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 133.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 339.

27 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 55.

28 O Decreto 3.788/2001, que regulamenta a Lei 9.717/1998, dispõe sobre o Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, exigível para celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União. Vale lembrar que o art. 5.º da Lei n.º 12.453/2011 dispõe: "Ficam suspensas, até 30 de junho de 2012, as exigências de regularidade fiscal previstas no art. 62 do Decreto-lei n.º 147,

de 3 de fevereiro de 1967, no § 1.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 1.715, de 22 de novembro de 1979, na alínea *c* do inciso IV do art. 1.º da Lei n.º 7.711, de 22 de dezembro de 1988, na alínea *b* do art. 27 da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, no art. 1.º da Lei n.º 9.012, de 30 de março de 1995, e na Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, sem prejuízo do disposto no § 3.º do art. 195 da Constituição Federal, nas contratações de operações de crédito e renegociações de dívidas realizadas com instituições financeiras públicas, que tenham como mutuários os contribuintes a que se refere o art. 6.º desta Lei".

29 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 356.

30 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 229.

31 TCU, Plenário, Acórdão 1331/08, Rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 11.07.2008.

32 Vale lembrar que o STF considerou constitucional a utilização do leilão para desestatização de linhas de serviço de transporte rodoviário. STF, Tribunal Pleno, MS 27.516/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 05.12.2008, p. 104 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 525).

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 137.

34 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 577.

35 Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito das concessões.* 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 46-47.

36 O art. 31 da Lei 9.074/1995 dispõe: "Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços".

37 Em suas razões de veto, o Chefe do Executivo afirmou: "O inciso II do art. 11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas brasileiras como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa. As parceiras público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado. (...)". As razões de veto foram apresentadas na Mensagem 1.006, de 30.12.2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Msg/Vep/VEP-1006-04.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

38 Na lição de Mauricio Portugal Ribeiro: "no caso do projeto de concessão ou PPP envolver obras, a Lei de Concessões, no que é seguida pela Lei de PPP, exige que a Administração disponibilize os 'elementos do projeto básico' da obra (art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/95). 'Elementos do projeto básico' é bem menos do que o projeto básico da obra". O estudo deve ser suficiente, afirma o autor, para definir claramente os indicadores de desempenho que o parceiro privado deverá cumprir e para estimar os custos de investimento e operacionais ao longo de todo o contrato. RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs:* melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40-41.

[39] Nesse sentido, admitindo a elaboração dos projetos, básico e executivo, pelos concessionários, posiciona-se a maioria da doutrina: MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 131; FREITAS, Juarez. PPPs: natureza jurídica. *Curso de direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. v. I, p. 706; NETO, Benedicto Porto. Licitação para contratação de Parceria Público-Privada. *Parcerias Público-Privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 147-148; ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, vol. XVII, p. 80-82, 2006; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 270; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40. Aliás, a elaboração dos projetos mencionados pelo particular interessado na contratação também foi admitida pelo denominado "Regime Diferenciado de Contratações Públicas" (RDC), na forma do art. 9.º, *caput* e § 1.º, da Lei 12.462/2011.

[40] Art. 21 da Lei 8.987/1995: "Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital".

[41] Diversos Estados editaram regulamentação específica sobre PMI, a saber: Minas Gerais (Decreto 44.565/2007), Ceará (Decreto 30.328/2010), Bahia (Decreto 12.653/2011), Goiás (Decreto 7.365/2011), Rio de Janeiro (Decreto 43.277/2011), São Paulo (Decreto 57.289/2011).

[42] As vantagens na utilização da PPP não devem ficar adstritas ao campo econômico (economicidade), devendo ser ponderadas e demonstradas, também, as vantagens sociais, ambientais, dentre outras. Nesse sentido: FREITAS, Juarez. PPPs: natureza jurídica. *Curso de direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. v. I, p. 707.

[43] Sobre a relação entre a PPP e a Lei de Responsabilidade Fiscal, vide: VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal:* uma conciliação possível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Apesar da polêmica no enquadramento do contrato de PPP como endividamento de despesas de capital ou pagamento de despesas de custeio, Marcos Juruena Villela Souto sustenta que o instituto se enquadra melhor como despesa de custeio, pois a Administração busca a gestão privada do serviço. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43.

[44] A Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional 614, de 21 de agosto de 2006, estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de Parceria Público-Privada – PPP, de que trata a Lei 11.079/2004.

[45] Os arts. 22 e 28 da Lei 11.079/2004 dispõem: "Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios". (...) "Art. 28. A

União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios"(Redação dada pela Lei 12.766, de 2012).

46 Na forma do art. 2.º, III, da LRF, a empresa estatal dependente é a "empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária". Em sentido semelhante, o art. 1.º, § 1.º, II, da Resolução 40/01 do Senado Federal dispõe: "Art. 1.º (...) § 1.º Considera-se, para os fins desta Resolução, as seguintes definições: (...) II – empresa estatal dependente: empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade".

47 Nesse sentido: PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67. Essa também é a tese consagrada no Manual de demonstrativos fiscais, aprovado pela Portaria STN 407/2011, que, ao tratar do demonstrativo das despesas de PPP, estabelece: "Devem abranger as despesas com a parcela fixa da contraprestação pecuniária, com a parcela variável vinculada ao desempenho do parceiro privado e com os diferentes riscos provisionados". Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de demonstrativos fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional.* 4. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2011, p. 353.

48 O art. 39 da Lei 8.666/1993 dispõe: "Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea 'c', desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados".

49 Já tivemos a oportunidade de tratar do princípio da participação administrativa em outro trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo:* o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 107-120. A exigência de submissão da minuta do edital de licitação à prévia consulta popular também se encontra em outras legislações, por exemplo: art. 8.º da Lei 11.284/2006 (concessão florestal), art. 39 da Lei 8.666/1993 (licitações para contratações de valores elevados) etc.

50 Sobre a preocupação ambiental nas licitações, podem ser citados os seguintes exemplos: art. 6.º, XII da Lei 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC); Instrução

Normativa 1/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”; arts. 4.º, § 1.º, I, II, III, e 14, parágrafo único, II, da Lei 12.462/2011 (RDC).

51 Art. 10 da Lei 6.938/1981, Anexo 1 da Resolução 237/1997 e art. 2.º da Resolução 1/1986 do CONAMA.

52 De acordo com Lucas Navarro Prado, “a expedição das diretrizes também se assenta na ideia de explorar a eficiência produtiva do particular, fazendo-o realizar o licenciamento ao ensejo da elaboração do projeto básico das obras necessárias à execução do escopo contratual”. PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85.

53 A inversão de fases, com a realização do julgamento antes da etapa de habilitação, foi consagrada no pregão (art. 4.º, XII, da Lei 10.520/2002). Enquanto a inversão é obrigatória no pregão, na concorrência para contratação de PPP a inversão é uma faculdade da Administração Pública, pois o art. 13 da Lei 11.079/2004 dispõe que “o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento”. A inversão de fases de habilitação e julgamento também foi prevista no Regime Diferenciado de Contratação – RDC (art. 12, IV e V, da Lei 12.462/2011).

54 Em sentido semelhante, defendendo a obrigatoriedade da inversão, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 407; FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos:* franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 148.

55 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias público-privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39-40.

56 Em sentido semelhante: GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 420.

57 Mencione-se, por exemplo, que nas licitações submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações (RDC), a legislação adotou outros critérios de desempate, que devem ser adotados preferencialmente ao sorteio, tendo em vista a necessidade de se ampliar a competitividade entre os licitantes, garantindo a obtenção da melhor proposta. Nesse sentido, o art. 25 da Lei 12.462/2011 dispõe que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: a) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação; b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído (Administração Pública de Resultados); c) critérios de preferência para os seguintes bens e serviços: produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras com tecnologia desenvolvida no País, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País ou produzidos de acordo com processo produtivo básico (art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 3.º da Lei 8.248/1991); e d) sorteio.

58 É importante notar que o art. 6.º da Lei 11.107/2005 dispõe que a associação pública integra a Administração indireta de todos os entes consorciados, sem mencionar a pessoa de direito privado. Entendemos, contudo, que a omissão não tem o condão de afastar a pessoa de direito privado do rol de

entidades administrativas, especialmente por se tratar de pessoa instituída pelo Poder Púbico.

59 O art. 23, II, "a", da Lei 8.666/1993 dispõe: "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: [...] II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite – até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)".

60 "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2.º e 4.º 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. 8.º 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".

61 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 489.

62 Os Decretos-leis 9.403/1946 e 9.853/1946 atribuíram, respectivamente, à CNI e à CNC o encargo de criação do Serviço Social da Indústria (SESI) e do Serviço Social do Comércio (SESC). Existem, todavia, outros exemplos de Serviços Sociais Autônomos, por exemplo: SENAI (criação autorizada pelo Decreto-lei 4.048/1942), SENAC (criação autorizada pelo Decreto-lei 9.621/1946) etc.

63 A exigência de autorização legal para a criação dos Serviços Sociais Autônomos decorre da necessidade de lei impositiva das contribuições sociais, espécie tributária, e da sua respectiva destinação. Em outras palavras: não se trata da autorização legislativa prevista no art. 37, XIX, da CRFB, mas, sim, da necessidade de lei (princípio da legalidade) para criação de tributos e para o seu repasse às mencionadas pessoas privadas, tendo em vista o disposto no art. 240 da CRFB.

64 O STF, no julgamento do pedido liminar na ADI 1923 MC/DF, confirmou a constitucionalidade da Lei 9.637/1998. Sustentava-se a inconstitucionalidade, entre outros argumentos, pelo fato de a referida Lei admitir o repasse de benefícios públicos para entidades privadas sem licitação *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 474). É importante notar que o mérito da ação encontra-se pendente de julgamento.

65 Na lição de Paulo Modesto, "as entidades de colaboração não são delegadas do Estado e não gozam de prerrogativas de direito público, processuais ou materiais. Não editam atos administrativos nem estão sujeitas ao processo administrativo para decidir. São entidades privadas, não estatais, que colaboram com o Estado, mas não se equiparam a ele ou a qualquer órgão do Poder Público" (O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. *Terceiro setor e parcerias na área de saúde.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 32).

66 Marçal Justen Filho, ao analisar a formalização do contrato de gestão, afirma a "necessidade de prévia licitação para configurar o contrato de gestão e escolher a entidade privada que será contratada", salvo as situações de dispensa e de inexigibilidade, bem como de credenciamento *(Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 36). No mesmo sentido: STJ, 1.ª Turma, REsp 623.197/RS, Min. José Delgado, *DJ* 08.11.2004, p. 177.

67 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 244-245; TCU, Plenário, Acórdão 1.006/11, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 20.04.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 59).

[68] Ressalte-se que o art. 81 do Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração dispõe que os instrumentos jurídicos celebrados com as entidades privadas sem fins lucrativos não se submetem às normas da Lei 8.666/1993, salvo no tocante ao disposto no art. 116 daquela Lei. O texto integral do anteprojeto encontra-se disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seg Acesso em: 20 mar. 2011.

[69] Nesse sentido, por exemplo: art. 7.º da Lei 9.637/1998.

[70] Em sua redação originária, o art. 23 do Decreto 3.100/1999 não tornava obrigatória a utilização do concurso de projetos, que dependeria da análise discricionária do Poder Público. O TCU, analisando a questão, determinou ao Poder Executivo a realização de aperfeiçoamento no Decreto 3.100/1999 para, entre outras medidas, tornar, em princípio, obrigatória a realização do concurso de projetos (TCU, Plenário, Decisão 931/1999, Rel. Min. Marcos Vilaça, *BTCU* 78/1999). Com a alteração promovida pelo Decreto 7.568/2011, o concurso de projetos passou a ser obrigatório.

[71] Em relação ao chamamento público, o art. 7.º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011 dispõe: "Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria com entes públicos, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV, que deverá conter, no mínimo: I – a descrição dos programas a serem executados de forma descentralizada; e II – os critérios objetivos para a seleção do convenente ou contratado, com base nas diretrizes e nos objetivos dos respectivos programas. Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de 15 (quinze) dias, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios".

[72] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. *RDA*, v. 207, p. 93, jan.-mar. 1997.

[73] Decreto 5.504/2005: "Art. 1.º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. [...] § 5.º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria". Todavia, o art. 11 do Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, afirma que a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar "os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato".

74 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 512-513.

75 Em relação ao Sistema "S": TCU, Plenário, Decisão 907/97, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, *DOU* 26.12.1997. Quanto às "OS" e "OSCIP": TCU, Plenário, Acórdão 1.777/05, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, *DOU* 22.11.2005. Em decisões posteriores, as 1.ª e 2.ª Câmaras do TCU afirmaram a necessidade de adoção da modalidade pregão, preferencialmente eletrônico, para aquisição de bens e serviços comuns pelo Sistema S e OS, com a utilização de recursos públicos, tendo em vista os princípios da eficiência e da economicidade. TCU, Acórdão 3.153/12, 2.ª Câmara, Rel. Min. José Jorge, 08.05.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 105); TCU, Acórdão 5.613/12, 1.ª Câmara, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 18.09.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 124). Recentemente, o TCU afirmou que as entidades do Sistema S "não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei 8.666/1993 e não são alcançadas pelo comando contido no art. 4.º do Decreto 5.450/2005, que impõe a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União. Tais entidades, que não integram a Administração Direta e nem a Indireta, estão obrigadas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal." TCU, Plenário, Acórdão 1.392/13, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 05.06.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 154). O Plenário do TCU tem afirmado a desnecessidade de realização de licitação por entidades privadas, que recebem recursos oriundos de convênios celebrados com entes da Administração Federal, admitindo-se a adoção de procedimentos simplificados, desde que observem os princípios da igualdade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa. TCU, Acórdão 1.907/12, Plenário, Rel. Min. José Jorge, 18.07.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 116).

76 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293-297. Registre-se que as entidades do Terceiro Setor não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União. TCU, Plenário, Acórdão 1.785/13, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, *DOU* 10.07.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 159).

77 Sobre o tema, vide nosso artigo OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,* Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./set. 2012.

78 A "função regulatória" da licitação foi mencionada de forma pioneira no Brasil por Marcos Juruena Villela Souto *(Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6, 105, 328 e 424).

79 Sobre a natureza do processo administrativo, vide: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 204.

80 Como há muito leciona Marcos Juruena Villela Souto: "A vedação constante do art. 3.º da Lei n.º

8.666/93 é apenas para exigências que frustrem o caráter competitivo da licitação. Ora, quando o objetivo for exatamente o de preservar ou restaurar esse caráter competitivo e o próprio mercado onde a competição se desenvolve, é lícito aplicar a ideia de função regulatória da licitação" *(Direito administrativo das parcerias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10-11).

81 Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União: "A restrição à competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação" (Acórdão 1556/2007 Plenário (Sumário).

82 Não se trata mais de uma tendência excepcional. O Estado, atualmente, integra a ordem econômica, como ressalta Fabio Nusdeo: "[...] a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões *(Curso de economia:* introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997. p. 216).

83 POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its regulation.* Washington, EUA: Cato, 1999.

84 A função instrumental da concorrência é defendida em SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47-48.

85 Marçal Justen Filho, da mesma forma, ressalta a instrumentalidade da licitação *(Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 12. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 74).

86 Sobre a função regulatória da licitação, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89; Idem. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6, p. 105, 328 e 424; FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,* v. 37, p. 133-142, 2009; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73-75.

87 Assim preceitua o art. 6.º, XII, da Lei: "Art. 6.º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o **estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos"** (grifo nosso).

88 Destaque-se que o *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa,* publicado em 2011, propõe a utilização dos contratos públicos para proteção do meio ambiente. Sobre o tema, vide: ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 415-441.

89 As licitações com essa característica têm sido referidas pelo signo de "licitações verdes", e o Brasil tem divulgado tal inovação inclusive no âmbito da Rede Interamericana de Compras Governamentais (RICG). A esse respeito consta notícia no *site* oficial do Ministério do Planejamento da União intitulada Planejamento apresenta "licitação verde" em conferência latino-americana. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=6694&cat=94&sec=7>. Acesso em: 20 dez. 2010.

Além disso, confira-se: CSIPAI, Luciana Pires. Guia prático de licitações sustentáveis do núcleo de assessoramento jurídico em São Paulo – AGU. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/templatetexto.aspx?idconteudo=138067&id_site=777>. Acesso em: 20 dez. 2010; e o *site* do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão voltado às compras públicas sustentáveis. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 20 dez. 2010.

90 Esse é o teor do art. 43 da LC 123/2006: "Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição".

91 Confira-se o teor do art. 44 da LC 123/2006: "Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1.º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada".

92 "Art. 24. É dispensável a licitação: 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."

93 "Art. 24. [...] 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."

94 Confira-se, por relevante, o teor do seu art. 1.º: "Art. 1.º Nas contratações diretas e nas licitações realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual direta e indireta, deverão constar dos respectivos editais, a obrigatoriedade para a empresa com 100 (cem) ou mais empregados de demonstrar o preenchimento de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I – até duzentos empregados, 2% (dois por cento); II – de duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento); III – de quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento); ou IV – mais de mil empregados, 5% (cinco por cento). Parágrafo único. A procuradoria Geral do Estado elaborará a minuta-padrão das cláusulas contratuais e editalícias decorrentes do *caput* deste artigo".

95 A partir do reconhecimento da normatividade do texto constitucional e de sua superioridade hierárquica, a interpretação de todo e qualquer ramo do Direito passou a depender da sua adequação às normas constitucionais. Sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo:* o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

96 GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 165-166.

97 GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo.* Madrid: MAP, 1991. v. I, p. 76 e ss.

98 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1976. p. 422.

99 A necessidade de eficiência na atuação administrativa também é mencionada em outras passagens do texto constitucional, a saber: a) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem instituir e manter sistema de controle interno com a finalidade de "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" (art. 74, II, da CRFB); b) a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem ser disciplinados pela legislação, com o objetivo de garantir a eficiência (art. 144, § 7.º, da CRFB). Da mesma forma, o referido princípio encontra-se previsto no art. 2.º da Lei 9.784/1999.

100 No Direito Comparado, a análise do resultado já pode ser encontrada em estudos monográficos recentes, com destaque para duas obras italianas: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; e SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado.* Torino: Giappichelli, 2003. No Brasil, o estudo do resultado como novo paradigma do Direito Administrativo foi destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra: *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

101 ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out.-nov.-dez. 2005, p. 21 e 23-24. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 1.º jun. 2010.

102 De acordo com as lições de J. J. Gomes Canotilho: "Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais (ex.: princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios" *(Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1208).

103 Fábio Nusdeo descortina o significado da expressão "desenvolvimento" na Constituição: "Já na atual Constituição de 1988, a expressão perdeu o seu qualificativo econômico para aparecer de maneira mais ampla e correta como desenvolvimento nacional (art. 3.º, II), quedando-se, pois, fora do Título VII dedicado à Ordem Econômica e Financeira. Como já acima assinalado, o desenvolvimento não pode ser restringido ao campo puramente econômico, devendo abarcar necessariamente o institucional, o cultural, o político e todos os demais. [...] Assim, investimentos em setores sociais como educação, saúde, habitação, se, num primeiro momento, parecem desviar recursos das aplicações diretamente produtivas ou econômicas, como estradas, usinas e poços de petróleo, na realidade irão poupar um conjunto muito severo de custos a se manifestarem logo adiante pela queda de produtividade da mão de obra, pelo aumento da criminalidade pelo solapamento da coesão social e tantos outros. Aliás, tem sido

a constatação destes custos o que tem levado a se repensar o conceito e as manifestações do desenvolvimento" (Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19).

104 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

105 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 12.

106 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Temas polêmicos de licitações e contratos. *FCGP,* Belo Horizonte, ano 8, n. 92, p. 7, ago. 2009.

107 As peculiaridades da atividade de fomento são assim delineadas por André de Labaudere: "Mais do que obrigar, o Estado procura levar os agentes econômicos a comprometerem-se em determinadas direcções. Emprega hoje em dia, para isso, e bastante largamente, o processo do acordo convencional" *(Direito público econômico.* Coimbra: Almedina, 1985. p. 428).

108 Confira-se, por relevante, o disposto na cláusula 3.5 da Portaria ANP 180, de 05.06.2003: "3.5 As empresas Concessionárias deverão manter à disposição da ANP, pelo prazo de 5 anos após o término da Fase de Exploração ou Etapa de Desenvolvimento, todos os registros comprobatórios, na forma de declaração de origem fornecida pelo fornecedor do bem ou serviço ou outro comprovante inequívoco, de que os bens e serviços declarados como locais atendem aos conceitos de Bem de Produção Nacional e Serviço Prestado no Brasil dos Contratos de Concessão".

109 A atual redação do art. 3.º da Lei 8.666/1993 elenca os três objetivos da licitação, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável. Ivan Barbosa Rigolin, ao tratar da MP 495/2010, convertida na Lei 12.349/2010, apresenta visão crítica à inserção da "promoção do desenvolvimento nacional" no art. 3.º da Lei 8.666/1993. Em suas palavras, "a ideia é péssima, porque em seu nome é de se imaginar quantas atrocidades jurídicas serão propiciadas em nome desse demagógico, deslocadíssimo e inteiramente fora de propósito patriotismo, verdadeira patriotada, em detrimento da proposta efetivamente mais vantajosa para o momento da administração local que licita" (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei de licitações é novamente alterada – A MP n.º 495, de 19.7.10. *FCGP,* Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 23, ago. 2010).

110 Nesse sentido, confira-se trecho da exposição de motivos E.M.I. 104/ MP/MF/MEC/MCT, que seu origem ao referido ato normativo: "9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho".

111 Nesse sentido, confira-se a lição de Konrad Hesse: "A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a

ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição" (A *força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 24).

112 Carlos Pinto Coelho Motta, ao comentar as alterações promovidas pela MP 495/2010, convertida na Lei 12.349/2010, sustenta: "Nesse contexto, a Medida Provisória sob foco trata, sim, de pôr em prática, especificamente nas contratações públicas, inclusive na modalidade pregão (art. 2.º MP n.º 495/10), as medidas próprias e legítimas tendentes à realização da política nacional de garantia do desenvolvimento econômico e do incentivo ao mercado interno, instituída por força do regime republicano" (Licitações nacionais como instrumento de efetivação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. *FGCP,* Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 10, nov. 2010).

113 Confiram-se os §§ 5.º a 8.º acrescentados no art. 3.º da Lei 8.666/1993: "Art. 3.º [...] § 5.º Nos processos de licitação previstos no *caput,* poderá ser estabelecido margem **de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais** que atendam a normas técnicas brasileiras. § 6.º A margem de preferência de que trata o § 5.º 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. § 7.º 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 § 5.º. § 8.º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5.º e 7.º, 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" (grifo nosso). Registre-se, por oportuno, que o Decreto 7.601, de 07.11.2011, estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3.º da Lei 8.666/1993.

114 Essa diretriz já havia sido traçada, por exemplo, no âmbito do Complexo Industrial da Saúde, estando explícita na Resolução 374/2008 para que o **"poder de Compra do Estado"** seja empregado em prol do desenvolvimento industrial da área da saúde: "Art. 4.º As diretrizes estabelecidas para o Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo Industrial da Saúde são: **VI – utilizar estrategicamente o poder de compra do Estado na área da saúde em articulação com políticas de fomento ao desenvolvimento industrial"** (grifo nosso).

115 BERCOVIVI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais.* São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 214.

116 SAGASTI, Francisco R. *Tecnologia, planejamento e desenvolvimento autônomo.* São Paulo: Perspectiva, 1986. p. 17-20 e 151-152, apud BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e*

dos recursos minerais. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 214.

117 Nesse sentido, confira-se J.J Gomes Canotilho: “Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável” *(Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002).

118 Luis Roberto Barroso explicita o conteúdo do princípio da proporcionalidade: “Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” *(Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209).

119 Essa concepção do Direito Administrativo é assim explicada por Carlos Ari Sundfeld: “Eis, então, o direito global: a) variadas cadeias de normas, algumas geradas no ‘mercado jurídico interno’, outras tantas de origem externa (diga-se: de diferentes origens externas); b) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando direito; c) por fim, a mundialização da economia fazendo valer seus interesses: tanto forçando a reforma dos Estados e criando-lhes uma nova organização, como impondo novas regulações para todo tipo de assunto (das relações trabalhistas às compras estatais; dos mercados financeiros aos serviços públicos; das patentes industriais aos sistemas previdenciários...)” (A administração pública na era do direito global. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 out. 2010.

120 De acordo com Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, a expressão *Global Administrative Law* compreende “os mecanismos, princípios, práticas e entendimentos apoiados pela sociedade que promovem ou afetam a responsabilização dos departamentos administrativos globais, assegurando que cumpram *standards* de transparência, participação, fundamentação das decisões e legalidade, fornecendo revisões eficazes das regras e decisões tomadas” (tradução livre) (The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporany Problems,* North Carolina: Duke University School of Law, v. 68, n. 3 e 4, p. 17 e 29, 2005).

121 TCU, Plenário, Acórdão 1.317/13, Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 29.05.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 153); TCU, Plenário, Acórdão 1.550/13, Rel. Min. José Múcio Monteiro, *DOU* 19.06.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 156).

122 O art. 45 da Lei 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do

Petróleo, exige o pagamento das seguintes compensações financeiras pela exploração desse recurso mineral: bônus de assinatura; *royalties;* participação especial; pagamento pela ocupação ou retenção de área; participações governamentais constantes.

123 Nesse sentido, o art. 24, XXI, da Lei 8.666/1993 dispõe: "Art. 24. [...] XXI – para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico".

124 Confira-se, por relevante, a definição de ICT constante da Lei 10.973/2004: "Art. 2.º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] V – Instituição Científica e Tecnológica – ICT: órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico".

125 Sobre o tema, vide nosso artigo: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 35, out.-dez. 2011.

126 No mesmo sentido, confira-se: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública:* a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43-44; ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 21.

127 Com o mesmo pensamento otimista acerca da nova sistemática de contratação, confiram-se Carlos Ari Sundfeld e Mario G. Sapiro: "Enfim, o RDC é imune a riscos e blindado contra a corrupção? Não. Mas a aposta em uma lei menos formalista não parece ser uma aventura. As suas inovações decorrem de boas experiências da administração pública e também das más experiências proporcionadas pela Lei 8.666. A atual configuração das contratações públicas não é satisfatória. Bem por isso, projetos piloto como RDC são bem-vindos. Que a Copa sirva ao menos como uma janela de oportunidade para uma boa reforma da gestão pública" (Oportunidade para uma necessária reforma da Lei 8.666 por Carlos Ari Sundfeld e Mario G. Shapiro – Uma Copa para uma nova licitação. *Valor Econômico,* 27 out. 2011).

128 Até a edição do presente livro, constavam duas ADIs que questionavam o RDC no STF, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux, pendentes de julgamento: a) ADI 4.645, proposta pelo PSDB, DEM e PPS; e b) ADI 4.655, apresentada pela Procuradoria-Geral da República.

129 O texto inicial da MP 527/2011 limitava-se a instituir a Secretaria de Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei de Conversão inseriu as normas sobre o RDC.

130 Nesse sentido, por exemplo: STF, Tribunal Pleno, ADI 2.113/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe-157* 21.08.2009, p. 130.

131 Sobre a importância do pragmatismo e do consequencialismo no Direito Administrativo, vide trabalho de nossa autoria: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *RDA*, v. 256, p. 129-163, jan.-abr. 2011.

132 Segundo a jurisprudência do TCU, "a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas –

RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 – ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso – só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses eventos esportivos, e desde que reste evidenciada a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas *a posteriori,* em respeito ao disposto nos artigos 1.º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1.º, da Lei 8.666/93". TCU, Acórdão 1.538/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 20.06.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 111).

133 No primeiro edital realizado sob o RDC publicado, no Brasil, pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), foi expressa a sua submissão a esse novo regime de contratação. Transcreva-se o item 3.1 do referido edital: "3.1. A presente licitação reger-se-á pelo disposto neste Edital e seus Anexos, pela Lei n.º 12.462, de 05 de agosto de 2011, pelo Decreto n.º 7.581, de 11 de outubro de 2011". Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/arquivos_licitacao/2011/SRNE/001_ADNE_SBJP_2011_RDC/Edital_F Acesso: 1.º nov. 2011.

134 Nesse sentido: STF, Pleno, ADI 1.668 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 16.04.2004, p. 52 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 119).

135 Nesse sentido: STF, 2.ª Turma, AC-MC-QO 1193/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.06.2006, p. 18 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 426).

136 A padronização também é exigida para as compras no art. 15, I, da Lei 8.666/1993.

137 O TCU tem admitido a utilização de minuta-padrão, previamente aprovada pela assessoria jurídica, quando houver identidade de objeto e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas. TCU, Acórdão 873/11, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06.04.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 57).

138 Sobre o tema, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6, p. 105, 328 e 424; FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,* v. 37, p. 133-142, 2009; GARCIA, Flávio *Amaral. Licitações e contratos administrativos:* casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73-75.

139 A preocupação com a sustentabilidade ambiental é uma das principais tendências nas contratações públicas naquilo que se convencionou chamar de "licitações verdes". Mencione-se, por exemplo, o art. 6.º, XII, da Lei 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC): "art. 6.º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de

resíduos”.

140 Transcreva-se a ementa do julgado: “Representação. Licitação. Pregão presencial. Suspensão cautelar do certame. Oitiva. Exigência de apresentação de amostras antes da fase de julgamento. Ilegalidade. Possível restrição à competitividade do certame. Conhecimento. Representação prejudicada ante a perda de objeto. Determinações corretivas. A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados” (TCU, Plenário, Acórdão 1.113/08, Rel. Min. André Luís, *DOU* 13.06.2008). Em outra oportunidade, o TCU decidiu: “A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar”. TCU, Acórdão 3.269/12, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 134).

141 TCU, Plenário, Acórdão 512/09, Rel. Min. Aroldo Cedraz, *DOU* 31.03.2009; TCU, Plenário, Acórdão 1.832/11, Rel. Min. Raimundo Carreiro, *DOU* 18.07.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 71); TCU, Plenário, Acórdão 1.085/11. Rel. Min. José Múcio, 27.04.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 60).

142 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor: limites e possibilidades. *BDA*, v. 2, p. 172-188, 2010.

143 Nesse sentido: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 243-250. Em sentido contrário, não admitindo a figura do “Estado consumidor”, pois inexistente a vulnerabilidade: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 520.

144 Em sentido favorável à exigência de carta de solidariedade, vide: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *FCGP,* Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 25, set. 2011.

145 Sobre o tema, o TCU decidiu: “Representação. Licitação. Procedência. Anulação. Para habilitação de licitantes em pregão eletrônico, deve ser exigida, exclusivamente, a documentação disposta no art. 14 do Decreto n.º 5.450/2005. Dessa forma, indiscutível é a falta de amparo legal para exigência de declaração de compromisso de solidariedade do fabricante do produto como condição para habilitação, o que conduz à anulação do processo licitatório” (TCU, Plenário, Acórdão 1729/08, Rel. Min. Valmir Campelo, *DOU* 22.08.2008).

146 No entanto, a Lei veda a realização de obras e serviços de engenharia por meio de RDC sem o projeto executivo art. 8.º, § 7.º, da Lei 12.462/2011.

147 De acordo com o art. 74, § 1.º, do Decreto 7.581/2011, o anteprojeto deve conter, quando couber, os seguintes documentos técnicos: I – concepção da obra ou serviço de engenharia; II – projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; III – levantamento topográfico e cadastral;

IV – pareceres de sondagem; e V – memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

148 O art. 8.º, §§ 3.º e 4.º, da Lei 12.462/2011 estabelece: “Art. 8.º [...] § 3.º O custo global de obras e

serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. § 4.º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3.º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado".

149 Sobre a "Administração de resultados", vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 107-110; SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado.* Torino: Giappichelli, 2003; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

150 RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP:* fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 193.

151 Vide art. 11 da referida Instrução Normativa: "Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho. § 1.º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados. § 2.º Quando da adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no instrumento convocatório. § 3.º Os critérios de aferição de resultados deverão ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços, conforme dispõe esta Instrução Normativa e que deverá ser adaptado às metodologias de construção de ANS disponíveis em modelos técnicos especializados de contratação de serviços, quando houver. § 4.º Para a adoção do Acordo de Nível de Serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos".

152 Em sentido oposto, confira-se MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 67.

153 No mesmo sentido, Leonardo Coelho Ribeiro, ao analisar o art. 12 da MP 489/2010, que disciplinava o regime diferenciado, mas que perdeu a sua eficácia, assim se posicionou: "A medida propicia diversos efeitos positivos, a saber: (i) economia procedimental, uma vez que a inversão pode ser capaz de exonerar a Administração Pública de analisar a habilitação de todos os concorrentes; (ii) mitiga a litigiosidade relativa aos documentos de habilitação que costuma ocorrer entre os licitantes nas licitações tradicionais, impedindo ou, ao menos, dificultando que isso sirva de barreira à entrada de outros licitantes; (iii) reforça a celeridade e a eficiência do procedimento licitatório" (O regime de

licitações e contratos administrativos para Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. *Boletim de Licitações e Contratos*, p. 450, maio 2011).

154 De acordo com o TCU, a opção por orçamento aberto ou fechado em licitação regida pelo RDC insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. TCU, Acórdão 3.011/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 08.11.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 131).

155 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 149.

156 No original: "Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority" (OCDE. Guidelines for fighting bid rigging in public procurement (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas). Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>, p. 7. Acesso em: 17 set. 2011).

157 TCU, Plenário, Acórdão 114/07, Rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 09.02.2007.

158 Nesse sentido, confiram-se os sempre atuais ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: "Pré-qualificação (art. 114) é a verificação prévia das condições das firmas, consórcios ou profissionais que desejam participar de determinadas e futuras concorrências de um mesmo empreendimento. Não se confunde com a habilitação preliminar nas concorrências, porque esta se faz em cada concorrência e aquela se realiza para todas as concorrências de um empreendimento certo, que pode exigir uma única ou sucessivas concorrências. Também não se confunde com pré-classificação das propostas, mesmo porque na pré-qualificação os interessados não apresentam proposta, mas tão somente documentação comprobatória das condições técnicas, econômicas e jurídicas pedidas no edital como necessárias à execução do objeto do futuro contrato" *(Direito administrativo brasileiro.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95-97).

159 Nesse sentido, vide: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 783-784.

160 Sobre o "efeito carona" no Sistema de Registro de Preços, vide item 1.6.1.

161 A Autoridade Pública Olímpica (APO) é formada pela União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, na forma do protocolo de intenções previsto na Lei 12.396/2011. O Decreto 7.560, de 08.09.2011, dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos órgãos da Administração Pública federal quanto às ações do Poder Executivo federal no âmbito da Autoridade Pública Olímpica (APO).

Capítulo 3

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. CONCEITO E A DICOTOMIA CONTRATO ADMINISTRATIVO *X* CONTRATO PRIVADO

A Administração Pública, por meio de seus agentes, deve exteriorizar a sua vontade para desempenhar as atividades administrativas e atender o interesse público. A manifestação de vontade administrativa pode ser unilateral (atos administrativos), bilateral (contratos da Administração) ou plurilateral (consórcios e convênios).

A expressão "contratos da Administração" é o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública. São duas as espécies de contratos da Administração:[1]

a) **contratos administrativos:** são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público. É natural, aqui, a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/1993) que conferem superioridade à Administração em detrimento

do particular. Independentemente de previsão contratual, as cláusulas exorbitantes serão observadas nos contratos administrativos, pois a sua aplicação decorre diretamente da Lei. As características básicas dos contratos administrativos são: (i) desequilíbrio contratual em favor da Administração, tendo em vista a presença das cláusulas exorbitantes ("verticalidade");[2] e (ii) regime predominantemente de direito público, aplicando-se, supletivamente, as normas de direito privado. Ex.: contratos de concessão de serviço público, de obras públicas, de concessão de uso de bem público, etc.;

b) **contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos:**[3] são os ajustes em que a Administração Pública e o particular estão em situação de relativa igualdade, regidos predominantemente pelo direito privado. Frise-se que o art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 admite a aplicação das cláusulas exorbitantes, "no que couber", aos contratos privados da Administração.[4] É evidente, todavia, que as cláusulas exorbitantes desnaturariam esses contratos, aproximando-os dos contratos administrativos típicos. Por essa razão, a doutrina sustenta que a presença dessas cláusulas nos contratos privados depende da vontade das partes e a sua aplicação está condicionada à expressa previsão contratual. As características básicas dos contratos privados da Administração são: (i) equilíbrio contratual relativo, em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes ("horizontalidade"); e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.) Ex.: contratos de compra e venda, de seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc.

Nas duas espécies de contratos da Administração (contratos administrativos e contratos privados da Administração), a Administração é parte do ajuste (elemento subjetivo), e o objetivo é a satisfação do interesse público (elemento objetivo).[5] A principal diferença se encontra na igualdade ou desigualdade entre

as partes contratantes e, por consequência, o regime jurídico, que será predominantemente aplicado (elemento formal).[6]

Os contratos administrativos serão estudados com maior profundidade, tendo em vista as suas características próprias, distintas daquelas normalmente encontradas nos contratos privados.

Registre-se, todavia, que a tendência é a relativização da distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, especialmente a partir da releitura das cláusulas exorbitantes e uniformização do regime jurídico, inclusive no Direito Comunitário Europeu.[7]

Não obstante isso, a doutrina e a jurisprudência pátrias sustentam, ainda, a dicotomia mencionada acima, razão pela qual a abordagem, utilizada na presente obra, observará, em princípio, a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração.

3.2. FONTES NORMATIVAS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

O art. 22, XXVII, da CRFB estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de contratação que devem ser observadas por todos os Entes Federados. No entanto, cada Ente Federado possui competência para legislar sobre normas específicas. A dificuldade para diferenciação das normas gerais (nacionais) e específicas já foi apresentada quando do estudo da licitação.[8]

A Lei 8.666/1993, que regulamentou a mencionada norma constitucional, dispõe sobre as normas para licitações e contratos da Administração Pública, consubstanciando o principal diploma legal sobre a matéria. Todavia, existem inúmeras leis específicas que tratam de determinadas modalidades contratuais (ex.: Lei 8.987/1995: concessão e permissão de serviços públicos; Lei 11.079/2004: Parcerias Público-Privadas etc.).

Nos convênios, os partícipes possuem objetivos institucionais comuns e pretendem alcançar objetivos comuns. Em virtude da inviabilidade de

competição, não se cogita, em princípio, da realização de licitação. Ressalte-se que nos casos em que, não obstante a nomenclatura utilizada, existam obrigações recíprocas, típicas de vínculos contratuais, o instrumento jurídico deverá ser precedido de licitação, na forma do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.[9]

3.3. SUJEITOS DO CONTRATO

De acordo com o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, considera-se contrato "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Verifica-se, portanto, que as partes no contrato administrativo são a Administração Pública (contratante) e o particular (contratado), conclusão corroborada pelas definições contidas no art. 6.º, incisos XIV e XV, da Lei 8.666/1993.[10]

Questão que pode gerar dúvidas relaciona-se com a possibilidade ou não de contratos administrativos entre entidades da Administração (ex.: União e Estado).

> **Primeira posição:** possibilidade de contratos administrativos entre pessoas administrativas, tendo em vista a natureza das partes contratantes (entidades administrativas). Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho.[11]
>
> **Segunda posição:** o ajuste entre pessoas administrativas não possui caráter contratual, mas sim de convênio ou consórcio, tendo em vista a comunhão de interesses. Nesse sentido: Diógenes Gasparini, Jessé Torres Pereira Junior.[12]

A partir da visão tradicional, que diferencia os contratos dos atos administrativos complexos (convênios e consórcios), é possível concluir pela

inviabilidade da celebração de contrato administrativo entre entidades estatais, pois, nesse caso, em razão da comunhão de interesses, teríamos verdadeiros convênios. Por outro lado, é ilógico admitir que uma entidade estatal tenha superioridade (prerrogativas) em relação à outra entidade constante do ajuste. Ressalte-se que a Lei 8.666/1993, ao definir o contrato administrativo, foi categórica ao dispor que se trata de ajuste entre a Administração e o particular (arts. 2.º, parágrafo único, e 6.º, XIV e XV), bem como estabeleceu diferenças entre os contratos e os convênios (arts. 2.º e 116).[13]

Excepcionalmente, a figura contratual seria admitida nas relações firmadas por pessoas administrativas com empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência com as empresas privadas. De acordo com o art. 173, § 1.º, II, da CRFB, as estatais econômicas atuantes no mercado concorrencial subordinam-se, no que couber, ao mesmo regime jurídico das empresas privadas e buscam o lucro. Por esta razão, é possível a caracterização do contrato administrativo com prerrogativas em favor do Ente Federado contratante e sujeições da estatal econômica contratada.

Outra questão interessante refere-se à viabilidade de contratos administrativos por entidades administrativas com personalidade de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado). Nesse caso, é importante lembrar que, em regra, tais entidades praticam atos de direito privado, mas isso não afasta a possibilidade de edição de atos administrativos quando houver o desempenho de uma atividade ou função administrativa.

> **Primeira posição:** os contratos administrativos são celebrados exclusivamente por Entes da Administração Direta (União, Estados, DF e Municípios) e por entidades de direito público da Administração Indireta (autarquias e fundações estatais de direito público). As entidades administrativas com personalidade de direito privado não celebram contratos administrativos, mas, sim, contratos privados da Administração. Nesse sentido: Jessé Torres Pereira Junior.[14]

Segunda posição: as entidades de direito privado da Administração Pública podem celebrar contratos administrativos quando prestarem serviços públicos. Em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, deve ser feita a distinção entre os seus objetos: enquanto as estatais econômicas somente celebram contratos privados da Administração, tendo em vista a submissão, em regra, ao mesmo regime jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1.º, II da CRFB), as estatais que prestam serviços públicos podem celebrar contratos administrativos vinculados à prestação do serviço público. Nesse sentido: Diógenes Gasparini e Marcos Juruena Villela Souto.[15]

Sustentamos a possibilidade de celebração de contratos administrativos por entidades de direito privado quando prestadoras de serviços públicos, visto que a atividade administrativa desempenhada por essas pessoas atrai a incidência do regime de direito público, típico dos contratos administrativos. Nesse sentido, o STJ[16] considerou que o contrato celebrado pela Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) com empresa privada, selecionada mediante licitação, para construção de duas agências dos correios, deve ser considerado "contrato administrativo", sujeito ao Direito Administrativo (possibilidade de cláusulas exorbitantes), pois não se trata de relação de direito privado ou de consumo.

3.4. CARACTERÍSTICAS

Os contratos administrativos são regidos, predominantemente, por normas de direito público. O reconhecimento de prerrogativas em favor da Administração Pública e a importância da atividade administrativa desempenhada revelam a necessidade de aplicação do regime de direito público. Em consequência, os contratos administrativos possuem características específicas que podem ser assim resumidas: formalismo moderado, bilateralidade, comutatividade, personalíssimo *(intuitu personae)*, desequilíbrio e instabilidade.

3.4.1. Formalismo moderado

A atuação administrativa, ao contrário da atuação privada, exige maiores formalidades, tendo em vista a gestão da "coisa pública". Por esta razão, a Constituição e a Lei 8.666/1993 exigem o cumprimento de algumas formalidades para celebração de contratos administrativos. Ex.: exigência de licitação prévia, salvo os casos excepcionais admitidos pela legislação; forma escrita do contrato, sendo vedados os contratos verbais, salvo os de pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único, da Lei); cláusulas necessárias que devem constar do ajuste (art. 55 da Lei); prazo determinado (art. 57, § 3.º, da Lei).

Em relação à forma escrita do contrato, é pertinente uma ponderação. O art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 exige a forma escrita, considerando "nulo e de nenhum efeito" o contrato verbal. A única exceção expressamente reconhecida por essa norma refere-se aos contratos verbais de pequenas compras (até R$ 4.000,00)[17] e pronto pagamento.

Todavia, a norma deve ser interpretada em conformidade com os princípios gerais do Direito, pois a interpretação literal da norma levaria à conclusão de que os contratos verbais, que não são de pequenas compras, não seriam considerados válidos e não produziriam efeitos, inclusive o efeito do pagamento. Ocorre que essa interpretação prejudicaria o particular de boa-fé que forneceu o bem ou prestou o serviço e acarretaria o enriquecimento sem causa da Administração. Por esta razão, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido o dever da Administração contratante de pagar ao contratado pela execução do ajuste verbal, em homenagem aos princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa. Nesse sentido: STJ, TJRJ, Marçal Justen Filho, Marcos Juruena Villela Souto, Enunciado 8 da PGE/RJ e Orientação Normativa/AGU 4.[18]

Entendemos que essa possibilidade deve ficar adstrita aos casos de comprovada urgência, hipótese em que a licitação, inclusive, é dispensável (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993) e a boa-fé é presumida, sob pena de se incentivarem o conluio e o cometimento de ilegalidades por parte da Administração e de

determinados particulares. O reconhecimento da execução do objeto contratual e o respectivo pagamento (incluído o lucro do particular) são formalizados por meio do Termo de Ajuste de Contas (ou "contrato de efeitos pretéritos").[19]

3.4.2. Bilateralidade

A formalização de todo e qualquer contrato (público ou privado) depende da manifestação de vontade das partes contratantes. Ademais, a bilateralidade é encontrada na produção de efeitos, pois o ajuste estabelece obrigações recíprocas para as partes. As cláusulas regulamentares (ou de serviço) são inseridas no contrato pela Administração, havendo liberdade para manifestação de vontade do particular no tocante às cláusulas econômicas (preço, reajuste etc.). Esse é o traço distintivo entre os contratos e os atos administrativos, pois, nesse último caso, a formatação do ato depende da manifestação unilateral da Administração.

3.4.3. Comutatividade

As obrigações das partes contratantes são equivalentes e previamente estabelecidas. A equação financeira inicial do contrato, estabelecida a partir da proposta vencedora na licitação, deve ser preservada durante toda a vigência do contrato. Trata-se do princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previsto no art. 37, XXI, da CRFB ("cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei"). A equação financeira inicial deve ser preservada contra o decurso do tempo, bem como nos casos de fatos extraordinários não imputáveis ao contratado. Por esta razão, a legislação contempla alguns instrumentos para efetivação desse princípio, com destaque para o reajuste e a revisão do contrato.

3.4.4. Personalíssimo *(intuitu personae)*

O contrato é celebrado com o licitante que apresentou a melhor proposta. A

escolha impessoal do contratado faz com que o contrato tenha que ser por ele executado, sob pena de burla aos princípios da impessoalidade e da moralidade.[20]

Todavia, não se pode emprestar caráter absoluto a essa exigência, admitindo-se, nas hipóteses legais, a alteração subjetiva do contrato (ex.: os arts. 72 e 78, VI, da Lei 8.666/1993 admitem a subcontratação parcial, até o limite permitido pela Administração, desde que essa possibilidade esteja prevista no edital e no contrato).[21]

3.4.5. Desequilíbrio

É tradicional a afirmação de que, ao contrário do que ocorre nos contratos privados, as partes contratantes nos contratos administrativos estão em posição de desigualdade, tendo em vista a presença das cláusulas exorbitantes que consagram prerrogativas à Administração e sujeições ao contratado. O art. 58 da Lei 8.666/1993 prevê as cláusulas exorbitantes (alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória).

3.4.6. Instabilidade

A Administração possui a prerrogativa de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou, até mesmo, rescindir os contratos administrativos, tendo em vista a necessidade de atender o interesse público. A mutabilidade natural do interesse público, em razão da alteração da realidade social, política e econômica, acarreta a maleabilidade (instabilidade) nos contratos administrativos. Enquanto nos contratos privados sempre vigorou a ideia, hoje muito mitigada pelas teorias revisionistas, do *pacta sunt servanda*, nos contratos administrativos a instabilidade é uma nota essencial.

3.5. FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO E GARANTIAS

O formalismo moderado é uma das características dos contratos

administrativos, segundo a qual a Administração deve obedecer aos procedimentos previstos na legislação para formatação válida do ajuste.

Os contratos administrativos, em regra, devem ser precedidos de licitação, salvo as hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade. A minuta do contrato deve integrar sempre o instrumento convocatório (art. 62, § 1.º, Lei 8.666/1993).

Da mesma forma, os contratos devem ser escritos, prescrevendo a legislação que os contratos verbais são nulos e de nenhum efeito, salvo os ajustes para pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).

A Lei de Licitações impõe, ainda, outras solenidades: a) arquivamento dos contratos administrativos em ordem cronológica e o registro de seus extratos (art. 60); b) os contratos devem mencionar "os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais" (art. 61); c) publicação na imprensa oficial dos contratos e seus aditamentos, ainda que de forma reduzida, que funciona como condição de sua eficácia (art. 61, parágrafo único).[22]

A formalização dos contratos administrativos pode ser feita de duas formas (art. 62 da Lei 8.666/1993):

a) instrumento contratual: necessário para os 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;

b) o instrumento contratual pode ser substituído, nos demais casos, por outros instrumentos hábeis (ex.: carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço), devendo constar desses instrumentos as cláusulas necessárias previstas no art. 55 da Lei de Licitações. Também é possível a substituição do termo contratual, 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 (art. 62, § 4.º, da Lei de Licitações).

Os contratos administrativos possuem cláusulas necessárias (art. 55 da Lei 8.666/1993) e cláusulas acidentais. São cláusulas necessárias: (i) a definição do objeto e seus elementos característicos; (ii) o regime de execução (empreitada global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral) ou a forma de fornecimento, esta última exigida, normalmente, na compra e venda; (iii) o preço, 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;[23] (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 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 formalizou a dispensa ou a inexigibilidade, ao convite e à proposta do licitante vencedor; (xii) a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; e (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. Ademais, de acordo com o art. 55, § 2.º, da Lei, deve constar cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

A Administração pode exigir garantia nas contratações de obras, serviços e compras, desde que tal exigência conste do instrumento convocatório, não

podendo a garantia ser superior a 5% do valor do contrato, salvo na hipótese de contratações de grande vulto, com alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, quando a garantia pode ser de até 10% do valor do contrato. Nas contratações que importarem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens. As garantias podem ser: (i) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; (ii) seguro-garantia; e (iii) fiança bancária. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato (art. 56 e parágrafos da Lei 8.666/1993).[24]

3.6. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Os contratos administrativos são caracterizados pelo desequilíbrio das partes, uma vez que as cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993, conferem prerrogativas à Administração e sujeições ao contratado, independentemente de previsão editalícia ou contratual. São cláusulas exorbitantes: alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória.[25]

É importante salientar que o exercício de prerrogativas por parte da Administração no âmbito dos contratos administrativos dependerá de decisão motivada e ampla defesa e contraditório.

3.6.1. Alteração unilateral

Ao contrário do que ocorre nos contratos privados, a Administração Pública pode alterar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos para melhor efetivação do interesse público, respeitados os limites legais e de forma justificada (arts. 58, I, e 65, I, da Lei 8.666/1993).

A alteração unilateral pode ser dividida em duas espécies:

a) **alteração qualitativa (art. 65, I):** alteração do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; ou

b) **alteração unilateral quantitativa (art. 65, II):** alteração da quantidade do objeto contratual, nos limites permitidos pela Lei.

Existem requisitos que devem ser observados na alteração unilateral:

a) necessidade de motivação: o art. 65 exige a apresentação das "devidas justificativas";

b) a alteração deve decorrer de fato superveniente à contratação, pois no momento da instauração da licitação a Administração efetivou a delimitação do objeto contratual, o que condicionou a apresentação das propostas pelos licitantes. A alteração poderia servir como burla à licitação, pois o administrador, ao definir equivocadamente o objeto a ser licitado, poderia restringir a participação de interessados. É evidente que, constatado o equívoco do agente na definição do objeto licitado e a necessidade de alteração, deve ser permitida a alteração contratual para se atender o interesse público, sem prejuízo da devida apuração da responsabilidade do agente;

c) impossibilidade de descaracterização do objeto contratual (ex.: não se pode alterar um contrato de compra de materiais de escritório para transformá-lo em contrato de obra pública);

d) necessidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Efetivada a alteração unilateral do contrato, a Administração tem o dever de efetuar a revisão contratual para reequilibrar a equação econômica do contrato (princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), na forma do arts. 58, § 2.º, e 65, § 2.º, da Lei 8.666/1993;[26]

e) apenas as cláusulas regulamentares (ou de serviço) podem ser alteradas unilateralmente, mas não as cláusulas econômicas (financeiras ou monetárias), conforme previsão contida no art. 58, § 1.º, da Lei 8.666/1993.[27] Enquanto as cláusulas regulamentares ou de serviço

relacionam-se com o objeto do contrato, as cláusulas econômicas referem-se ao preço, forma de pagamento e aos critérios de reajuste (ex.: a Administração pode alterar o contrato para exigir a construção de 120 casas populares, em vez de 100 casas, inicialmente previstas quando da assinatura do contrato; pode ser alterado contrato de pavimentação de 100 km de determinada rodovia para se estender a pavimentação por mais 10 km). Nesse caso, a alteração da cláusula de execução repercutirá, necessariamente, no custo do contrato, razão pela qual deverá ser realizada a revisão para reequilibrar a equação financeira. A alteração da cláusula econômica, portanto, é uma consequência da alteração primária da cláusula regulamentar, não sendo lícita a alteração unilateral (e direta) do valor do contrato;

f) os efeitos econômicos ocasionados pela alteração unilateral das cláusulas regulamentares devem respeitar os percentuais previstos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/1993: os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, não podem ultrapassar o equivalente a 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, o limite será de 50% para os seus acréscimos.[28]

Existe relevante controvérsia no tocante à aplicação dos limites percentuais (25% e 50%) previstos no art. 65, § 1.º, da Lei às alterações qualitativas.

Primeira posição: os limites devem ser aplicados às alterações unilaterais quantitativas, mas não às qualitativas, tendo em vista dois fundamentos: (i) o art. 65, § 1.º, da Lei, que estabelece os mencionados limites, utiliza as expressões "acréscimos ou supressões", o que denota a quantidade do contrato. Ademais, o art. 65, I, "b", da Lei, ao definir a alteração quantitativa, também adota expressões análogas ("acréscimo ou diminuição"); (ii) nas definições das alterações unilaterais (qualitativa e quantitativa), apenas o inciso I, "b", do art. 65 da Lei (alteração quantitativa) faz menção a limites ("nos limites permitidos por esta Lei"). Não há menção,

na alteração qualitativa, a limites legais. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[29]

Segunda posição: os limites devem ser observados em toda e qualquer alteração unilateral, qualitativa ou quantitativa. O principal fundamento é a ausência de distinção entre as alterações nas normas que impõem os limites percentuais, admitindo-se a inobservância dos limites apenas para os casos de supressões por acordo das partes (art. 65, § 2.º, II, da Lei).[30] Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia, Jessé Torres Pereira Junior, TCU e STJ.[31]

Entendemos que a razão está com o segundo entendimento que aplica os limites às duas espécies de alteração unilateral (quantitativa e qualitativa). Não se afigura razoável permitir a alteração unilateral do contrato sem qualquer limite na repercussão econômica no preço, uma vez que esta situação conflitaria com os seguintes princípios constitucionais: a) segurança jurídica e boa-fé: a alteração ilimitada acarretaria insegurança para o contratado que deveria se sujeitar à vontade da Administração mesmo nas hipóteses em que não tenha condições materiais (equipamentos ou bens) ou econômicas para implementar o objeto alterado; b) economicidade: em virtude dos riscos incalculáveis assumidos pelo particular, a sua proposta de preço na licitação seria incrementada e não representaria, necessariamente, os custos e os lucros esperados; c) moralidade: na ausência de limites percentuais, o preço contratual poderia sofrer enorme variação, o que colocaria em dúvida, eventualmente, a modalidade de licitação utilizada para escolher o licitante. Lembre-se que a concorrência, a tomada de preços e o convite são modalidades de licitação que, normalmente, levam em consideração o valor estimado do contrato e possuem exigências diferenciadas em relação à participação dos licitantes (ex.: a Administração utiliza-se do convite, direcionando a contratação para alguns convidados, para celebrar o contrato que sofre alteração posterior para elevar o preço ao patamar que demandaria a concorrência – esta última modalidade admite a participação de qualquer interessado); e d) razoabilidade: não se pode pretender transformar a contratação pública em loteria ou aventura jurídica.

Na Decisão 215/1999, o TCU, por meio do seu Plenário, firmou o entendimento de que os limites percentuais devem ser aplicados às alterações qualitativas e quantitativas. Ressalte-se que a Corte de Contas admite, excepcionalmente, a inaplicabilidade dos limites quando a alteração qualitativa for consensual (e não unilateral), desde que preenchidos os seguintes pressupostos: (i) "não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório"; (ii) "não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado"; (iii) "decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial"; (iv) "não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos"; (v) "ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes"; e (vi) "demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', *supra* – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência".[32]

3.6.2. Rescisão unilateral

A Administração Pública possui a prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato administrativo, sem a necessidade de propositura de ação judicial (art. 58, II, da Lei 8.666/1993).

As hipóteses que podem justificar a rescisão unilateral dos contratos administrativos estão elencadas no art. 78 da Lei 8.666/1993 e podem ser divididas em dois grandes grupos: (i) rescisão com culpa do particular (ex.: não

cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, subcontratação sem autorização da Administração); e (ii) rescisão sem culpa do particular (ex.: caso fortuito ou força maior). A rescisão unilateral deve ser motivada, bem como precedida, de ampla defesa e de contraditório (art. 78, parágrafo único, da Lei).

Frise-se que o art. 78 da Lei enumera também hipóteses de rescisão por culpa da Administração, mas, nesse caso, a rescisão só poderá ocorrer por acordo na via administrativa ou mediante sentença judicial, pois o contratado não possui a prerrogativa de impor a rescisão ao Poder Público (art. 79, II e III, da Lei).

3.6.3. Fiscalização

A Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar a correta execução do contrato (art. 58, III, da Lei 8.666/1993).

Na forma do art. 67 da Lei 8.666/1993, a execução do contrato deve 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". No exercício da fiscalização, o representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando, se for o caso, a regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, § 1.º, da Lei). Quando as decisões e providências escaparem da competência do fiscal, elas deverão ser solicitadas aos superiores (art. 67, § 2.º, da Lei).

Conforme orientação do TCU,[33] a fiscalização deve ser contemporânea à execução do contrato, evitando-se atestações de serviços não concluídos ou com datas retroativas.

É motivo para rescisão contratual o desatendimento das determinações do agente fiscalizador, bem como as de seus superiores, na forma do art. 78, VII, da Lei.

3.6.4. Aplicação de sanções

A Administração possui a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado no caso de inexecução total ou parcial do ajuste, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 58, IV, da Lei 8.666/1993).

O art. 87 da Lei 8.666/1993 elenca as seguintes sanções administrativas, que devem ser aplicadas por meio do juízo de proporcionalidade do administrador a partir da gravidade da infração: (i) advertência (infrações leves); (ii) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (infrações médias); (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos (infrações graves); (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 (infração gravíssima).[34]

3.6.5. Ocupação provisória

No caso dos serviços essenciais, a Lei autoriza o apossamento provisório dos bens móveis e imóveis, bem como a utilização de pessoal e de serviços do contratado quando houver necessidade de apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, assim como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (arts. 58, V, 79, I, e 80, II, da Lei 8.666/1993).

3.6.6. Outras cláusulas exorbitantes

Além das cláusulas exorbitantes enumeradas no art. 58 da Lei 8.666/1993, existem outras prerrogativas reconhecidas ao Poder Público contratante.

Na hipótese de rescisão unilateral do contrato, o art. 80 da Lei 8.666/1993 reconhece, por exemplo, as seguintes prerrogativas, sem prejuízo da aplicação de outras sanções: a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em

que se encontrar, por ato próprio da Administração; b) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 da Lei 8.666/1993; c) execução da garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos causados à Administração, bem como dos valores das multas aplicadas ao contratado, independentemente da propositura de ação judicial; d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.[35]

3.6.7. A releitura das cláusulas exorbitantes

Conforme demonstrado anteriormente, é majoritário o entendimento de que as cláusulas exorbitantes são inerentes aos contratos administrativos e poderão ser utilizadas pelo Poder Público ainda que não previstas contratualmente.

É importante notar, contudo, que a afirmação da supremacia da Administração nos contratos administrativos, em razão da presença natural/ automática das cláusulas exorbitantes, começa a ser relativizada por parcela da doutrina.[36]

Isto porque o tradicional princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem sido questionado a partir dos argumentos assim sintetizados: a) o interesse público e os direitos fundamentais não são necessariamente colidentes e não são hierarquizados pela Constituição Federal; b) em vez de supremacia abstrata, o administrador deve justificar, concretamente, a prevalência do interesse a ser satisfeito em cada atuação.

Independentemente da discussão sobre a relativização do princípio da supremacia do interesse público, fato é que a absolutização das cláusulas exorbitantes não passa pelo filtro de uma interpretação pragmática comprometida, posto que a presença obrigatória de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos pode acarretar consequências negativas para a eficiência administrativa. As prerrogativas unilaterais em favor do Estado desequilibram a relação contratual, gerando insegurança e risco ao particular

que, naturalmente, embutirá o risco incerto em sua proposta apresentada durante o procedimento licitatório, elevando o preço a ser cobrado do poder público.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe a flexibilização das cláusulas exorbitantes que seriam incluídas discricionariamente em cada contrato administrativo. Com o intuito de se reforçarem a legitimidade e a segurança jurídica do particular, a técnica da flexibilização proposta pelo autor é conjugada com a "teoria da dupla motivação", por meio da qual a administração deve, em primeiro lugar, motivar a adoção ou o afastamento em tese da cláusula exorbitante nos contratos administrativos e, sem segundo lugar, motivar a utilização concreta de determinada cláusula exorbitante prevista contratualmente.[37]

Frise-se que a inaplicabilidade das cláusulas exorbitantes aos contratos administrativos não coloca em risco o atendimento do interesse público primário. Caso haja alteração da situação fática no curso do contrato que exija alteração das regras pactuadas, poderia a administração pública promover a alteração consensual do ajuste ou, em caso de impossibilidade, efetuar nova contratação, eventualmente com dispensa de licitação, se a hipótese, por óbvio, estiver inserida no rol do art. 24 da Lei 8.666/1993.

3.7. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra-se consagrado no art. 37, XXI, da CRFB, que estabelece a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta" vencedora na licitação ou na contratação direta.

A equação econômica é definida no momento da apresentação da proposta (e não da assinatura do contrato) e leva em consideração os encargos do contratado e o valor pago pela Administração, devendo ser preservada durante toda a execução do contrato.

É importante ressaltar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado tanto pelo particular (contratado) quanto pelo Poder Público (contratante). Assim, por exemplo, na hipótese de aumento de custos contratuais, em virtude de situações não imputadas ao contratado, o Poder Público deverá majorar o valor a ser pago pela execução do contrato ao contratado. Ao contrário, se os custos contratuais diminuírem, o Poder Público deverá minorar os valores a serem pagos ao contratado.[38]

A legislação consagra diversos mecanismos para evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato, com destaque para o reajuste, a revisão, a atualização financeira e a repactuação.

3.7.1. Reajuste

O reajuste é cláusula necessária dos contratos administrativos cujo objetivo é preservar o valor do contrato em razão da inflação (arts. 55, III, e 40, XI, da Lei 8.666/1993).

Em virtude da previsibilidade das oscilações econômicas que acarretarão desequilíbrio no contrato, as partes elegem, previamente, determinado índice que atualizará automaticamente o ajuste (ex.: IGPM).

O reajuste possui periodicidade anual e deve ser estipulado por "índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos" (art. 2.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001).[39]

Ressalte-se, contudo, que a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir (art. 40, XI, da Lei 8.666/1993 e art. 3.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001),[40] visto que o art. 37, XXI, da CRFB, que consagra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, exige a manutenção das condições efetivas da proposta. É o valor da proposta que deve ser preservado no curso do contrato.

Destarte, o prazo de 12 meses para o reajustamento não é contado da assinatura do contrato, o que permite concluir que o reajuste será possível nos

contratos com prazo inferior a um ano. Ex.: licitante apresenta a proposta vencedora em maio de 2008, mas o contrato, com prazo de 10 meses, é assinado em agosto de 2008. Em maio de 2009, o licitante poderá pleitear o reajuste.[41]

É possível, inclusive, que o reajuste ocorra antes da assinatura do contrato, desde que ultrapassado o prazo de 12 meses da apresentação da proposta.[42]

Se o edital e o contrato não estabelecerem a cláusula do reajuste, considera-se irreajustável o valor da proposta. A matéria se insere nos direitos disponíveis das partes e a inflação não é um fato imprevisível, razão pela qual seria vedada a invocação da teoria da imprevisão para atualizar o valor do contrato. Ademais, os licitantes, quando apresentaram suas propostas, tomaram ciência do edital e da minuta do contrato e, portanto, aquiesceram com os seus termos, inserindo em suas propostas o "custo" da ausência do reajuste. A concessão do reajuste violaria os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.[43]

No entanto, em sentido contrário à tese aqui sustentada, Marçal Justen Filho leciona que o fato de ser irreajustável o valor do contrato, em razão da ausência de cláusula nesse sentido, não impede a recomposição dos preços. O reajuste ensejaria a preservação automática da equação econômica, tendo em vista a prévia estipulação de um índice (há uma presunção absoluta do desequilíbrio contratual). Por outro lado, a recomposição de preços leva em consideração os eventos que efetivamente desequilibram o contrato e a comprovação real dos prejuízos, encontrando seu fundamento no princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.[44]

Em resumo, as características do reajuste são: a) cláusula contratual; b) incide sobre as cláusulas econômicas do contrato (valor do contrato); c) refere-se aos fatos previsíveis; d) "preserva" o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e e) depende da periodicidade mínima de 12 meses, contados da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir.

3.7.2. Revisão

A revisão refere-se aos fatos supervenientes e imprevisíveis (ex.: caso fortuito e força maior) ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (ex.: alteração unilateral do contrato) que desequilibram a equação econômica do contrato (arts. 58, § 2.º, 65, II, "d" e §§ 5.º e 6.º, da Lei 8.666/1993). Em virtude da impossibilidade de se prever a amplitude do desequilíbrio, constatado o fato superveniente, as partes formalizarão a revisão do contrato para restaurar o equilíbrio perdido.[45]

A revisão representa um direito do contratado e um dever do Estado que deve ser observado independentemente de previsão contratual sempre na hipótese em que for constatado o desequilíbrio do ajuste.[46]

Da mesma forma, a revisão, ao contrário do reajuste, não incide apenas em relação às cláusulas econômicas ou de preço, mas, também, em relação às cláusulas regulamentares (ex.: revisão para prorrogar o prazo de execução do contrato).[47]

Discute-se a possibilidade de revisão dos contratos administrativos no caso em que os salários dos empregados da contratada foram alterados por acordo ou convenção coletiva de trabalho. O STJ[48] não tem admitido a revisão dos contratos nessa hipótese, pois o dissídio coletivo não é fato imprevisível. Ao contrário, trata-se de evento certo que deve ser levado em consideração pelas partes contratantes. Nesse caso, as variações dos salários decorrentes do dissídio estão inseridas no reajuste anual pactuado pelas partes. A revisão somente seria admitida excepcionalmente quando o dissídio estabelecesse aumentos de salários acima da inflação do período, pois essa consequência não seria prevista pelas partes.[49]

Em suma, as características da revisão são: a) decorre diretamente da lei (incide independentemente de previsão contratual); b) incide sobre qualquer cláusula contratual (cláusulas regulamentares ou econômicas); c) refere-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis; d) "restaura" o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e e) não depende de periodicidade mínima.

3.7.3. Atualização financeira

A atualização monetária, assim como o reajuste têm o objetivo de preservar o valor do contrato em razão da inflação.

De acordo com o art. 40, XIV, "c", da Lei 8.666/1993, a atualização financeira dos valores contratados incide "desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento".

3.7.4. Repactuação

A repactuação encontra-se prevista no art. 5.º do Decreto 2.271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração federal, bem como na Instrução Normativa 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.[50]

As partes podem estipular a repactuação nos contratos de terceirização de serviços contínuos, que somente poderá ser efetivada após o período de 12 meses, e deverá considerar a variação de custos devidamente comprovada pela parte contratada.[51]

Ao contrário do reajuste, em que as partes estipulam o índice que reajustará automaticamente o valor do contrato, a repactuação é implementada mediante a "demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato".

3.8. DURAÇÃO DOS CONTRATOS

3.8.1. Contratos por prazo certo e contratos por escopo

É tradicional a distinção entre contratos por prazo certo e contratos por escopo (ou objeto).[52]

Nos contratos por prazo certo, o prazo contratual é fundamental para o cumprimento das obrigações contratadas. O contratado cumprirá as suas

obrigações até o final do prazo estabelecido no ajuste (ex.: na contratação de serviços de limpeza, a contratada deverá limpar a repartição pública durante a vigência do prazo contratual). Considera-se extinto o contrato com o advento do termo final.

Por outro lado, nos contratos por escopo, o ajuste será cumprido, independentemente do prazo, com o cumprimento do objeto contratual (ex.: no contrato para construção de determinado prédio público, o ajuste considera-se adimplido com a finalização da construção, independentemente do tempo necessário). Os contratos somente se encerram com a entrega do objeto contratado.[53] Isto não quer dizer que o tempo não é importante nessas espécies de contratos. Em verdade, o prazo contratual será fundamental para constatação de eventual mora no cumprimento da obrigação contratual. Ultrapassado o prazo avençado, o contratado continua obrigado a cumprir suas obrigações contratuais, acrescentadas dos ônus do atraso.

3.8.2. Regra geral da duração: vigência do crédito orçamentário

Os contratos administrativos possuem, necessariamente, prazo determinado (art. 57, § 3.º, da Lei 8.666/1993).[54]

A duração dos contratos administrativos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57 da Lei 8.666/1993 e art. 167, I e II, da CRFB).[55] O intuito do legislador é admitir a contratação apenas nas hipóteses em que a Administração tenha recursos necessários para pagar o contratado, garantindo-se, destarte, responsabilidade e planejamento com os gastos públicos. Desta forma, se créditos orçamentários estão previstos na lei orçamentária anual (art. 165, III, da CRFB), os contratos possuem, em regra, prazo de até um ano, não podendo ultrapassar o exercício financeiro.[56]

3.8.3. Exceções: contratos com prazo superior à vigência do orçamento

Todavia, o próprio art. 57 da Lei 8.666/1993, que consagra a regra do prazo anual para os contratos, prevê as seguintes exceções:

a) **Projetos previstos no Plano Plurianual** (ex.: construção de um grande hospital ou de uma rodovia). Essa primeira exceção é justificada pelo planejamento em relação ao objeto que será contratado, pois a Lei do Plano Plurianual ultrapassa o limite anual da lei orçamentária. Não obstante o prazo de quatro anos do Plano Plurianual,[57] o art. 57, I, da Lei não estabeleceu, no caso, limite máximo para duração desses contratos, que pode ultrapassar o prazo de quatro anos.[58] Ademais, se houver previsão no instrumento convocatório, a Administração poderá prorrogar o prazo inicial do contrato.
b) **Serviços contínuos,** admitida a prorrogação por iguais e sucessivos períodos com a finalidade de obter preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitado o prazo a sessenta meses, ou seja, cinco anos (ex.: serviços de limpeza, de conservação, de vigilância, de manutenção). A inaplicabilidade da regra do prazo anual justifica-se pela contratação de serviços que satisfazem as necessidades permanentes do Poder Público, independentemente da essencialidade do serviço.

Em razão da necessidade permanente do serviço (continuidade do atendimento do interesse público), é razoável admitir a contratação por prazo superior a um ano, em vez de realização de licitações e contratações anuais, o que geraria custos desnecessários ao Erário (princípio da economicidade). Na hipótese, a Administração já poderia estipular, desde logo, prazo superior a um ano, mas nunca superior a cinco anos, devendo justificar a respectiva decisão.[59]

É possível a prorrogação do prazo contratual “por iguais e sucessivos períodos”, na forma do art. 57, II, da Lei. A prorrogação, no caso, depende de previsão no instrumento convocatório e no contrato,[60] bem como deve ser demonstrada a sua vantagem pela Administração.

A necessidade de períodos sucessivos é uma obviedade, pois não se pode

imaginar a prorrogação de contrato já extinto. A dificuldade reside na interpretação da exigência legal de prorrogações por iguais períodos. Existem três interpretações possíveis para o prazo da prorrogação:

Primeira posição: o prazo contratual somente pode ser prorrogado pelo mesmo período inicialmente estabelecido para o contrato, uma vez que a Lei utilizou a expressão "iguais e sucessivos períodos". Ex.: se o contrato de serviços contínuos possui prazo inicial de dois anos; por outro lado, se o prazo inicial fosse de três anos, não poderia haver prorrogação, pois o alargamento do prazo por igual período ultrapassaria o limite máximo de cinco anos. Nesse sentido: Diógenes Gasparini.[61]

Segunda posição: o prazo da prorrogação pode ser igual ou inferior ao prazo inicial de vigência do contrato, mas nunca por prazo superior. A licitação é a regra e a prorrogação é a exceção. Desta forma, a prorrogação por prazo inferior ao prazo inicial do contrato acarretaria a necessidade de nova licitação em período menor de tempo, em consonância com o art. 37, XXI, da CRFB. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto e Flávio Amaral Garcia.[62]

Terceira posição: o prazo da prorrogação não precisa corresponder ao prazo inicial de vigência do contrato. A prorrogação pode ser efetivada por prazo inferior ou superior ao inicialmente previsto, respeitado o limite máximo de sessenta meses. Aplica-se, aqui, a regra de hermenêutica segundo a qual "quem pode o mais, pode o menos". Se a Administração pode celebrar contratos de serviços contínuos por até sessenta meses, é razoável concluir que a prorrogação só deve ficar limitada a este prazo, e não ao prazo inicialmente pactuado. Nesse sentido: Marçal Justen Filho.[63]

Em nossa opinião, a prorrogação dos contratos de serviços contínuos pode ser feita por período inferior ou superior ao prazo de vigência inicialmente estipulado no contrato, desde que a prorrogação seja a melhor alternativa para "obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração". Aliás, se a Administração já poderia estabelecer como prazo inicial de vigência do

contrato o período de cinco anos e a prorrogação, no caso, decorre da própria lei, é razoável concluir que a prorrogação pode ser realizada por prazo inferior ou superior ao inicialmente previsto, respeitado o limite máximo de cinco anos.[64]

c) **Aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática,** hipóteses em que a duração pode chegar a quarenta e oito meses, ou seja, quatro anos (ex.: aluguel de computadores).
d) **As contratações previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da Lei 8.666/1993**[65] poderão ter vigência por até cento e vinte meses (dez anos), caso haja interesse da administração (art. 57, V, da Lei 8.666/1993, inserido pela Lei 12.349/2010).

Em relação aos contratos privados da Administração Pública, a regra do prazo anual também sofre temperamentos. Isto porque o art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 determina a aplicação dos arts. 55 e 58 a 61 da referida Lei aos contratos regidos, predominantemente, por normas de direito privado, silenciando em relação ao art. 57 que dispõe sobre a regra do prazo anual. Por esta razão, o TCU decidiu que o prazo de vigência do art. 57 da Lei 8.666/1993 não se aplica aos contratos de locação de imóveis.[66]

Da mesma forma, o art. 62, § 3.º, II, da Lei 8.666/1993 não impõe a aplicação da regra do prazo anual aos contratos em que a Administração figure como usuária de serviço público.[67]

Por fim, é importante ressaltar que a regra do prazo anual dos contratos aplica-se exclusivamente aos casos em que a Administração tenha a obrigação de pagar o contratado com recursos orçamentários. O art. 57 da Lei 8.666/1993 afirma textualmente que a "duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários". Em consequência, a regra do prazo anual é inaplicável às contratações que não dependem de recursos orçamentários, bem como às hipóteses ressalvadas por leis específicas. Exemplificativamente, podem ser citados alguns contratos em que o prazo pode ser superior a um ano: (i) concessão de serviço público (Lei 8.987/1995), pois a

remuneração do concessionário é efetivada, em regra, por meio de tarifa; (ii) concessão de serviço público especial – Parcerias Público-Privadas (art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004), hipótese em que a Administração utiliza o orçamento para pagar o parceiro privado, mas a Lei excepciona a regra do prazo que pode ser entre cinco e trinta e cinco anos; (iii) contrato de concessão de uso de bem público e outros em que o Poder Público é credor dos valores que devem ser pagos pelo contratado.

3.9. PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS

A regra é a licitação e a exceção é a prorrogação dos contratos. A continuidade da relação contratual, efetivada por meio da alteração do prazo inicial de vigência, evita a realização de nova licitação para celebração de novo contrato. Desta forma, a prorrogação somente será válida se respeitar as exigências legais.

A prorrogação dos contratos administrativos deve cumprir os seguintes requisitos:[68] (i) justificativa por escrito; (ii) autorização da autoridade competente para celebração do contrato; (iii) manutenção das demais cláusulas do contrato; (iv) necessidade de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (v) a prorrogação somente pode ocorrer nos casos expressamente previstos na Lei. Não se devem admitir, portanto, as prorrogações automáticas ou tácitas. Em cada caso, o administrador deve decidir pela prorrogação de acordo com as exigências legais.

Evidentemente, a prorrogação deve ser implementada pelo Poder Público antes do término de vigência do ajuste, uma vez que seria inadmissível prorrogar contrato extinto.[69]

De lado os casos específicos de prorrogação mencionados no tópico anterior, o art. 57, § 1.º, da Lei 8.666/1993 estabelece as hipóteses em que a prorrogação dos contratos pode ser efetivada pelas partes, a saber: (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; e (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.

Verifica-se que as hipóteses acima não envolvem culpa do contratado, mas, sim, culpa da Administração ou evento extraordinário não imputável às partes.

A prorrogação é consensual (não pode ser imposta pela Administração) e pode ser feita por prazo inferior, igual ou superior ao prazo inicialmente pactuado, observado o prazo máximo dos ajustes.

Nos casos elencados no art. 57, incisos I (projetos previstos no Plano Plurianual), II (serviços contínuos), IV (aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática) e V (hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24), a prorrogação depende de previsão no edital e no contrato.

Por outro lado, nos casos elencados no § 1.º do art. 57 da Lei 8.666/1993 (culpa da Administração ou evento extraordinário), a prorrogação não precisa constar do instrumento convocatório, pois a sua observância é imposta pela Lei com o objetivo de atender às circunstâncias excepcionais (sem culpa do contratado) que retardaram o cumprimento do objeto contratual.[70]

Ressalte-se, no entanto, que o TCU tem exigido que toda e qualquer prorrogação contratual observe, no mínimo, as seguintes exigências: a) existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato; b) objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação; c) interesse da Administração e do contratado declarados expressamente; d) vantagem da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo; e) manutenção das condições de habilitação pelo contratado; e f) preço contratado compatível

com o mercado fornecedor do objeto contratado.[71]

Por fim, alguns autores, como Hely Lopes Meirelles, estabeleciam distinção entre prorrogação dos contratos e renovação dos contratos. A renovação do contrato, compreendida como a "inovação, no todo em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial",[72] teria a finalidade de manter a continuidade do serviço mediante a recontratação direta do atual contratado (ex.: contrato original extinto, havendo, ainda, pequena parte do objeto para ser concluída; necessidade de ampliação não prevista inicialmente no contrato). Entendemos que a renovação do contrato não configura instituto autônomo, pois nos casos exemplificados teremos novo contrato celebrado sem licitação ou prorrogação/alteração do objeto do contrato em andamento.[73]

3.10. INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Normalmente, o que se espera das partes contratantes é o cumprimento adequado das obrigações assumidas no ajuste. Todavia, em alguns casos pode haver inexecução total ou parcial do contrato por culpa de uma das partes ou por fatos extraordinários ou imprevisíveis.

3.10.1. Inexecução culposa

A inexecução culposa é aquela atribuída à culpa (ou dolo) de uma das partes contratantes.

Em caso de inexecução por culpa do contratado, a Administração Pública deverá aplicar as sanções contratuais, após oportunizar a ampla defesa e o contraditório, sendo lícita a rescisão do ajuste.

Se a culpa for da Administração, o particular deve ser compensado. Aqui teremos o denominado "fato da Administração", assim considerado a inexecução contratual imputada à Administração. Nesse caso, a Administração deve rever as cláusulas do contrato para não prejudicar o contratado (prorrogação do prazo

contratual, revisão dos valores devidos etc.). Nesse caso, o particular poderá pleitear o distrato ou a rescisão judicial do ajuste.

3.10.1.1. Exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)

Questão que sempre despertou polêmica refere-se à possibilidade do contratado suscitar a exceção de contrato não cumprido para paralisar o cumprimento de suas obrigações contratuais, enquanto a Administração estiver inadimplente.

> **Primeira posição:** descabimento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos. Esse entendimento era defendido por alguns autores antes do advento da Lei 8.666/1993 e se fundamentava em três argumentos: (i) princípio da legalidade: não havia à época legislação autorizando a invocação da *exceptio* pelo contratado; (ii) princípio da supremacia do interesse público: o interesse do particular em receber valores não pode se sobrepor ao interesse público na execução da avença; e (iii) princípio da continuidade do serviço público: a suspensão do contrato colocaria em risco a continuidade dos serviços prestados à coletividade. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.[74]
>
> **Segunda posição:** possibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos. Esse é o entendimento majoritário na atualidade, especialmente pela previsão expressa no art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[75]

Atualmente, o entendimento mais adequado, sem dúvida, é aquele que autoriza a *exceptio* nos casos autorizados pela legislação. Os argumentos podem ser assim sintetizados: (i) princípio da legalidade: atualmente, a legislação prevê a *exceptio* no art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/1993; (ii) princípio da supremacia do interesse público: esse princípio, que vem sendo relativizado por grande parte da doutrina,[76] não pode significar um escudo protetor para ilícitos (contratuais e

extracontratuais) administrativos; e (iii) princípio da continuidade do serviço público: nem todos os contratos administrativos têm por objeto a prestação de serviço público. Todavia, a *exceptio* não poderá ser invocada, em princípio, nos contratos que efetivamente envolvam serviços públicos ou atividades essenciais à coletividade.

3.10.2. Inexecução sem culpa

A inexecução sem culpa relaciona-se à inexecução contratual em virtude de fatos não imputáveis às partes. Nesse caso, duas serão as possibilidades: (i) continuidade do ajuste com a revisão do contrato para reequilibrar a equação econômico-financeira inicial; ou (ii) extinção do contrato, caso não haja possibilidade de prosseguimento do ajuste.

Essas duas possibilidades estão consagradas no Código Civil na parte relativa à resolução dos contratos por onerosidade excessiva. O art. 478 do CC prevê a resolução (extinção) dos contratos de execução continuada ou diferida quando "a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis". Por outro lado, o art. 479 do CC admite a continuidade do contrato desde que ocorra a modificação equitativa das condições do contrato.

As hipóteses tradicionais de inexecução sem culpa são a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e o caso fortuito e a força maior. Todavia, a legislação confere o mesmo tratamento (e consequências) a essas teorias. O art. 65, II, "d", da Lei 8.666/1993 dispõe que o contrato pode ser alterado por acordo das partes para restabelecer o 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.

Portanto, a distinção entre essa teoria possui fins didáticos, mas não apresenta maiores consequências concretas.

É importante salientar que o desequilíbrio do contrato, por eventos extraordinários, pode acarretar prejuízos ou benefícios ao particular contratado. Imagine-se, por exemplo, o aumento da alíquota do tributo que incide sobre o objeto contratual (fato do príncipe). Nesse caso, o particular será prejudicado, pois os custos da execução serão incrementados, nascendo o direito à revisão para maior do preço pactuado. Todavia, se a alíquota for diminuída, o particular será beneficiado com a diminuição dos custos e a Administração poderá reduzir o valor devido no ajuste.[77]

Essa solução está prevista no art. 65, § 5.º, da Lei 8.666/1993 que dispõe:

> [...] 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.

3.10.2.1. Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão é aplicada aos eventos imprevisíveis, supervenientes e extracontratuais de natureza econômica (álea extraordinária econômica), não imputáveis às partes, que desequilibram desproporcionalmente o contrato.[78]

No Direito Administrativo, a referida teoria tem relação com a cláusula *rebus sic stantibus* aplicada no Direito Civil, que determina o cumprimento do contrato enquanto presentes as mesmas condições do momento da contratação. Alteradas essas circunstâncias, as partes ficariam liberadas do cumprimento da avença.

3.10.2.2. Fato do príncipe

Fato do príncipe é o fato extracontratual praticado pela Administração que

repercute no contrato administrativo (ex.: aumento da alíquota do tributo que incide sobre o objeto contratual). Trata-se de um fato genérico e extracontratual imputável à Administração Pública, que acarreta o aumento dos custos do contrato administrativo (álea extraordinária administrativa).

Não se deve confundir o fato do príncipe com o fato da Administração. Enquanto o fato do príncipe é extracontratual, o fato da Administração é contratual (inexecução das cláusulas contratuais por culpa da Administração contratante, por exemplo: atraso no pagamento).

Existem controvérsias doutrinárias no tocante à delimitação do fato do príncipe.

> **1.º entendimento:** somente o fato extracontratual praticado pela entidade administrativa que celebrou o contrato será fato do príncipe. Se o fato for imputado à outra esfera federativa, ambas as partes contratantes (Administração e particular) serão surpreendidas, ensejando a aplicação da teoria da imprevisão. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini.[79]
>
> **2.º entendimento:** os fatos praticados pela Administração Pública em geral (entidade contratante ou não) são considerados fatos do príncipe. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho.[80]

Assim, por exemplo, em caso de aumento da alíquota do ISS pelo Município, acarretando aumento de custos no contrato de terceirização de serviços celebrado pelo Estado com determinada empresa privada, será considerado pela primeira corrente como teoria da imprevisão e pela segunda corrente, como fato do príncipe.

Entendemos que o primeiro entendimento é o mais adequado à luz da nossa realidade federativa, mas a discussão não possui, em princípio, efeitos práticos, uma vez que os efeitos da aplicação das duas teorias (imprevisão e fato do príncipe) são, normalmente, idênticos (art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993).

3.10.2.3. Caso fortuito e força maior

É tradicional a dificuldade na distinção entre caso fortuito e força maior. Alguns entendem que o caso fortuito é o evento imprevisível da natureza (ex.: enchente, tempestade) e a força maior decorre de evento humano (ex.: greve).[81] Outros pensam justamente o contrário. Entendemos que a controvérsia nessa distinção não possui maior relevância prática, pois a ordem jurídica define as duas situações (caso fortuito e força maior) como eventos inevitáveis e imprevisíveis (art. 393, parágrafo único, do CC) e atribui consequências idênticas (arts. 65, II, "d", e 78, XVII, da Lei 8.666/1993).

Frise-se que a Lei 8.666/1993 impõe o dever de indenização por parte da Administração em relação ao contratado na hipótese de caso fortuito e força maior (arts. 78, XVII e 79, § 2.º, da Lei). Todavia, a doutrina tem discutido a validade dessa norma, uma vez que nela se consagra a responsabilidade do Poder Público contratante sem a ocorrência do nexo causal (a Administração não causou o dano ao contratado).[82] Entendemos que a Administração, nesses casos, deve indenizar apenas os prejuízos até o momento do evento imprevisível (casos elencados nos incisos I a III do § 2.º do art. 79 da Lei: devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização), mas não os lucros cessantes, sob pena de se caracterizar enriquecimento sem causa do particular.

3.11. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos administrativos normalmente se extinguem pelo decurso do prazo contratual ou pela execução do objeto.

Todavia, a extinção do contrato pode ocorrer de forma prematura quando houver impossibilidade de continuidade do ajuste (rescisão culposa ou não), bem como quando constatada ilegalidade na licitação ou no próprio contrato (anulação do contrato).

3.11.1. Motivos, formas e consequências da rescisão contratual

Os motivos que podem ensejar a rescisão dos contratos administrativos estão elencados no art. 78 da Lei 8.666/1993 e podem ser divididos em três grupos: **a) motivos imputáveis ao contratado:** a Administração possui a prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato nas hipóteses de inadimplemento imputável ao contratado e mencionadas nos incisos I a XI e XVIII (ex.: não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais; subcontratação sem previsão no edital e no contrato; cometimento reiterado de faltas contratuais; decretação da falência do contratado); **b) motivos imputáveis à Administração:** nos casos arrolados nos incisos XII a XVI (ex.: razões de interesse público; suspensão da execução por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias; atraso dos pagamentos por mais de 90 dias); e **c) motivos não imputáveis às partes:** a extinção do contrato em caso de força maior ou caso fortuito, prevista no inciso XVII.

O art. 78 da Lei 8.666/1993 utilizou a expressão “rescisão” para os casos de inadimplemento do contratado e da Administração, bem como para as hipóteses não imputadas às partes. Todavia, Flávio Amaral Garcia diferencia os termos “rescisão” (inadimplemento de uma das partes), “resolução” (impossibilidade de continuidade do contrato, sem culpa das partes) e “resilição” (vontade das partes que não desejam prosseguir com o contrato). A resilição pode ser unilateral (denúncia) ou bilateral (distrato). Desta forma, nem todas as hipóteses do art. 78 da Lei de Licitações envolvem tecnicamente rescisão do contrato.[83] É importante lembrar que a Lei 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, adota a expressão “rescisão” apenas para os casos de inadimplemento da Administração, empregando o termo “caducidade” para extinção do contrato por culpa do concessionário.

A rescisão dos contratos administrativos pode ser: a) unilateral: quando determinada pela Administração por razões de interesse público ou em caso de falta contratual imputada ao particular; b) amigável: é extinção por acordo das partes (distrato); e c) judicial: a extinção por sentença judicial normalmente

ocorre por iniciativa do particular, quando há falta contratual cometida pela Administração, uma vez que lhe é vedado impor a alteração na via administrativa.[84]

Em qualquer hipótese, a rescisão do contrato deve ser motivada, bem como deve respeitar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

A rescisão por culpa do particular ensejará a aplicação das respectivas sanções, bem como as medidas previstas no art. 80 da Lei 8.666/1993 (assunção imediata, por parte da Administração, do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei; execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração; e retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração).

Por outro lado, a rescisão contratual sem culpa do contratado (incisos XII a XVII do art. 78 da Lei) acarreta o seu direito ao ressarcimento pelos prejuízos regularmente comprovados, bem como o direito à devolução de garantia, ao recebimento dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2.º, da Lei).

É importante ressaltar que esses direitos são previstos, inclusive, para hipótese de rescisão do contrato por caso fortuito e força maior (arts. 78, XVII, e 79, § 2.º, da Lei). Conforme manifestação anterior, sustentamos que a Administração, nessa hipótese, deve indenizar apenas os prejuízos até o momento do evento imprevisível (devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização), não sendo devidos os lucros cessantes, sob pena de se caracterizar enriquecimento sem causa do particular e de se consagrar a responsabilidade do Poder Público sem a configuração do nexo causal (o caso fortuito e a força maior são causas excludentes do nexo causal).[85]

3.11.2. Arbitragem nos contratos administrativos

A utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública tem sido objeto de discussões na doutrina e na jurisprudência.

Primeira posição: impossibilidade de solução das controvérsias em contratos da Administração por meio da arbitragem. Os fundamentos, normalmente apontados, são os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade. Não seria lícito ao particular (árbitro) decidir sobre o correto atendimento do interesse público inerente ao contrato da Administração, cabendo ao agente público a interpretação sobre a correta aplicação da lei. As divergências contratuais poderiam ser dirimidas na via judicial, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle judicial.

Segunda posição: a arbitragem deve ser considerada compatível com os contratos da Administração Pública. Nesse sentido (doutrina majoritária): Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Caio Tácito e José dos Santos Carvalho Filho e STJ.[86]

Entendemos que a arbitragem deve ser admitida nos contratos administrativos.

Em relação aos contratos privados da Administração (ex.: contratos celebrados por empresas estatais, contratos de locação em que a Administração é locatária), não há óbice na utilização da arbitragem, posto que esses contratos se submetem, predominantemente, às normas de direito privado (art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993).

Quanto aos contratos administrativos, a legislação tem admitido a arbitragem como forma de solução de controvérsias contratuais (ex.: art. 23-A da Lei 8.987/1995 e art. 11, III, da Lei 11.079/2004). A legislação, no entanto, estabelece que a arbitragem deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, o que, a nosso ver, pode representar óbice às contratações internacionais.[87]

Em regra, os contratos administrativos devem prever cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo nas seguintes hipóteses: a) 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; b) 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; e c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art. 32, § 6.º c/c o art. 55, § 2.º, ambos da Lei 8.666/1993).

É importante notar que a arbitragem é uma forma moderna de solução de lides que atende às exigências de eficiência administrativa (princípio da eficiência), notadamente pela velocidade e tecnicidade da decisão.

Por fim, a arbitragem, em todos os contratos da Administração, só pode dizer respeito às questões predominantemente patrimoniais ou técnicas (direitos disponíveis), não sendo possível ao árbitro decidir sobre o poder de autoridade do Estado.

3.12. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato, a Administração, após o contraditório e a ampla defesa, deve aplicar sanções administrativas ao contratado, na forma do art. 58, IV, da Lei 8.666/1993.

As sanções administrativas encontram-se enumeradas no art. 87 da Lei 8.666/1993, a saber: (i) advertência (infrações leves); (ii) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (infrações médias); (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos (infrações graves); (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 (infração gravíssima).

Na aplicação das referidas sanções, a Administração deve exercer o juízo de proporcionalidade, aplicando a sanção adequada à gravidade da infração.

A única sanção que pode ser aplicada cumulativamente com as demais é a multa, conforme permissivo contido no art. 87, § 2.º, da Lei. A Administração poderá reter a garantia prestada para pagamento da multa ou descontar o seu valor dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, existindo sempre a possibilidade de cobrança judicial dos valores (art. 87, § 1.º, da Lei).

Quanto à declaração de inidoneidade, a sanção, que não possui limite máximo de prazo, é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de sua aplicação (art. 87, § 3.º, da Lei).

Existe controvérsia em relação à amplitude dos efeitos das sanções de suspensão de contratar e de declaração de inidoneidade.

Primeira posição: as sanções possuem efeitos restritivos, limitando-se ao Ente estatal em que foram aplicadas, tendo em vista a autonomia federativa e o princípio da competitividade aplicável às licitações (os sancionados seriam afastados dos certames). Ex.: as sanções aplicadas pelo Município não poderiam ser utilizadas pelo Estado para inabilitar determinado licitante. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto.[88]

Segunda posição: enquanto a suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração incide apenas em relação ao Ente que aplicou a sanção (efeitos restritivos), a declaração de inidoneidade produz efeitos em todo o território nacional (efeitos extensivos). Essa distinção advém dos conceitos de "Administração Pública" e "Administração", consagrados, respectivamente, nos incisos XI e XII do art. 6.º da Lei 8.666/1993. De acordo com a Lei, a "Administração Pública" abrange a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (XI) e a "Administração" é o "órgão, entidade ou

unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente" (XI). Enquanto a noção de "Administração Pública" abrange todos os Entes federados, o conceito de "Administração" é restrito a determinado Ente. Portanto, ao utilizar a expressão "Administração Pública" para declaração de inidoneidade e "Administração" para suspensão para contratar com o Poder Público, o art. 87 da Lei de Licitações acabou por estabelecer a diferença de amplitude dos efeitos dessas sanções. Ex.: a sanção de suspensão para contratar, aplicada pelo Município, não poderia ser invocada pelo Estado; por outro lado, a sanção de declaração de inidoneidade poderia ser utilizada por todo e qualquer Ente federado. Nesse sentido: Jessé Torres Pereira Junior.[89]

Terceira posição: as sanções possuem efeitos extensivos e podem ser invocadas por todos os Entes federados, pois, se uma empresa foi punida em razão do cometimento de faltas graves, a sua contratação pelos demais Entes colocaria em risco o interesse público. Ex.: as sanções aplicadas pelo Município poderiam ser utilizadas pelos demais Entes. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho.[90]

Preferimos o terceiro entendimento acolhido no STJ.[91] A investigação sobre a eventual existência das referidas sanções pode ser feita por meio de consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS).[92]

Em primeiro lugar, é importante destacar a completa imprecisão da distinção entre os vocábulos "Administração Pública" e "Administração", uma vez que a doutrina considera as expressões como sinônimas, e a própria Lei 8.666/1993 não se utiliza dessas expressões de forma clara (ex.: o art. 87, IV, da Lei, ao tratar da declaração de inidoneidade, adota, em verdade, as duas expressões).

Em segundo lugar, não há violação ao princípio federativo na utilização dessas sanções por outros Entes com o objetivo de impedir a contratação de empresa que apresenta risco ao interesse público, não sendo razoável considerar que uma empresa penalizada coloque em risco apenas o Ente sancionador, e não os demais.

Por fim, os princípios da moralidade e da eficiência, insculpidos no art. 37 da CRFB, devem pautar todas as Administrações Públicas, não importa o nível federativo, sendo certo que a contratação de risco vulneraria os citados princípios. Não se pode olvidar, contudo, que a falta de um cadastro nacional unificador dessas informações (listagem das empresas sancionadas) coloca em risco a efetivação esperada desse entendimento, mas isso não tem o condão de afastar a sua correção.

Independentemente da discussão quanto à extensão territorial dos efeitos da declaração de inidoneidade, certo é que a referida sanção possui efeitos temporais futuros *(ex nunc)*, não retroagindo automaticamente para prejudicar os contratos administrativos já assinados. Todavia, a Administração pode promover medidas administrativas específicas tendentes a rescindir os contratos nos casos autorizados, observadas as formalidades contidas nos arts. 77 a 80 da Lei 8.666/1993.[93]

Cabe ressaltar que a eventual instituição de nova pessoa jurídica, pelos sócios da empresa sancionada, com o objetivo de burlar a efetividade das sanções administrativas, afastando eventual impedimento de participação em licitações, deve ser considerada como fraude ou abuso de direito, ensejando a desconsideração da personalidade jurídica da nova empresa, que ficará impedida de participar de certames públicos.[94]

Por fim, a Administração Pública poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica que descumprir, total ou parcialmente, o contrato, com o objetivo de isentar ou atenuar as sanções administrativas elencadas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, tendo em vista o disposto no art. 17 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

A celebração do sobredito acordo dependerá do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e (c) a pessoa jurídica deve admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações

e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, § 1.º, da Lei 12.846/2013).

A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo (art. 16, § 6.º da Lei 12.846/2013).

Ademais, a proposta de acordo de leniência não importa em reconhecimento da prática do ato ilícito e seu inadimplemento impede que a pessoa jurídica celebre novo acordo pelo prazo de três anos, contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento (art. 16, §§ 7.º e 8.º da Lei 12.846/2013).

Registre-se que a celebração do acordo interrompe o prazo prescricional para aplicação das sanções (art. 16, § 9.º da Lei 12.846/2013).

3.13. CONTROLE DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS

Os contratos podem ser controlados pela própria Administração (controle interno) ou pelos demais Poderes (controle externo).

Quanto ao controle interno, a Administração, no exercício da autotutela, pode revogar atos inconvenientes ou inoportunos e deve anular atos ilegais. Desta forma, admite-se que a Administração anule contratos administrativos que apresentarem ilegalidades (inclusive no procedimento de licitação), bem como rescinda os contratos por razões de interesse público.[95]

Por outro lado, o controle externo será exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, com auxílio do respectivo Tribunal de Contas. É inadmissível o controle dos contratos a partir dos critérios de conveniência e oportunidade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

É importante ressaltar que o Tribunal de Contas realiza o controle de legalidade, legitimidade, economicidade dos atos das entidades da Administração direta e indireta (art. 70 da CRFB).

Há controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de sustação de contratos administrativos pela Corte de Contas, posto que a Constituição Federal dispõe, expressamente, que a prerrogativa para sustar o contrato irregular é do Congresso Nacional. Se a medida em comento não for adotada, no prazo de noventa dias, o Tribunal de Contas "decidirá a respeito", sem qualquer alusão à sustação do contrato (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB).

Existem dois entendimentos em relação à controvérsia acima:

Primeira posição: o Tribunal de Contas não pode sustar contratos administrativos, prerrogativa reconhecida constitucionalmente ao Congresso, mas apenas rejeitar as contas por irregularidade naquela determinada despesa contratual. Nesse sentido: Luís Roberto Barroso, Marcos Juruena Villela Souto.[96]

Segunda posição: o Tribunal de Contas pode sustar contratos administrativos. Nesse sentido: Egon Bockmann Moreira, Jessé Torres Pereira Junior, Marianna Montebello Willeman, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.[97]

Em nossa opinião, o Tribunal de Contas pode sustar os efeitos dos contratos administrativos, quando constatadas irregularidades, na hipótese de omissão, no prazo de noventa dias, do Congresso ou do Poder Executivo.

Trata-se do reconhecimento da importância reconhecida pelo texto constitucional à Corte de Contas que não se subordina hierarquicamente ao Poder Legislativo.

Destarte, o Tribunal de Contas pode sustar contratos irregulares do Poder Executivo, mas essa sustação não é automática (primária), devendo ser observado o seguinte rito (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB e art. 45, §§ 2.º e 3.º, da Lei 8.443/1992):

1.º) Verificada a irregularidade em determinado contrato, o Tribunal de Contas assinará prazo para que o responsável adote as providências

necessárias ao exato cumprimento da lei;

2.º) Caso permaneça a irregularidade, o Tribunal comunicará o fato à Casa Legislativa respectiva para sustação do contrato, solicitando imediatamente a adoção das medidas cabíveis ao Poder Executivo; e

3.º) Se a Casa Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas solicitadas, o Tribunal de Contas sustará os contratos (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB).

Por fim, o art. 113 da Lei 8.666/1993 reforça a ideia de que os Tribunais de Contas devem controlar as licitações e os contratos da Administração. O § 2.º do art. 113 da Lei determina que os Tribunais de Contas e os órgãos de controle interno poderão solicitar, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, "cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas".

Todavia, conforme acertadamente decidiu o STF,[98] não é possível estabelecer o dever genérico de envio de todas as minutas de editais de licitação e de contratos ao Tribunal de Contas, tendo em vista o princípio da separação de poderes. O envio deve ser solicitado pelo Tribunal em cada caso concreto.

3.14. RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.14.1. Responsabilidade primária do contratado e responsabilidade subsidiária do Estado pela má execução do contrato

De acordo com o art. 70 da Lei 8.666/1993,

> [...] o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à

> Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

A leitura do dispositivo legal em comento permite concluir pela responsabilidade primária do contratado pela má execução do contrato.

Em consequência, não há que falar em solidariedade entre o Poder Público e o contratado pelos danos causados a terceiros. A responsabilidade do Estado é eventual e subsidiária.[99] Eventual ação de ressarcimento por danos causados pelo cumprimento inadequado do contrato deve ser direcionada ao contratado, e não ao Poder Público.

Registre-se, no entanto, a existência de entendimento doutrinário, específico para as concessões de serviços públicos, que sustenta a existência de solidariedade entre o Estado e a concessionária, uma vez que a prestação de serviços públicos é caracterizada como relação de consumo, sendo aplicável, destarte, a solidariedade prevista para os acidentes de consumo.[100]

Entendemos que, mesmo nas hipóteses de concessão de serviços públicos, a responsabilidade do Estado é subsidiária e não solidária, tendo em vista a existência de regra especial que afasta a regra geral do CDC.[101] Trata-se do art. 25 da Lei 8.987/1995 que dispõe:

> Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Por fim, a responsabilidade civil da contratada é subjetiva, exigindo, portanto, a comprovação de dolo ou culpa.

No entanto, nas concessões de serviços públicos, as concessionárias respondem objetivamente pelos danos causados aos usuários e não usuários dos serviços, na forma do art. 37, § 6.º, da CRFB, art. 25 da Lei 8.987/1995 e art. 14

do CDC,[102] conforme será destacado no subitem 3.1.4.4.

3.14.2. Responsabilidade do Estado nas terceirizações pelos encargos trabalhistas e previdenciários

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, na forma do art. 71 da Lei 8.666/1993.

No tocante aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, a legislação impõe a responsabilidade solidária entre a Administração Pública e o contratado, nos termos do art. 71, § 2.º, da Lei 8.666/1993.

Por outro lado, em relação aos encargos trabalhistas da empresa terceirizada, não há previsão de responsabilidade por parte da Administração. Dispõe o art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/1993 que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]".

Todavia, o TST fixou jurisprudência no sentido de que a Administração Pública deve ser responsabilizada de forma subsidiária e automática pelos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas (Enunciado 331 do TST).

Recentemente, contudo, o STF, no julgamento da ADC 16/DF, assentou que, em regra, a Administração Pública não possui responsabilidade pelos encargos trabalhistas de suas empresas contratadas, salvo na hipótese de comprovada falta de fiscalização estatal no cumprimento das referidas obrigações. Transcreva-se a ementa do julgado:

> Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1.º, da Lei federal n.º 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação

direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1.º, da Lei federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, de 1995.[103]

Em razão do posicionamento do STF, o TST alterou a redação do Enunciado 331, IV e V, do TST:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Destarte, a Administração Pública não possui responsabilidade automática pelos débitos trabalhistas de suas empresas contratadas. A responsabilidade subsidiária da Administração é eventual e condicionada à comprovação de sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas.

3.14.3. Responsabilidade pessoal do parecerista nas licitações

Discussão interessante refere-se à eventual responsabilidade do Procurador ou do advogado público na emissão de pareceres nas licitações e nos contratos administrativos.

A questão tem sido debatida a partir, especialmente, da imposição legal de

exame e aprovação pela assessoria jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).

Tradicionalmente, o STF admitia a responsabilidade dos pareceristas apenas nos casos de erro grave inescusável ou dolo, tendo em vista o caráter opinativo dos pareceres.[104]

Recentemente, o STF alterou o seu posicionamento para admitir a responsabilidade dos advogados públicos e assessores jurídicos pela emissão de "pareceres vinculantes".[105] Apoiada na doutrina francesa de Réné Chapus,[106] a Corte efetuou distinção entre três hipóteses de pareceres: **a) facultativo:** "a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo"; **b) obrigatório:** "a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer"; e **c) vinculante:** "a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir".

No tocante aos pareceres vinculantes, o STF admite a potencial responsabilidade solidária entre o parecerista e o administrador, uma vez que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo a "partilha do poder de decisão". Em relação aos demais pareceres, com caráter opinativo, o parecerista responde apenas em caso de culpa grave (erro grosseiro) ou dolo.

Da mesma forma, o TCU já afirmou que o parecer jurídico em processo licitatório, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente.[107]

Entendemos, todavia, que a responsabilidade pela emissão do parecer somente é possível quando comprovado erro grosseiro ou o dolo do parecerista.[108]

Em primeiro lugar, o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. A decisão final sempre será da autoridade que pode, inclusive, decidir por não continuar com o processo de licitação/contratação, apesar da existência de parecer jurídico. É a autoridade administrativa (e não o advogado público) a responsável pela administração pública ou gestão da coisa pública, sendo, a nosso ver, incoerente a classificação do parecer como "vinculante" quando, em verdade, o ato representa apenas a opinião jurídica do advogado.

Em segundo lugar, existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável. Não se pode desconsiderar o fato de que o advogado público tem que manifestar a sua opinião no momento em que o fato se apresenta, sem a real noção, muitas vezes, das inúmeras consequências (boas ou ruins) que poderão ser produzidas.

Ademais, não se pode desconsiderar a inviolabilidade do advogado, público ou privado, que responde apenas nos casos de dolo ou culpa (arts. 2.º, § 3.º; 3.º, § 1.º; 32; todos do Estatuto da OAB).

Por fim, a responsabilidade do advogado público, sem a devida comprovação do erro grosseiro ou do dolo, viola o princípio da eficiência, pois a responsabilização indiscriminada, sem a perquirição da má-fé ou dolo, faz com que o advogado público atue com receio, sem pensar na melhor decisão a ser tomada à luz da eficiência, mas apenas na possibilidade de sofrer sanções por suas opiniões (seria mais conveniente para o advogado negar a prática de atos para evitar a sua responsabilização).

3.14.4. Responsabilidade do Estado, das concessionárias e permissionárias de serviços públicos

As concessionárias e permissionárias de serviços públicos possuem responsabilidade objetiva, independentemente da vítima (usuário ou terceiro).[109]

Entendemos, no entanto, que o fundamento normativo da responsabilidade

objetiva pode variar em função da vítima: (a) usuário do serviço público: em virtude da relação contratual entre o usuário e a concessionária, seria inaplicável o art. 37, § 6.º, da CRFB, que trata da responsabilidade extracontratual, mas, de qualquer forma, a responsabilidade seria objetiva, em virtude do disposto no art. 25 da Lei 8.987/1995, que menciona o usuário e o terceiro, e no art. 14 do CDC; e (b) terceiro: a responsabilidade é objetiva, na forma do art. 37, § 6.º, da CRFB, art. 25 da Lei 8.987/1995 e art. 17 do CDC (terceiro é consumidor por equiparação).

Nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), a responsabilidade civil extracontratual deve levar em consideração as modalidades de parcerias e os seus respectivos objetos. As PPPs patrocinadas têm por objeto a prestação de serviços públicos, razão pela qual a responsabilidade da parceira privada (concessionária) será objetiva, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB. Quanto às PPPs administrativas, estas podem envolver a prestação de serviços públicos, quando a responsabilidade será objetiva, ou a prestação de serviços administrativos (serviços privados prestados ao Estado), hipótese em que a responsabilidade, em regra, será subjetiva (art. 927, *caput*, do Código Civil), sendo inaplicável o art. 37, § 6.º, da CRFB.[110]

Conforme mencionado anteriormente (subitem 3.14.1.), apesar de controvérsias doutrinárias, a responsabilidade do Estado pelos danos causados por suas concessionárias de serviços públicos é subsidiária, na forma do art. 25 da Lei 8.987/1995.

[1] Conforme leciona Eduardo García de Enterría, a distinção entre contratos administrativos e contratos privados, inspirada no Direito francês, foi cunhada, inicialmente, a partir da distinção entre atos de autoridade e atos de gestão com o objetivo de definir a competência jurisdicional nos países que adotam a dualidade de jurisdição. Em seguida, influenciada pelo critério material do serviço público, adotado pela Escola de Bordeaux, a referida dicotomia passou a ser fundamentada no conteúdo do contrato: enquanto nos contratos administrativos, a relação jurídica é desigual, em virtude das cláusulas exorbitantes em favor da Administração, os contratos privados são caracterizados pela relativa igualdade das partes. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo.* 12. ed. Madrid: Civitas, 2005. v. I, p. 689-693. Na Espanha, a referida distinção é consagrada no art. 18 da Lei 30/2007 (Ley de Contratos del Sector Público – LCSP) que dispõe: "Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado". Sobre a distinção na França, Jean Rivero, após apontar os três critérios tradicionais distintivos (presença da Administração na relação contratual, serviços públicos no objeto contratado e previsão de cláusulas exorbitantes), afirma que a aplicação destes critérios sempre foi difícil *(Droit Administratif.* 8. ed. Paris: Dalloz, 1977. p. 110 e 114).

[2] Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, enquanto os contratos administrativos são marcados pelo traço da verticalidade, os contratos privados da Administração são caracterizados pelo traço da horizontalidade *(Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 251).

[3] A expressão "contratos semipúblicos" é utilizada por Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 280.

[4] "Art. 62. [...] § 3.º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 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".

[5] Os elementos subjetivo e objetivo caracterizam todas as contratações públicas. Vide: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo.* Barcelona: Ariel, 2003. p. 965.

[6] Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 168.

[7] Nesse sentido, Maria João Estorninho, ao tratar do Direito Comunitário da Contratação Pública, afirmou que, "nos sistemas de inspiração francesa, começam a diluir-se os contornos, inicialmente nítidos, da figura do contrato administrativo, como sinônimo de contratos da Administração Pública sujeitos a regime jurídico diferente – e mesmo exorbitante – relativamente quer aos contratos celebrados entre particulares quer aos contratos de direito privado da Administração Pública". ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 316.

[8] Remetemos o leitor ao que dissemos sobre as fontes normativas e a competência legislativa em matéria de licitação.

[9] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos.* 3. ed.

São Paulo: Malheiros, 1998. p. 281-283.

10 "Art. 6.º [...] XIV – Contratante – é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual; XV – Contratado – a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública."

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 195; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170-171.

12 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 645; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 53-54.

13 Não se pode olvidar, contudo, que a Lei 11.107/2005 conferiu caráter contratual aos consórcios públicos. De qualquer forma, ainda que tratados como contratos, esses ajustes não se confundiriam com os contratos em sentido estrito, no qual os interesses das partes são antagônicos.

14 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 616.

15 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 645; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 278.

16 STJ, 1.ª Turma, REsp 527.137/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 31.05.2004, p. 191.

17 "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." O art. 23, II, "a", da Lei admite a utilização do convite para compras e serviços de até R$ 80.000,00. Daí o valor de R$ 4.000,00 para pequenas compras contratadas verbalmente (5% daquele valor).

18 Nesse sentido: STJ, 2.ª Turma, REsp 317.463/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 03.05.2004, p. 126; TJRJ, 15.ª Câmara Cível, Ap 2000.001.10525, Des. Jose Pimentel Marques, j. 07.02.2001; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 243; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 391-394. Enunciado 8 da PGE/RJ: "Os serviços prestados pelo particular de boa-fé sem cobertura contratual válida deverão ser indenizados (art. 59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93). O Termo de Ajuste de Contas é o instrumento hábil para promover a indenização dos serviços executados (Lei Estadual n.º 287/1979, art. 90, parágrafo 2.º, I c/c Decreto Estadual n.º 3.149/1980, art. 67, II), impondo-se ao administrador público o dever de apurar a responsabilidade dos agentes que deram causa à situação de nulidade"; Orientação Normativa/AGU 4: "A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe der causa".

19 A nomenclatura usual na prática é "Termo de Ajuste de Contas". A expressão "contrato de efeitos pretéritos" é utilizada por Marcos Juruena Villela Souto *(Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 391).

[20] Em sentido contrário à tese defendida pela doutrina majoritária, Marçal Justen Filho sustenta a inexistência de personalismo nos contratos administrativos. Em suas palavras: “Ao ver deste autor, o personalismo do contrato administrativo apenas pode verificar-se quando tiver ocorrido escolha discricionária do sujeito a ser contratado pela Administração Pública. Com a prática da licitação, elimina-se essa discricionariedade – e, com ela, também se exclui o personalismo da contratação” (Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *FCGP,* Belo Horizonte, ano 4, n. 41, p. 5435, maio 2005).

[21] Ressalte-se que, na linha consagrada no TCU, “é inadmissível subcontratação total, por ofensa às normas regentes dos contratos administrativos” (TCU, Plenário, Acórdão 21.89/11, Rel. Min. José Jorge, 17.08.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 76).

[22] De acordo com a Orientação Normativa/AGU 2: “Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento”.

[23] Excepcionalmente, admite-se o pagamento antecipado pela Administração Pública, conforme decidiu a Orientação normativa/AGU 37: “A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei n.º 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras”.

[24] Orientação Normativa/AGU 51: “A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual”.

[25] No direito comparado, as cláusulas exorbitantes também aparecem nos contratos administrativos. No direito espanhol, por exemplo, a doutrina costuma apontar as seguintes cláusulas: a) poder de direção ou supervisão; b) poder de interpretação unilateral; c) poder de modificação unilateral *(ius variandi);* e d) poder de correção ou sancionatório. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general.* Madrid: Iustel, 2004. v. II, p. 214-219.

[26] “Art. 58. [...] § 2.º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”; “Art. 65. [...] § 6.º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

[27] “Art. 58. [...] § 1.º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

[28] Orientação Normativa/AGU 50: “Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se a estas alterações os limites

percentuais previstos no art. 65, § 1.º, da Lei n.º 8.666, de 1993, sem qualquer compensação entre si".

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 506; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 269.

30 "Art. 65. [...] § 2.º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [...] II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes."

31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 408; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 251-255; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 722/723; TCU, Plenário, Decisão 215/99, Rel. Min. José Antonio B. de Macedo, *DO* 21.05.1999; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.021.851/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 28.11.2008 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 363).

32 TCU, Plenário, Decisão 215/99, Rel. Min. José Antonio B. de Macedo, *DO* 21.05.1999.

33 TCU, 1.ª Câmara, Ata 19/06, Acórdão 1.442/06, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, *DO* 12.06.2006.

34 A Orientação Normativa/AGU 48 dispõe: "É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis n.ºs 10.520, de 2002, e 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento".

35 Ressalte-se que a retenção do pagamento, após a rescisão contratual, encontra previsão expressa no art. 80, IV, da Lei 8.666/1993. Todavia, é ilegal reter o pagamento, tendo em vista o descumprimento de algum requisito de habilitação no curso do contrato, e exigir, ao mesmo tempo, o cumprimento do ajuste. Por essa razão, o STJ declarou a ilegalidade da retenção do pagamento devido à empresa em situação irregular perante o Fisco. STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.313.659/RR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 06.11.2012 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 507).

36 Sobre o tema, vide trabalho de nossa autoria: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *RDA,* v. 256, p. 129-163, jan.-abr. 2011.

37 De acordo com o autor, as cláusulas exorbitantes se justificavam no Estado moderno, quando vigorava a economia semidirigida, "sob o pálio da supremacia indiscriminada do Estado", sem maiores preocupações com a competitividade por capitais e tecnologias. Todavia, prossegue o autor, no contexto do Estado pós-moderno e no contexto da economia de mercado, preocupada com a alta competitividade, as tradicionais vantagens das cláusulas exorbitantes desaparecem (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 581-582 e 586).

38 No mesmo sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 883; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. *Direito público:* estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113.

39 “Art. 2.º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1.º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.”

40 Lei 8.666/1993: “Art. 40. [...] 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”; Lei 10.192/2001: “Art. 3.º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1.º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir”. A Orientação Normativa/AGU 24 dispõe: “O contrato de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra deve indicar que o reajuste dar-se-á após decorrido o interregno de um ano contado da data limite para a apresentação da proposta”.

41 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 462; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 276-277; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública:* A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 171.

42 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. *Direito público:* estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 112. O reajustamento antes da assinatura do contrato já foi admitido pelo TCU: “[...] na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1.º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2.º e 3.º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial [...]” (TCU, Plenário, Acórdão 474/2005, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, *DOU* 09.05.2005).

43 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 192; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279-281; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 334; Enunciado 14 da Procuradoria do Estado do RJ: “(...) Não é cabível o reajuste se não há previsão expressa no edital e no contrato administrativo”. Sobre o tema, confira-se, ainda, importante decisão do STJ: “Processual civil e administrativo. Contrato administrativo. Reajuste de preços. Ausência de autorização contratual. Descabimento. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente

previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido" (REsp 730.568/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, *DJ* 26.09.2007, p. 202).

44 Marçal Justen Filho afirma: "Entende-se que a ausência de cláusula prevendo reajuste não importa exclusão do direito à recomposição de preços. Portanto, é possível excluir o direito ao reajuste automático, mas não será válida a vedação à recomposição de preços" *(Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 380). No mesmo sentido, o TCU afirmou: "O que se afirma é a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo. Deve reputar-se que, ocorrendo elevação de custos não retratada pelo índice de atualização ou de reajuste adotado contratualmente, o particular tem direito à recomposição de preços" (Acórdão 54/2002, 2.ª Câmara, Ubiratan Aguiar, *DOU* 04.03.2002).

45 De acordo com o TCU: "O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo, devendo, ao contrário, resultar de um exame global da variação de preços de todos os itens da avença." TCU, Plenário, Acórdão 1.466/13, Rel. Min. Ana Arraes, *DOU* 12.06.2013 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 155).

46 Nesse sentido dispõe a Orientação Normativa/AGU 22: "O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra 'd' do inc. II do art. 65, da Lei n.º 8.666, de 1993".

47 Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a revisão "pode comprometer qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-lo" *(Curso de direito administrativo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 192).

48 STJ, 2.ª Turma, REsp 382.260/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 19.12.2002, p. 357; REsp 668.367/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, *DJ* 05.10.2006, p. 242; REsp 650.613/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.ª Turma, *DJ* 23.11.2007, p. 454.

49 Nesse sentido: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 281-283.

50 De acordo com Benjamin Zymler, a repactuação é uma espécie de reajuste e encontra seu fundamento legal nos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 112.

51 Na forma da Orientação Normativa/AGU 25: "No contrato de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, o interregno de um ano para que se autorize a repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendido o acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, para os custos decorrentes de mão de obra, e da data limite para a apresentação da proposta em relação aos demais insumos".

52 Sobre a distinção, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 406; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 229-230; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo.* 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193-196; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 673-674; NIEBUHR, Joel

de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 723-724.

53 Nesse sentido: TCU, Plenário, Acórdão 1.674/14, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 25.06.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 203).

54 "Art. 57. [...] § 3.º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado."

55 Lei 8.666/1993: "Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos"; CRFB: "Art. 167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais". Vale lembrar que, em determinados casos, a vigência do contrato pode ultrapassar o exercício financeiro em que foi celebrado. Conforme dispõe a Orientação Normativa/AGU 39: "A vigência dos contratos regidos pelo art. 57, *caput*, da Lei 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar".

56 De acordo com o art. 34 da Lei 4.320/1964, que institui normas gerais de Direito Financeiro, o exercício financeiro coincidirá com o ano civil (1.º de janeiro até 31 de dezembro).

57 O prazo de quatro anos decorre da leitura do art. 35, § 2.º, I, do ADCT: "Art. 35. [...] § 2.º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa". Em razão da vinculação ao período do mandato do chefe do Executivo, conclui-se que o prazo do Plano Plurianual será de quatro anos.

58 Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 652.

59 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 473; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 447. Em sentido contrário, defendendo a necessidade de que o prazo inicial respeite a vigência do crédito orçamentário e não ultrapasse o dia 31 de dezembro do ano em que o ajuste foi celebrado, vide: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 728. O entendimento consolidado na AGU admite a estipulação de prazo superior a um ano: Orientação Normativa/AGU 1: "A vigência do contrato de serviço contínuo não está adstrita ao exercício financeiro"; e Orientação Normativa/AGU 38: "Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que: a) o prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses; b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a administração; e c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente".

60 Essa também é a posição de Marçal Justen Filho que, no entanto, afasta a necessidade de previsão no ato convocatório para a prorrogação prevista no § 4.º do art. 57 da Lei 8.666/1993 *(Comentários à lei*

de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 474).

61 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 654.

62 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 405; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 287-289.

63 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 474.

64 Essa foi a orientação adotada, por exemplo, pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. TCE/MG, Consulta 742.467, Tribunal Pleno, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Sessão do dia 12.12.2007. Nas palavras do relator: "Por excelência, a meu ver, a Administração não deve interpretar o dispositivo citado da Lei de Licitações Públicas em sua literalidade, sob pena de infringir os princípios constitucionais da economicidade e eficiência, ceifando de sua atuação a hermenêutica concretista que atualmente culmina pela adequação da norma ao caso concreto, a exigir uma prorrogação contratual por um prazo inferior ou superior àquele pactuado inicialmente, a fim de atender com efetividade as demandas do interesse público". Ressalte-se que o TCU também afirma a desnecessidade de prorrogação do prazo contratual pelo mesmo período originalmente pactuado. De acordo com a Corte de Contas: "Cabe asseverar, contrariando o entendimento contido na instrução, que a tese defendida por esta Corte de Contas e pela doutrina reinante sobre a matéria é que, na renovação, não fica a entidade obrigada a respeitar o mesmo prazo da contratação original. Pois, mesmo que o texto da norma aluda a 'iguais períodos' a leitura muito restrita da norma traria um engessamento para o administrador, o que não era o objetivo do legislador. Se é possível prorrogar por 60 meses, não seria razoável subordinar a administração ao dever de estabelecer períodos idênticos para vigência, seguindo o prazo inicialmente avençado no contrato. Então, nesse aspecto, não haveria qualquer irregularidade na prorrogação por mais 24 meses do contrato inicialmente avençado, com prazo de 36 meses" (TCU, Acórdão 551/02, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 2.ª Câmara, *DOU* 04.12.2002).

65 "Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; [...] 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; [...] 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; [...] XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes."

66 De acordo com o TCU: "Os prazos estabelecidos no art. 57 da Lei 8.666/1993 não se aplicam aos contratos de locação, por força do que dispõe o art. 62, § 3.º, inciso I, da mesma lei". TCU, Acórdão 170/05, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 10.03.2005. No mesmo sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 737-738; Enunciado 22 da Procuradoria do Estado do RJ: "Os contratos de locação de imóveis, nos quais a

Administração Pública figure como locatária, podem ser prorrogados por prazo indeterminado, nos termos do art. 56, parágrafo único, da Lei 8.245/1991"; Orientação Normativa/AGU 6: "A vigência do contrato de locação de imóveis, no qual a Administração Pública é locatária, rege-se pelo art. 51 da Lei n.º 8.245, de 1991, não estando sujeita ao limite máximo de sessenta meses, estipulado pelo inc. II do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993".

67 Nesse sentido, a Orientação Normativa/AGU nº 36 dispõe: "A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica e água e esgoto, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários".

68 Art. 57, §§ 1.º e 2.º, da Lei 8.666/1993.

69 Nesse sentido, a Orientação Normativa/AGU 3 estabelece: "Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação". De acordo com o TCU, a retomada de contrato cujo prazo de vigência encontra-se expirado configura recontratação sem licitação, o que infringe os arts. 2.º e 3.º da Lei 8.666/1993 e o art. 37, XXI, da CRFB (Acórdão 1.936/14, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, *DOU* 23.07.2014, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 207).

70 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 265; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 603.

71 TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010. p. 765-766.

72 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 218.

73 Com a mesma opinião, não admitindo a figura da renovação do contrato, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

74 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 200/201. Frise-se que o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles faleceu em 1990, antes, portanto, da promulgação da Lei 8.666/1993 que consagrou a possibilidade da *exceptio* nos incisos XIV e XV do art. 78.

75 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 209; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 601; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 274-275. No Direito comparado, a doutrina tem admitido a *exceptio non adimpleti contractus* nas contratações administrativas, especialmente nas hipóteses em que o inadimplemento do Poder Público acarretar a ruína do contratado. Na Espanha, por exemplo, vide: SAINZ MORENO, Fernando. La "exception non adimpleti contractus" en la contratación administrativa. *REDA*, Madrid, n. 16, p. 13-20, jan. 1978.

76 Sobre a relativização do princípio da supremacia do interesse público, vide os artigos dos autores

Humberto Ávila, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm e Ricardo Schier, constantes na obra coletiva: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

77 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. *Direito público:* estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113.

78 A teoria da imprevisão *(théorie de l'imprévision)* foi consagrada pelo Conselho de Estado francês no julgamento do caso "Gaz de Bordeaux", de 30.03.1916. Naquele caso, a concessionária pretendia a revisão do contrato administrativo de produção de gás, pois o preço do carbono, matéria-prima necessária à produção do gás, foi elevado excessivamente por conta da I Guerra Mundial. O Conselho de Estado estabeleceu as condições de aplicação da teoria da imprevisão e garantiu o direito à revisão do contrato. LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 189-197.

79 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 279; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 686.

80 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 204.

81 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 221.

82 Na lição da professora Di Pietro, "não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa" *(Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 271).

83 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

84 Essas formas de rescisão contratual estão previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993 que dispõe: "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; 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".

85 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 271.

86 Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *RDA,* n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004; TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *RDA,* n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 210-211; STJ, 2.ª Turma, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 14.09.2006, p. 299 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 266). Nesse caso, a Corte admitiu a arbitragem em contratos celebrados por sociedade de economia mista: "são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória

submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste".

87 Mencione-se, por exemplo, a lei-modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional que permite a eleição, pelas partes contratantes, do lugar e da língua a ser utilizada na arbitragem. Disponível em: <http://www.uncitral.org>. Acesso em: 10 jun. 2011.

88 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 355; Enunciado 21 da Procuradoria do Estado do RJ: "Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993"; O TCU tem restringido os efeitos das sanções aos órgãos e entidades administrativas integrantes do Ente sancionador. Nesse sentido: TCU, Acórdão 2.596/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 26.09.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 125); TCU, Acórdão 3.439/12, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, *DOU* 10.12.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 136). Todavia, posteriormente, o TCU aplicou efeitos extensivos à sanção prevista no art. 7.º da Lei 10.520/2002: TCU, Acórdão 2.081/14, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, *DOU* 06.08.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 209).

89 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 886.

90 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213.

91 Transcreva-se a ementa do julgado: "Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Suspensão temporária. Distinção entre Administração e Administração Pública. Inexistência. Impossibilidade de participação de licitação pública. Legalidade. Lei 8.666/1993, art. 87, inc. III. É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido" (STJ, 2.ª Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 14.04.2003, p. 208).

92 O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) encontra-se disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/>. Acesso em: 10 out. 2011. Segundo o TCU, "para o fim de exame quanto à eventual declaração de inidoneidade anteriormente aplicada a empresa participante de licitação, cabe à Administração Pública, em complemento à consulta dos registros constantes do Sicaf, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – (CEIS)" (TCU, Plenário, Acórdão 1.793/11, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 70).

93 STJ, 1.ª Seção, MS 14.002/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 06.11.2009 *(Informativo de Jurisprudência do STJ* n. 413); TCU, Plenário, Acórdão 1.340/11, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 25.05.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 64); TCU,

Plenário, Acórdão 432/14, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 26.02.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 187); Orientação Normativa/AGU 49: "A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União (art. 7.º da Lei n.º 10.520, de 2002) e de declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV, da Lei n.º 8.666, de 1993) possuem efeito *ex nunc*, competindo à Administração, diante de contratos existentes, avaliar a imediata rescisão no caso concreto".

94 Nesse sentido decidiu o STJ: "Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos. A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Recurso a que se nega provimento" (STJ, 2.ª Turma, RMS 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 08.09.2003, p. 262). Da mesma forma, o TCU entendeu que "a declaração de inidoneidade de determinada empresa só pode ser estendida a outra de propriedade dos mesmos sócios quando restar demonstrada ter sido essa última constituída com o propósito deliberado de burlar a referida sanção". TCU, Acórdão 2.958/12, Plenário, Rel. Min. José Jorge, 31.10.2012 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 130). No mesmo sentido: TCU, Plenário, Acórdão 1.831/14, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.07.2014 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 205).

95 A expressão revogação deve ser utilizada apenas para extinção dos atos administrativos por conveniência ou oportunidade, não se aplicando aos contratos.

96 BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de contas: algumas competências controvertidas. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237-238; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 441-442.

97 MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre os sistemas de controle dos atos e contratos administrativos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n. 5, p. 6085-6086, set. 2005; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 998; WILLEMAN, Marianna Montebello. O controle de licitações e contratos administrativos pelos tribunais de contas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). *Direito administrativo:* estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 305; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Controle das licitações pelo tribunal de contas. *RDA*, n. 239, p. 104, jan.-mar. 2005.

98 STF, 1.ª Turma, RE 547.063/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, DJe-236 12.12.2008, p. 638 *(Informativo*

de Jurisprudência do STF n. 523).

99 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 541.

100 Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216.

101 A responsabilidade subsidiária do poder concedente por danos causados por concessionárias de serviços públicos também é sustentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 296.

102 STF, Tribunal Pleno, RExt 591.874/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-237, 18.12.2009, p. 1820 *(Informativos de Jurisprudência do STF* n. 557 e n. 563).

103 STF, ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-173 09.09.2011 *(Informativo de Jurisprudência do STF* n. 610).

104 STF, Tribunal Pleno, MS 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 31.10.2003, p. 15.

105 "Constitucional. Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido" (STF, Tribunal Pleno, MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-18 01.02.2008, *Informativo de Jurisprudência do STF* n. 475).

106 CHAPUS, Réné. *Droit Administratif General*. 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001. t. I, p. 1113-1115.

107 TCU, Plenário, Acórdão 1.337/11, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011 *(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 64). Em outra oportunidade, no entanto, o TCU entendeu ser necessária a caracterização de erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa, para responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório (TCU, Acórdão 1.857/11, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 71).

[108] Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Direito administrativo em debate*. 2.ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 341-354; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 95-118, 2008. Sobre o tema, José Vicente Santos de Mendonça aponta quatro *standards* para eventual responsabilidade do parecerista, a saber: a) o dolo; b) o erro evidente e inescusável; c) a não adoção de condicionantes reais de cautela; e d) a necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias no Direito (A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards. RBDP*, v. 27, p. 177-199, 2009).

[109] Durante algum tempo, o STF entendeu que a concessionária de serviços públicos responderia de forma objetiva apenas em relação aos danos causados aos usuários, afastando o art. 37, § 6.º, da CRFB na hipótese de danos causados aos terceiros. STF, RE n.º 262.651/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* 06/05/2005, p. 38 (Informativo de Jurisprudência do STF 370). Atualmente, a Suprema Corte afirma a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviços públicos, com fulcro no art. 37, § 6.º, da CRFB, independentemente da qualidade da vítima (usuário ou não do serviço público). STF, RE 591.874/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-237 18/12/2009 (Informativos de Jurisprudência do STF 557 e 563).

[110] Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 293.

Capítulo 4

TEMAS ESPECIAIS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Os serviços públicos, de acordo com o art. 175 da CRFB, podem ser prestados pelo Poder Público, na forma da lei, "diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Diversos diplomas legais tratam das concessões de serviços públicos, por exemplo: a) Lei 8.987/1995: dispõe sobre as concessões de serviços públicos e de obras públicas, bem como sobre as permissões de serviços públicos; b) Lei 9.074/1995: estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; c) Lei 9.427/1996: trata das concessões de serviços públicos de energia elétrica; d) Lei 11.079/2004: institui normas sobre as concessões especiais (Parcerias Público-Privadas) etc.[1]

Não obstante a pluralidade de normas jurídicas sobre o tema, as concessões de serviços públicos, em síntese, podem ser divididas em dois grandes grupos: a) concessões comuns: previstas na Lei 8.987/1995 e legislação correlata; e b) concessões especiais (Parcerias Público-Privadas): submetidas à Lei 11.079/2004

e demais legislações específicas promulgadas pelos entes federados.

As concessões comuns, por seu turno, podem ser divididas em duas espécies: a) concessão de serviços públicos propriamente dita (art. 2.º, II, da Lei 8.987/1995): tem por objeto único a delegação de serviço público; e b) concessão de serviços públicos precedida de obra pública (art. 2.º, III, da Lei 8.987/1995): possui objeto complexo, uma vez que o concessionário, antes de prestar o serviço, tem a incumbência de realizar uma obra pública.

Da mesma forma, as concessões especiais (PPPs) podem ser divididas em duas categorias: a) PPP patrocinada (art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004): é a delegação de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e b) PPP administrativa (art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004): envolve a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

4.1.1. Contrato de concessão comum de serviço público (Lei 8.987/1995)

O contrato de concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual a Administração Pública (concedente) transfere a execução do serviço público a terceiro (concessionário) por determinado prazo.

A concessão acarreta a delegação da execução do serviço público, mas não da sua titularidade, que permanece com o Estado. Em razão da titularidade do serviço público, o poder concedente possui prerrogativas e poder de controle em relação ao contrato de concessão, sendo possível, inclusive, a sua extinção (encampação) antes do advento do termo contratual por razões de interesse público.

4.1.1.1. Cláusulas essenciais

O contrato de concessão de serviço público é caracterizado como contrato administrativo típico, razão pela qual a legislação reconhece prerrogativas em favor do poder concedente (cláusulas exorbitantes) e sujeições por parte do concessionário.

As cláusulas essenciais do contrato de concessão, na forma do art. 23 da Lei 8.987/1995, podem ser assim enumeradas:

> I – ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II – ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III – aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI – aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII – à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII – às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX – aos casos de extinção da concessão; X – aos bens reversíveis; XI – aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII – às condições para prorrogação do contrato; XIII – à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV – à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

4.1.1.2. Prazo

Os contratos de concessão de serviços públicos, espécies de contratos administrativos, devem possuir prazo determinado (arts. 2.º, II e III; 18, I; e 23,

I, da Lei 8.987/1995).[2]

Todavia, a Lei 8.987/1995 não prevê o prazo máximo do contrato de concessão, que deverá ser estabelecido nas legislações específicas dos entes federados[3] ou, na sua falta, pelo Poder Concedente em cada contrato.

É importante ressaltar a inaplicabilidade da regra do prazo anual dos contratos prevista no art. 57 da Lei 8.666/1993. De acordo com a referida norma, os contratos celebrados pela Administração Pública têm, normalmente, duração de até um ano, pois a vigência desses contratos está adstrita à respectiva vigência dos créditos orçamentários.

Isto porque o art. 57 da Lei 8.666/1993 dirige-se aos contratos em que a remuneração do contratado advém dos cofres públicos (recursos orçamentários), o que não ocorre na concessão de serviço público comum, cuja remuneração da concessionária é efetivada, em regra, por meio de tarifa paga pelos usuários.

Ademais, a concessão de serviço público, em razão dos investimentos de grande vulto realizados pela concessionária, depende de um prazo contratual maior para amortização de seus investimentos e retorno financeiro pactuado, de modo a garantir a modicidade tarifária.

4.1.1.3. Prorrogação

A viabilidade da prorrogação do contrato de concessão de serviço público tem despertado debate doutrinário.

Alguns autores sustentam o descabimento jurídico e econômico da previsão, no edital e no contrato de concessão, da prorrogação do prazo contratual. Sob o ponto de vista jurídico, a prorrogação asseguraria ao concessionário uma vantagem incompatível com o princípio da isonomia. Afirma o autor que “o particular obtém a concessão em vista da vitória numa licitação, a qual se orientou à contratação por prazo determinado”. Sob a ótica econômica, a prorrogação não se justifica, dado que “as tarifas são fixadas segundo critérios que permitam a recuperação dos investimentos realizados ao longo do prazo de concessão”. Eventual prorrogação, de caráter excepcional, somente seria

possível ao final da concessão, “como decorrência de desvios que ocorreram de modo indesejável”.[4]

Entendemos, contudo, que a prorrogação deve ser encarada como medida excepcional, mas isso não impede a sua previsão nos editais de licitação e nos respectivos contratos de concessão.[5]

Em consequência, a prorrogação só pode ser feita pela Administração Pública, sendo inconstitucional a prorrogação efetivada pela lei, em razão do princípio da separação de poderes e da impessoalidade, conforme já decidiu o STF.[6]

Ademais, a prorrogação deve estar prevista no edital e na minuta do contrato, anexa ao instrumento convocatório (art. 23, XII, da Lei 8.987/1995), ressalvadas as hipóteses de prorrogação como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Saliente-se, ainda, que a minuta do contrato deve estabelecer, de maneira objetiva e razoável, os casos em que a prorrogação terá lugar, sendo vedada a autorização genérica e sem parâmetros da prorrogação (ex.: prorrogação condicionada ao cumprimento de objetivos estabelecidos pelo poder concedente, fomentando a eficiência do concessionário). Com isso, os licitantes, cientes dos casos em que a prorrogação seria possível, levariam em conta este aspecto na formulação de suas propostas, em respeito ao princípio da impessoalidade.

4.1.1.4. Subcontratação, subconcessão e transferência da concessão ou do controle acionário

A concessionária é a responsável pela prestação do serviço público concedido, “cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade” (art. 25 da Lei 8.987/1995).

Admite-se, contudo, a contratação (ou subcontratação) com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem

como a implementação de projetos associados ao serviço público, hipóteses em que a concessionária mantém a responsabilidade exclusiva pela correta prestação do serviço público (art. 25, § 1.º, da Lei 8.987/1995).

Nessas hipóteses, as relações jurídicas travadas entre as concessionárias de serviços públicos e os terceiros, subcontratados, são de direito privado, inexistindo vínculo jurídico entre os terceiros e o poder concedente (arts. 25, § 2.º, e 31, parágrafo único, da Lei 8.987/1995).

A subconcessão do serviço público, por sua vez, somente será admitida quando respeitados três requisitos: a) previsão dessa possibilidade no contrato de concessão; b) autorização do poder concedente; e c) realização de licitação, sob a modalidade concorrência (art. 26, *caput* e § 1.º, da Lei 8.987/1995).

Em relação ao terceiro requisito, a doutrina diverge sobre a responsabilidade pela realização da concorrência na subconcessão.

Alguns autores sustentam que o poder concedente pode realizar a concorrência ou outorgar essa prerrogativa à concessionária, sendo preferível esta última hipótese, posto que a relação contratual vai estabelecer-se entre a concessionária (subconcedente) e a subconcessionária.[7]

Entendemos, todavia, que a realização da concorrência incumbe ao poder concedente, por se tratar de procedimento administrativo típico, bem como pela instituição de relação jurídica entre a subconcessionária e o poder concedente.[8]

Por meio da subconcessão, a prestação do serviço público será subdelegada, parcialmente, ao terceiro (subconcessionário), que se sub-rogará em todos os direitos e obrigações do subconcedente (art. 26, § 2.º, da Lei 8.987/1995).

Além da subconcessão, é possível a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, após a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (art. 27 da Lei 8.987/1995).

Na transferência da concessão implica verdadeira cessão da posição jurídica da figura do concessionário. Com essa modificação subjetiva do contrato de concessão, substitui-se o concessionário por outra pessoa jurídica, com a qual o poder concedente passará a se relacionar.

Por outro lado, a transferência do controle acionário da concessionária, a rigor, acarreta uma alteração do quadro societário, mas a pessoa jurídica permanece a mesma, não havendo, tecnicamente, alteração subjetiva no contrato.

A efetivação da transferência e do controle acionário da concessionária pressupõe o atendimento, pelo novo concessionário ou pelo controlador, das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e o comprometimento de que serão observadas todas as cláusulas do contrato em vigor (art. 27, § 1.º, da Lei 8.987/1995).

Entendemos que, apesar do silêncio da Lei, deve ser realizada licitação para a efetivação da transferência da concessão, tendo em vista duas razões: a) a transferência da concessão represente delegação de serviço público e o art. 175 da CRFB exige a realização do certame para escolha do delegatário; e b) se a subconcessão, ainda que parcial, pressupõe licitação, com maior razão a transferência total da concessão para novo concessionário.[9]

A exigência de licitação, no entanto, não se aplica à transferência do controle acionário, pois não há alteração da concessionária, mas apenas do seu controle, como assinalado anteriormente.

4.1.1.5. Encargos do poder concedente e da concessionária

O poder concedente, titular do serviço público, tem o dever de fiscalizar permanentemente o fiel cumprimento das cláusulas contratuais e da legislação pelo concessionário (art. 29 da Lei 8.987/1995).

Constatada eventual irregularidade na execução do contrato de concessão, o poder concedente, após a efetivação da ampla defesa e do contraditório, deve aplicar sanções à concessionária, intervir na concessão ou extingui-la, conforme o caso (art. 29, II, III e IV, da Lei 8.987/1995).

No tocante à intervenção na concessão, tal medida deve ser formalizada por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida (art. 32, *caput* e parágrafo único,

da Lei 8.987/1995).

Efetivada a intervenção, o poder concedente deverá instaurar, no prazo de trinta dias, procedimento administrativo para comprovar as supostas irregularidades e apurar responsabilidades, respeitado o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 33 da Lei 8.987/1995).

Caso seja constatada a possibilidade de continuidade do contrato de concessão, ao final da intervenção será efetuada a prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão, e o serviço será devolvido à concessionária (art. 34 da Lei 8.987/1995).

Além das prerrogativas mencionadas, a legislação reconhece ao poder concedente duas prerrogativas relacionadas à intervenção estatal na propriedade, a saber: a) o poder concedente pode declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis (art. 29, VIII, da Lei 8.987/1995); e b) o poder concedente pode declarar a necessidade ou a utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis (art. 29, IX, da Lei 8.987/1995).

Os demais encargos do poder concedente, previstos no art. 29 da Lei 8.987/1995, são: homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato (inciso V); estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação (inciso X); incentivar a competitividade (inciso XI); e estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço (inciso XII).

Da mesma forma, a concessionária, responsável pela execução do serviço público, possui uma série de encargos ou obrigações, previstas no art. 31 da Lei 8.987/1995, que devem ser observadas durante todo o contrato, sob pena de

caracterização de inadimplemento contratual e aplicação de sanções.

A concessionária, inicialmente, tem o dever de prestar serviço adequado, na forma prevista na legislação, nas normas técnicas aplicáveis ao serviço e no contrato, em atenção ao princípio da continuidade do serviço público (art. 31, I, da Lei 8.987/1995).

É oportuno ressaltar que a continuidade do serviço público não impede a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (art. 6.º, § 3.º, I e II, da Lei 8.987/1995).

Os demais encargos são mencionados no art. 31 da Lei 8.987/1995, a saber: a) cumprimento das normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão (inciso IV); b) possibilidade de promoção das desapropriações e constituição de servidões, autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato (inciso VI); c) zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente (inciso VII); e d) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço (inciso VIII).

Por fim, a concessionária deve propiciar a fiscalização do contrato de serviço público por parte do poder concedente, adotando as seguintes medidas: a) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão (inciso II); prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato (inciso III); permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis (inciso V).

4.1.1.6. Direitos e obrigações dos usuários

O usuário do serviço público, destinatário final do serviço, recebe proteção especial do ordenamento jurídico. O art. 175, parágrafo único, inciso II, da CRFB remeteu ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer os direitos dos

usuários. Nesse sentido, o art. 7.º da Lei 8.987/1995 elenca direitos e obrigações dos usuários, sem prejuízo daqueles previstos no CDC, conforme será abordado a seguir.

Os usuários possuem os seguintes direitos: a) recebimento do serviço público adequado, assim considerado aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (art. 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995); b) obtenção de informações do poder concedente e da concessionária para a defesa de interesses individuais ou coletivos; e c) utilização do serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente (art. 7.º, I a III, da Lei 8.987/1995).

Vale mencionar, ainda, que as concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, devem oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos (art. 7.º-A da Lei 8.987/1995).

Os usuários, por outro lado, possuem deveres que devem ser observados na fruição do serviço público, a saber: a) levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades das quais tenham ciência, referentes ao serviço prestado; b) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; e c) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos por meio dos quais lhes são prestados os serviços (art. 7.º, IV a VI, da Lei 8.987/1995).

Ademais, o usuário tem o dever de pagar a tarifa à concessionária pelo serviço público utilizado, havendo previsão de interrupção do serviço público em caso de eventual inadimplemento, na forma do art. 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/1995.

4.1.1.7. Extinção do contrato de concessão

As formas de extinção do contrato de concessão, na forma do art. 35 da Lei

8.987/1995, podem ser enumeradas da seguinte forma:

a) **advento do termo contratual:** trata-se da extinção natural do contrato pelo transcurso do prazo pactuado;
b) **encampação:** é a extinção da concessão "por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização" (art. 37 da Lei 8.987/1995). Há controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da exigência de lei autorizativa para declaração da encampação. Por um lado, parcela da doutrina afirma a inconstitucionalidade da referida exigência, tendo em vista a interferência indevida do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo em afronta ao princípio da separação de poderes.[10] Por outro lado, alguns afirmam que a lei, necessária à encampação, é meramente autorizativa (e não vinculante), subsistindo, portanto, margem de discricionariedade ao poder concedente para avaliar a conveniência da encampação.[11]
c) **caducidade:** decorre da inexecução total ou parcial do contrato por parte do concessionário (art. 38 da Lei 8.987/1995).[12] A caducidade deve ser precedida de processo administrativo, em que seja assegurado o direito de ampla defesa, e sua declaração será feita por decreto (art. 38, §§ 2.º e 4.º, da Lei 8.987/1995). Em virtude do inadimplemento contratual do concessionário, a caducidade não pressupõe indenização por parte do poder concedente, salvo a indenização pelos bens reversíveis (art. 38, § 5.º, da Lei 8.987/1995).

As principais diferenças entre a encampação e a caducidade podem ser resumidas no quadro comparativo abaixo:

	Encampação	Caducidade
Fundamento	Interesse público	Inadimplemento da concessionária

Formalização	Lei autorizativa e decreto	Processo administrativo e decreto
Indenização	Indenização prévia do concessionário	Indenização eventual e posterior do concessionário

d) rescisão: é a extinção da concessão na hipótese de descumprimento das cláusulas contratuais pelo poder concedente (art. 39 da Lei 8.987/1995). De acordo com o parágrafo único do art. 39 da Lei 8.987/1995, "os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado", o que impede, em princípio, a "exceção de contrato não cumprido";[13]

e) anulação: quando houver vício de legalidade na licitação ou no respectivo contrato de concessão. A anulação pode ser declarada pelo próprio poder concedente (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário, assegurado, em qualquer caso, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Na anulação do contrato de concessão, caso o concessionário não tenha contribuído para o vício e esteja de boa-fé, deverá este ser indenizado pelo poder concedente, na forma do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993;[14]

f) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual: em razão da extinção da concessionária, o serviço concedido retorna ao poder concedente.

É importante ressaltar a possibilidade de outras formas de extinção do contrato de concessão não previstas no art. 35 da Lei 8.987/1995, tais como o distrato (extinção por ato bilateral e consensual), o desaparecimento do objeto e a força maior.[15]

4.1.1.8. Reversão dos bens

A reversão é a transferência ao poder concedente dos bens do concessionário, afetados ao serviço público e necessários à sua continuidade, na hipótese de extinção do contrato de concessão (arts. 35 e 36 da Lei 8.987/1995).

O fundamento da reversão é o princípio da continuidade do serviço público, já que os bens, necessários à prestação do serviço público, deverão ser utilizados pelo poder concedente, após o término do contrato de concessão. O edital de licitação e o respectivo contrato devem dispor sobre os bens reversíveis, na forma dos arts. 18, X e XI, e 23, X, da Lei 8.987/1995.

A reversão dos bens da concessionária ao poder concedente deve ser efetivada mediante indenização, sob pena de confisco, conforme dispõe o art. 36 da Lei 8.987/1995.

4.1.2. Contrato de concessão especial de serviço público (Lei 11.079/2004)

Ao lado da concessão tradicional de serviços públicos (Lei 8.987/1995), a legislação consagra, atualmente, a concessão especial de serviços públicos, denominada Parceria Público-Privada (PPP), submetida ao regime jurídico diferenciado previsto na Lei 11.079/2004.

4.1.2.1. Origem e fontes normativas

A inserção do novo modelo de concessões (PPP) no ordenamento jurídico pátrio, inspirado no formato utilizado no direito comparado,[16] pode ser justificada pelos seguintes fatores: a) limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público, tendo em vista os limites colocados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) que limitam a capacidade de investimento pelo Poder Público na prestação direta dos serviços públicos e na criação de infraestrutura adequada (“gargalos” de infraestrutura); b) necessidade de prestação de serviços públicos não autossustentáveis: após o período de desestatização na década de 90, quando grande parte dos serviços públicos

“atrativos” foi concedida aos particulares, o Estado permaneceu com a obrigação de prestar serviços não autossustentáveis, assim definidos por necessitarem de investimentos de grande vulto ou pela impossibilidade jurídica ou política de cobrança de tarifa do usuário; c) princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço: o Estado subsidiário valoriza a atuação privada, considerada mais eficiente que a atuação estatal direta.

Em consequência, o legislador estabeleceu regime jurídico especial para as PPPs, com a introdução de novas garantias, a repartição de riscos na prestação dos serviços, novas formas de remuneração do parceiro privado, entre outras mudanças, que objetivam atrair investidores privados na parceria a ser formalizada com o Estado no atendimento do interesse público.

A União, autorizada pelo art. 22, XXVII, da CRFB, estabeleceu normas gerais de PPPs na Lei 11.1079/2004, assim como os demais Entes Federados que já fixaram normas específicas sobre o tema.[17]

4.1.2.2. Conceito: PPP em sentido amplo e PPP em sentido restrito

A expressão “parcerias público-privadas” admite dois sentidos:

a) sentido amplo: PPP é todo e qualquer ajuste firmado entre o Estado e o particular para consecução do interesse público (ex.: concessões, permissões, convênios, terceirizações, contratos de gestão, termos de parceria etc.);[18]

b) sentido restrito: PPP refere-se exclusivamente às parcerias público-privadas previstas na Lei 11.079/2004, sob a modalidade patrocinada ou administrativa.

4.1.2.3. Espécies de PPPs: patrocinada e administrativa

A Lei 11.079/2004 divide as PPPs em duas espécies:

a) **PPP patrocinada:** “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004);

b) **PPP administrativa:** “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004).

Os conceitos fornecidos pela legislação permitem concluir pela existência de, ao menos, duas diferenças entre as espécies de PPPs:

a) **Quanto à remuneração:** enquanto na PPP patrocinada o concessionário será remunerado por meio de tarifa e dinheiro do orçamento, na PPP administrativa, o concessionário será remunerado integralmente pelo Estado (orçamento ou uma das formas previstas no art. 6.º da Lei 11.079/2004), não havendo previsão de cobrança de tarifa dos usuários.[19]

Vale ressaltar que, nas PPPs patrocinadas, há necessidade de lei autorizativa quando a Administração Pública for responsável por mais de 70% da remuneração do parceiro privado (art. 10, § 3.º, da Lei 11.079/2004). Apesar da omissão legal, entendemos que a exigência de autorização legislativa deve ser aplicada também às PPPs administrativas, uma vez que a remuneração, nessas concessões, será realizada integralmente pelo Estado.

b) **Quanto ao objeto da parceria:** de um lado, a PPP patrocinada tem por objeto a prestação de serviços públicos; por outro lado, o objeto da PPP administrativa pode ser a execução de serviços públicos ou de serviços administrativos prestados ao Estado.

Isto porque a Lei, de um lado, na definição da PPP patrocinada, utiliza a expressão “serviços públicos” (art. 2.º, § .1º, da Lei 11.079/2004) e, por outro lado, na conceituação de PPP administrativa, menciona os “serviços”, afirmando, ainda, que a Administração Pública pode ser usuária direta ou indireta desses serviços (art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004).

O termo “serviços” comporta, ao menos, duas aplicações distintas:

a) **serviços públicos:** prestados pelo Estado, diretamente ou por meio de delegação, a fim de satisfazer necessidades coletivas, sob regime de direito público. Nesse caso, os particulares são, em regra, os usuários diretos do serviço público e a Administração Pública é a beneficiária indireta, pois esta implementa, por meio da concessão, o seu dever constitucional de satisfazer as necessidades da coletividade; e
b) **serviços administrativos:** são atividades privadas prestadas ao Estado por entidades selecionadas, em regra, por meio de licitação. Na hipótese, o beneficiário direto desses serviços é a Administração Pública e a coletividade, a beneficiária indireta.

Desta forma, as PPPs apresentam, em resumo, as seguintes características básicas:

a) **PPP patrocinada:** tem por objeto a prestação de serviços públicos e a remuneração envolve o pagamento de tarifas, além da contraprestação pecuniária por parte da Administração (ex.: exploração de rodovias pelo parceiro privado com remuneração por meio de tarifa e contraprestação pecuniária do Estado);
b) **PPP administrativa de serviços públicos:** tem por finalidade a execução de serviços públicos (a Administração é a “usuária indireta” e a coletividade a “usuária direta”) que serão remunerados integralmente pelo Poder Público (ex.: serviço de coleta de lixo domiciliar, sem contraprestação específica dos usuários); e

c) **PPP administrativa de serviços administrativos:** tem por objetivo a contratação de empresa privada que prestará serviços ao Estado (a Administração será a "usuária direta" e a coletividade, a "usuária indireta") com remuneração integralmente assumida pelo Estado (ex.: serviço de "hotelaria" em presídios, construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para servidores públicos, construção e gestão de arenas esportivas etc.).

4.1.2.4. Principais características da concessão especial – PPP

As PPPs representam uma nova forma de parceria entre o Estado e os particulares na prestação de serviços públicos ou administrativos. A Lei 11.079/2004 prevê, por exemplo, algumas características que não eram encontradas no modelo tradicional de concessão, a saber: a) valor mínimo do contrato (valor tem que ser superior a vinte milhões de reais); b) prazo de vigência não inferior a 5, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação; c) remuneração pelo parceiro público ao parceiro privado somente após a disponibilização do serviço; d) remuneração variável pelo parceiro público ao parceiro privado vinculada ao seu desempenho; e) compartilhamento de risco entre o parceiro público e o parceiro privado; f) garantias diferenciadas de adimplemento das obrigações financeiras do parceiro público relativamente ao parceiro privado, com destaque para o fundo garantidor (FGP).

A partir da comparação entre os regimes jurídicos consagrados, respectivamente, nas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004, é possível apontar, exemplificativamente, algumas diferenças entre as concessões comuns e as especiais (PPPs), conforme será destacado a seguir.

4.1.2.4.1. Remuneração do concessionário

Na concessão comum (Lei 8.987/1995), a remuneração do concessionário ocorre, normalmente, por meio do pagamento da tarifa pelo usuário como

contrapartida da efetiva utilização do serviço público. Ao lado da tarifa, existe a possibilidade de “receitas alternativas” relacionadas à exploração de atividades conexas ao serviço público (ex.: serviços de publicidade), havendo a possibilidade, inclusive, de receitas advindas do orçamento (arts. 11 e 18, VI, da Lei 8.987/1995).

Por outro lado, na concessão especial (PPP), a remuneração do parceiro privado pressupõe a contraprestação pecuniária (orçamento) por parte do parceiro público (Poder Concedente).

Por isso, o art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004 dispõe que não constitui PPP a concessão comum de serviços públicos, prevista na Lei 8.987/1995, “quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. A remuneração na PPP, destarte, pode ser feita integralmente com dinheiro público (concessão administrativa) ou apenas parcialmente com recursos orçamentários, caso em que haverá também o pagamento de tarifa pelo usuário (concessão patrocinada).

Entendemos que, apesar da sobredita exigência, é possível admitir uma hipótese de PPP sem a contraprestação pecuniária do Poder Público: a PPP administrativa de serviços administrativos.[20]

Conforme será destacado a seguir, as PPPs podem ser divididas em: PPP patrocinada de serviços públicos e PPP administrativa de serviços públicos ou de serviços administrativos.

O art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004, ao exigir a remuneração com recursos orçamentários, refere-se apenas às concessões que envolvam a prestação de serviços públicos, tradicionalmente previstas na Lei 8.987/1995, não se aplicando às PPPs administrativas de serviços administrativos.

Ademais, nos conceitos legais de PPPs, contidos nos §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Lei 11.079/2004, apenas se exige “contraprestação pecuniária” do parceiro público na PPP patrocinada, sendo silente a lei em relação à PPP administrativa. Em vez de recursos orçamentários, o Poder Público poderia se utilizar de outras formas de contraprestação, previstas, exemplificativamente, no art. 6.º da Lei

11.079/2004.[21]

É possível, ainda, a previsão de remuneração variável em função do desempenho do concessionário, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004, alterado pela Lei 12.766/2012).

Em princípio, a contraprestação da Administração Pública somente será efetivada após a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (art. 7.º da Lei 11.079/2004). Todavia, admite-se o aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que autorizado no edital de licitação para os novos contratos ou em lei específica para os contratos celebrados até 08.08.2012 (arts. 6.º, § 2.º, e 7.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.079/2004, incluídos pela Lei 12.766/2012).[22]

4.1.2.4.2. Repartição objetiva de riscos

Outra diferença entre as concessões comuns e as especiais (PPPs) reside na repartição de riscos contratuais.

Na concessão comum, os riscos ordinários, inerentes a todo e qualquer negócio jurídico, são suportados pelo concessionário (art. 2.º, II, da Lei 8.987/1995).[23]

Em relação aos riscos extraordinários, advindos de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (ex.: teoria da imprevisão, fato do príncipe e o caso fortuito e a força maior), eles são suportados pelo Poder concedente, uma vez que a legislação consagra o direito à revisão do contrato para restaurar o equilíbrio perdido (art. 9.º, §§ 2.º e 3.º; 18, VIII; 23, IV; 29, V; da Lei 8.987/1995).

Na concessão especial, não existe uma repartição abstrata dos riscos. Ao contrário, a legislação exige a repartição objetiva de riscos que será definida no contrato (arts. 4.º, VI, e 5.º, III, da Lei 11.079/2004).

A repartição objetiva não significa compartilhamento equânime dos riscos, mas, sim, que a questão seja definida de maneira clara no instrumento contratual.[24]

Todavia, a doutrina tem estabelecido limites para a repartição de riscos. Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, sustenta que os riscos políticos, cambiais, de interpretação judicial, de disponibilidade financeira, de relações internacionais, que não são gerenciáveis pelo particular, devem ser assumidos pelo Estado, sendo lícita a assunção pelo parceiro privado dos "riscos ligados à construção, operação, rendimento, tecnologia, competição".[25] Em sentido semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a repartição não pode envolver eventos que decorrem de atos praticados pelas partes contratantes, como ocorre, por exemplo, no fato do príncipe (fato extracontratual que gera desequilíbrio contratual) e no fato da administração (fato contratual – inadimplemento da Administração), pois, caso contrário, teríamos violação ao art. 37, § 6.º, da CRFB e ao princípio geral de direito, consagrado no art. 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo.[26]

Ocorre que o art. 5.º, III, da Lei 11.079/2004 prevê que a repartição objetiva dos riscos versará, inclusive, sobre caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Nesse caso, a repartição objetiva, ao que parece, procura corrigir o problema de interpretação do art. 78, XVII, c/c o art. 79, § 2.º, da Lei 8.666/1993. As citadas normas estipulam, nos contratos em geral, o dever de a Administração Pública indenizar o contratado mesmo diante do caso fortuito e da força maior. Fato é que essa previsão legal sempre gerou controvérsia doutrinária quanto à constitucionalidade de impor, abstratamente, ao Poder Público o dever de indenizar, mesmo em hipóteses tradicionais de excludentes do nexo causal, tendo em vista o disposto no art. 37, § 6.º, da CRFB. Agora, com a possibilidade de repartição de riscos no contrato de PPP, a Administração Pública pode afastar a sua responsabilidade por tais eventos.[27]

Ressalte-se que a repartição objetiva de riscos não contraria o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, consagrado no art.

37, XXI, da CRFB, posto que o edital de licitação (e a minuta de contrato a ele anexada) já deve estipular a repartição de riscos, razão pela qual o concessionário já conhecia, quando da apresentação de sua proposta, os riscos do negócio e, em razão deles, quantificou o seu preço.[28]

4.1.2.4.3. Valor mínimo do contrato

Ao contrário do que ocorre na concessão comum, exige-se valor mínimo para a celebração de contrato de PPP. Nesse sentido, o art. 2.º, § 4.º, I, da Lei 11.079/2004 veda a utilização de PPP quando o valor do contrato seja inferior a R$ 20.000.000,00.

O referido valor mínimo para as PPPs será representado pelo valor constante da proposta apresentada pelo parceiro privado na licitação, na qual são estimados os custos, os riscos e as receitas necessárias para execução do contrato.[29]

Há discussão quanto ao alcance federativo da exigência do valor mínimo nos contratos de PPPs:

Primeira posição: o valor mínimo deve ser observado por todos os entes da Federação, uma vez que a Lei 11.079/2004 consagra, como regra, normas gerais de PPPs (art. 1.º, *caput* e parágrafo único) e as normas específicas, direcionadas exclusivamente à União, constam do capítulo VI da Lei (arts. 14 a 22). Por outro lado, o caráter nacional da norma não ofenderia o princípio federativo, pois a eventual insuficiência econômica dos entes Federados para alcance do valor mínimo poderia ser suprida pela formatação prévia de consórcios públicos. Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão e Carlos Ari Sundfeld.[30]

Segunda posição: o valor mínimo de R$ 20.000.000,00 aplica-se apenas à União, sob pena de inviabilizar a utilização de PPPs no âmbito da maioria dos Estados e Municípios que não teriam capacidade econômica para celebração de contratos vultosos, colocando em risco a federação. Nesse sentido: Juarez Freitas, Gustavo Binenbojm e Flávio Amaral Garcia.[31]

Perfilhamos o entendimento de que a norma deve ser considerada federal e não nacional, aplicando-se exclusivamente à União, tendo em vista dois argumentos: a) o elenco de normas federais no capítulo VI (arts. 14 a 22) da Lei 11.079/2004 não significa que as demais normas sejam, necessariamente, gerais;[32] b) o eventual caráter nacional da norma impediria o uso da PPP pela maioria dos Estados e Municípios, o que contrariaria o princípio federativo (art. 18 da CRFB), razão pela qual cada ente federativo tem autonomia para fixar os respectivos valores mínimos, levando em consideração a respectiva realidade socioeconômica.

4.1.2.4.4. Prazo contratual

Na concessão comum, a Lei 8.987/1995 não estabelece prazo máximo para o respectivo contrato. Existe apenas a previsão de que o contrato de concessão, assim como ocorre com os demais contratos administrativos, deve ter prazo determinado (art. 2.º, II, da Lei 8.987/1995). O prazo poderá ser definido na legislação específica ou, na falta dela, em cada caso concreto.

Ao revés, na concessão especial (PPP), a legislação estabeleceu o prazo mínimo de 5 anos e o prazo máximo de 35 anos para o contrato de concessão (art. 2.º, § 4.º, II, e art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004).

Os prazos alargados nas PPPs são justificados pela necessidade de amortização dos investimentos vultosos realizados pelo parceiro privado e da diluição dos pagamentos devidos pelo Poder Público, além de satisfazerem a modicidade tarifária (quando houver tarifa, como ocorre na PPP patrocinada).

Em razão do comprometimento dos orçamentos futuros, o Poder Concedente tem que atuar com responsabilidade fiscal, realizando planejamento prévio para diagnosticar os impactos orçamentários da PPP, destacando-se, nesse caso, as exigências legais para instauração da licitação, a saber: a) apresentação de estudo técnico, aprovado pela autoridade competente e que respeite a LC 101/2000 (LRF); b) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios respectivos ao prazo do contrato; c) declaração do ordenador da

despesa atestando a compatibilidade do contrato com a lei de diretrizes orçamentárias e com a lei orçamentária anual; d) “estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública”; e) previsão do objeto contratual no Plano Plurianual; f) realização de consulta pública em relação às minutas do edital e do contrato; g) licença ambiental e adequação às exigências ambientais (art. 10 da Lei 11.079/2004).

4.1.2.4.5. Objeto complexo

A concessão comum tem por objeto a prestação de serviço público ou, ainda, a prestação do serviço, precedida da execução de obra pública (art. 2.º, II e III, da Lei 8.987/1995).

Na concessão especial (PPP), por sua vez, o art. 2.º, § 4.º, III, da Lei 11.079/2004 impõe restrições em relação ao objeto do contrato, vedando a celebração da concessão “que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

Desta forma, mesmo na hipótese de PPP administrativa de serviços administrativos, a concessão não poderá envolver o simples fornecimento de mão de obra, mas, também, outras prestações por parte do parceiro privado (ex.: fornecimento de mão de obra e de materiais etc.). Caso a intenção seja apenas a contratação de serviços (mão de obra), o Poder Público deverá se valer da tradicional terceirização regulada na Lei 8.666/1993.

4.1.2.4.6. Cláusulas essenciais

De acordo com o art. 5.º da Lei 11.079/2004, as cláusulas essenciais dos contratos de PPPs são: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior

a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3.º e 5.º do art. 56 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas; XI – o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2.º do art. 6.º desta Lei (incluído pela Lei 12.766/2012).

Além das mencionadas cláusulas essenciais, os contratos de PPPs podem prever, também: a) os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da SPE para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/1995; b) a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações

pecuniárias da Administração Pública; c) a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de PPPs (art. 5.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004).

4.1.2.4.7. Sociedade de Propósito Específico (SPE)

De acordo com o art. 9.º da Lei 11.079/2004, o contrato de PPP deve ser formalizado pelo parceiro público com uma sociedade de propósito específico (SPE).

O objetivo do legislador é facilitar o controle e a gestão da PPP, visto que a SPE, que pode ser instituída sob qualquer roupagem societária, tem o único objetivo de implantar e gerir o objeto da parceria.

Vale dizer: a instituição da SPE pelo parceiro privado acarreta a segregação patrimonial, contábil e jurídica entre esta sociedade e a empresa licitante vencedora.[33] No modelo tradicional de concessão, a possibilidade de execução de outras atividades econômicas pela concessionária dificultava o controle do contrato, tendo em vista a dificuldade de separação das receitas e despesas inerentes à prestação do serviço público e aquelas relativas às demais atividades desenvolvidas pela concessionária.[34]

Quanto ao momento de instituição da SPE, o art. 9.º da Lei 11.079/2004 limita-se a dizer que a sociedade deve ser criada antes do contrato de PPP, especialmente pelo fato de que a entidade será parte da relação contratual (princípio da relatividade dos contratos).

Apesar de não haver vedação legal, deve ser considerada ilegal a exigência, no edital, de instituição da SPE como condição para participação na licitação, tendo em vista que tal exigência frustraria a competitividade, reduzindo o número de interessados, bem como violaria o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, visto que apenas a licitante vencedora assinará o contrato de PPP, sendo desnecessário onerar excessivamente os demais

participantes.

Entendemos, contudo, que, apesar do silêncio legislativo, algumas limitações devem ser aplicadas à instituição da SPE, por exemplo: a) em decorrência dos princípios da isonomia e da competitividade, apenas as pessoas que venceram a licitação podem fazer parte da SPE, evitando-se que pessoas estranhas à licitação se beneficiem do contrato; b) pelas mesmas razões, deve ser vedada a união entre a primeira colocada na licitação com outras licitantes, pois, nesse caso, o contrato seria formalizado com entidade que efetivamente não apresentou a melhor proposta, além do risco de conluio entre as licitantes para elevar os valores de suas propostas.

Com o intuito de evitar a contrariedade aos princípios que regem as licitações, duas sugestões poderiam ser adotadas nas licitações: a) o licitante vencedor deverá constituir uma subsidiária; ou b) caso o licitante vencedor seja um consórcio, este deverá receber personalidade jurídica, transformando-se em SPE.[35]

A SPE poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado, e a eventual transferência do controle acionário dependerá de expressa autorização da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/1995 (art. 9.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.079/2004).

Ademais, a SPE deverá obedecer padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento (art. 9.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004).

Por fim, a Administração Pública não pode ser titular da maioria do capital votante da SPE, o que não impede a sua participação no quadro societário como acionista minoritária. Excepcionalmente, instituição financeira controlada pelo Poder Público poderá se tornar controladora da SPE quando adquirir a maioria do capital votante em caso de inadimplemento de contratos de financiamento (art. 9.º, §§ 4.º e 5.º, da Lei 11.079/2004).

4.1.2.4.8. Garantias diferenciadas e o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP)

As garantias de cumprimento das obrigações assumidas pela Administração nos contratos de PPPs encontram-se enumeradas no art. 8.º da Lei 11.079/2004: a) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e f) outros mecanismos admitidos em lei.

No rol de garantias previstas na legislação, destaca-se o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), mencionado nos arts. 16 e seguintes da Lei 11.079/2004.[36]

As normas definidoras do FGP, conforme disposição expressa da Lei 11.079/2004, são aplicáveis apenas à União, razão pela qual os entes interessados na utilização da referida garantia deverão editar normas específicas sobre o tema.[37] Registre-se, no entanto, que o art. 16 da Lei 11.079/2004, alterado pela Lei 12.766/2012, permite que o FGP federal seja utilizado para garantir também o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos distritais, estaduais ou municipais.

O FGP possui natureza privada e patrimônio separado dos cotistas (União, autarquias e fundações públicas), devendo ser administrado por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União (arts. 16 e 17 da Lei 11.079/2004).

Apesar de ser considerado sujeito de direitos e obrigações (art. 16, *caput* e § 1.º, da Lei 11.079/2004), há controvérsias doutrinárias a respeito da personificação do FGP.

Primeira posição: o FGP não possui personalidade jurídica, mas, em razão da possibilidade legal de contrair direitos e obrigações, o Fundo seria

considerado uma espécie de “patrimônio de afetação” ou universalidade de direito. Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão e José dos Santos Carvalho Filho.[38]

Segunda posição: o FGP possui personalidade jurídica e pode ser considerado como uma espécie de empresa pública. Nesse sentido: Carlos Ari Sundfeld e Gustavo Binenbojm.[39]

Entendemos que o FGP deve ser considerado pessoa jurídica, pois trata-se de sujeito de direitos e obrigações, e as suas características são similares àquelas previstas para as empresas públicas (a criação depende de autorização legal, os cotistas são Entes e Entidades da Administração Pública e a sua natureza é privada).

Outra polêmica em torno do FGP concerne à sua constitucionalidade.

Primeira posição: inconstitucionalidade do FGP, tendo em vista os seguintes argumentos: a) violação ao art. 100 da CRFB, pois o Fundo seria uma maneira de burlar o regime dos precatórios. As pessoas públicas, cotistas do Fundo, normalmente respondem por seus débitos judiciais por meio dos precatórios, mas, com a criação de um Fundo de natureza privada, o pagamento seria feito diretamente por ele; b) violação ao art. 165, § 9.º, II, da CRFB, uma vez que a criação de fundos só poderia ser feita por Lei Complementar. Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[40]

Segunda posição: o FGP é constitucional. Nesse sentido: possui personalidade jurídica e pode ser considerado como uma espécie de empresa pública. Nesse sentido: Carlos Ari Sundfeld, Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binenbojm e José dos Santos Carvalho Filho.[41]

Sustentamos a compatibilidade do FGP com o texto constitucional pelas seguintes razões: a) não há violação ao art. 100 da CRFB, que estabelece a regra geral do precatório, pois a referida norma constitucional somente se aplica aos débitos judiciais das pessoas jurídicas de direito público, sendo inaplicável às

pessoas de direito privado, como ocorre na instituição do FGP e das entidades com personalidade de direito privado integrantes da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado); b) não há violação ao art. 165, § 9.º, II, da CRFB, tendo em vista que a norma constitucional em comento exige lei complementar apenas para fixação das "condições para a instituição e funcionamento de fundos", e não para criação específica de cada fundo, sendo certo que as referidas condições encontram-se previstas, basicamente, na Lei 4.320/1964, recepcionada com *status* de lei complementar.

4.2. CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Tradicionalmente, a doutrina distingue os contratos e os convênios administrativos a partir de diversos critérios, com destaque para os apontados a seguir:

1) Quanto aos interesses envolvidos nos ajustes: enquanto os contratos administrativos são caracterizados pela existência de interesses contrapostos das partes (o Poder Público tem por objetivo promover o interesse público e o particular pretende auferir lucro), os convênios administrativos são caracterizados pela comunhão de interesses dos conveniados (os partícipes possuem os mesmos interesses).[42]

Ressalte-se que a nomenclatura conferida ao instrumento jurídico não é fundamental para caracterização da sua natureza jurídica, mas, sim, o seu conteúdo, conforme dispõe o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993:

> Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Os convênios aparecem na legislação, por vezes, com nomes distintos ("convênio", "termo de parceria", "termo de cooperação" etc.). Em determinadas hipóteses, apesar da utilização da expressão "contrato", tais instrumentos devem ser considerados verdadeiros convênios quando o objeto retratar a busca de interesses comuns ("contrato de gestão", "contrato de repasse" etc.).

2) Quanto à remuneração: nos contratos, os contratados recebem remuneração pela prestação de determinado objeto (obra, serviço etc.), e o valor, ao ingressar no patrimônio privado, deixa de ser considerado "dinheiro público", razão pela qual o contratado pode dispor livremente sobre a sua destinação. Por outro lado, nos convênios, o valor repassado pelo Poder Público ao particular continua sendo reputado "dinheiro público", que deve ser necessariamente aplicado no objeto do convênio, o que acarreta a necessidade de prestação de contas pelo particular ao Poder Público (inclusive Tribunal de Contas) para demonstrar que a verba foi utilizada para atendimento das finalidades do ajuste.[43]

3) Quanto à necessidade de licitação: a celebração de contratos pela Administração Pública depende, em regra, da realização de licitação prévia, na forma do art. 37, XXI, da CRFB e do art. 2.º da Lei 8.666/1993. Ao contrário, a formalização de convênios não depende de licitação, conforme dispõe o art. 116 da Lei 8.666/1993, o que não afasta a necessidade de instauração, quando possível, de processo seletivo que assegure o tratamento impessoal entre os potenciais interessados.[44]

4) Quanto ao prazo: os contratos administrativos são celebrados, sempre, por prazo determinado, conforme exigência contida no art. 57, § 3.º, da Lei 8.666/1993. Em relação aos convênios, espécies de atos administrativos complexos, admite-se que os ajustes não estabeleçam prazo determinado, não obstante seja recomendável a fixação de sua duração para fins de planejamento e controle.[45]

A cooperação associativa é uma característica dos convênios, razão pela qual os partícipes têm a liberdade de ingresso e de retirada (denúncia) a qualquer momento, sendo vedada cláusula de permanência obrigatória.[46]

Os convênios podem ser firmados entre entidades administrativas ou entre estas e entidades privadas sem fins lucrativos. Na primeira hipótese, os convênios são instrumentos de descentralização (ou desconcentração) administrativa; no segundo caso, os convênios funcionam como mecanismos de implementação do fomento, viabilizando o exercício de atividades sociais relevantes por entidades privadas.[47]

A celebração de convênio depende de prévia aprovação do plano de trabalho, apresentado pela entidade interessada, com as seguintes informações: a) identificação do objeto a ser executado; b) metas a serem atingidas; c) etapas ou fases de execução; d) plano de aplicação dos recursos financeiros; e) cronograma de desembolso; f) previsão de início e fim da execução do objeto e, bem assim, da conclusão das etapas ou fases programadas; e g) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador (no art. 116, § 1.º, da Lei 8.666/1993).[48]

Existem controvérsias em relação à constitucionalidade de exigência de autorização legislativa para formalização de convênios:

> **Primeira posição:** constitucionalidade da eventual imposição de autorização legislativa para que as entidades administrativas celebrem convênios. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.[49]
>
> **Segunda posição:** inconstitucionalidade da exigência, tendo em vista o princípio da separação de poderes. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Jessé Torres Pereira Junior, Ivan Barbosa Rigolin e STF.[50]

Entendemos que a razão está com aqueles que defendem a inconstitucionalidade da previsão de lei autorizativa como condição para

celebração de convênios, uma vez que a edição de atos administrativos complexos insere-se no núcleo essencial da atividade administrativa, e a interferência legislativa, sem previsão expressa da Constituição, viola o princípio da separação de poderes. Por esta razão, o art. 116, § 2.º, da Lei 8.666/1993 exige apenas a ciência da assinatura do convênio ao Legislativo.

As parcelas dos convênios não serão repassadas ao conveniado e ficarão retidas até o saneamento das seguintes irregularidades: a) quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; b) quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor relativamente a outras cláusulas conveniais básicas; c) quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno (art. 116, § 3.º, da Lei 8.666/1993).

As receitas serão aplicadas, exclusivamente, no objeto do convênio e os respectivos saldos, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês (art. 116, §§ 4.º e 5.º da Lei 8.666/1993).

Ao final do convênio, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou

entidade titular dos recursos (art. 116, § 6.º, da Lei 8.666/1993).

De acordo com a Súmula 286 do TCU, "a pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos".

4.3. CONVÊNIOS DE NATUREZA FINANCEIRA: CONVÊNIOS, CONTRATOS DE REPASSE E TERMO DE COOPERAÇÃO (DECRETO 6.170/2007, DECRETO 7.568/2011 E PORTARIA INTERMINISTERIAL MP/MF/CGU 507/2011)

Em âmbito federal, os convênios de natureza financeira, regulamentados no Decreto 6.170/2007, alterado pelos Decretos 6.619/2008 e 7.568/2011, e na Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011, são divididos em três categorias:

a) convênio (propriamente dito): é o instrumento jurídico que dispõe sobre a

[...] transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação (art. 1.º, § 1.º, inciso I, do Decreto n.º 6.170/07);

b) contrato de repasse: é o instrumento jurídico que dispõe sobre a transferência dos recursos financeiros por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União (art. 1.º, §

1.º, inciso II, do Decreto 6.170/2007); e

c) termo de cooperação: é o instrumento jurídico que tem por objeto a transferência de crédito de órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza (art. 1.º, § 1.º, inciso III, do Decreto 6.170/2007).

Os três ajustes, em verdade, inserem-se no conceito de convênio apontado anteriormente, uma vez que os interesses dos partícipes são comuns, e não antagônicos.

É vedada a celebração de convênios e contratos de repasse nas seguintes hipóteses (art. 2.º do Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011, e art. 10 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011): a) com órgãos e entidades da Administração direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R$ 100.000,00 ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, exceto elaboração de projetos de engenharia, nos quais o valor da transferência da União seja inferior a R$ 250.000,00;[51] b) com entidades privadas, sem fins lucrativos, que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; c) entre órgãos e entidades da administração pública federal, caso em que deverá ser celebrado, se for o caso, termo de cooperação; d) com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do convênio ou contrato de repasse; e) com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: e.1) omissão no dever de prestar contas; e.2) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; e.3) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; e.4) ocorrência de dano ao Erário; ou e.5) prática de outros atos

ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; f) com órgão ou entidade, de direito público ou privado, que esteja em mora, inadimplente com outros convênios ou contratos de repasse celebrados com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, ou irregular em qualquer das exigências desta Portaria; g) com pessoas físicas ou entidades privadas com fins lucrativos;[52] h) visando à realização de serviços ou execução de obras a serem custeadas, ainda que apenas parcialmente, com recursos externos sem a prévia contratação da operação de crédito externo; (i) com entidades públicas ou privadas cujo objeto social não se relacione com as características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio ou contrato de repasse; e j) com Estados, Distrito Federal ou Municípios, caso a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias público-privadas já contratadas por esses entes tenham excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos dez anos subsequentes excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios, conforme disposto no art. 28 da Lei 11.079/2004.

Conforme dispõe o art. 2.º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011, as suas disposições não são aplicáveis nos seguintes casos: a) aos convênios: a.1) cuja execução não envolva a transferência de recursos entre os partícipes; a.2) celebrados anteriormente à data da sua publicação, devendo ser observadas, neste caso, as prescrições normativas vigentes à época da sua celebração, podendo, todavia, se lhes aplicar naquilo que beneficiar a consecução do objeto do convênio; a.3) celebrados anteriormente à data da sua publicação, devendo ser observadas, neste caso, as prescrições normativas vigentes à época da sua celebração, podendo, todavia, se lhes aplicar naquilo que beneficiar a consecução do objeto do convênio; a.4) que tenham por objeto a delegação de competência ou a autorização a órgãos ou entidades de outras esferas de governo para a execução de atribuições determinadas em lei, regulamento ou regimento interno, com geração de receita compartilhada; a.5) homologados pelo Congresso Nacional ou autorizados pelo Senado Federal

naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais, específicas, conflitarem com esta Portaria, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento; b) às transferências celebradas no âmbito: b.1) do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pela Lei 9.807/1999, e regulamentado pelos Decretos 3.518/2000, 6.044/2007, e 6.231/2007; b.2) do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, instituído pela Medida Provisória 2.178-36/2001; b.3) do Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE, instituído pela Medida Provisória 2.178-36/2001; b.4) do Programa Nacional de Apoio do Transporte Escolar – PNATE, instituído pela Lei 10.880/2004; b.5) do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos, instituído pela Lei 10.880/2004; b.6) do Programa Brasil Alfabetizado, instituído pela Lei 10.880/2004; b.7) do Programa Nacional de Inclusão de Jovens, instituído pela Lei 11.692/2008; c) aos contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais – OS, na forma estabelecida pela Lei 9.637/1998; d) às transferências a que se referem: d.1) a Lei 10.973/2004; d.2) o art. 3.º da Lei 8.142/1990; d.3) os arts. 29 e 30 da Lei 8.742/1993; d.4) a Lei 12.340/2010; e) a outros casos em que lei específica discipline de forma diversa a transferência de recursos para execução de programas em parceria do Governo Federal com governos estaduais, municipais e do Distrito Federal ou entidade privada sem fins lucrativos; f) relativos às transferências formalizadas sob a abrangência da Lei 9.807/1999, e dos Decretos 3.518/2000, 6.044/2007 e 6.231/2007; e g) às transferências para execução de ações no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, regulamentadas pela Lei 11.578, de 26.11.2007, exceto o disposto no Capítulo I do Título I desta Portaria.

As entidades privadas, sem fins lucrativos, que pretenderem celebrar convênios ou contratos de repasse com órgãos e entidades da Administração federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV (art. 3.º do Decreto 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto 6.428/2008).[53]

Da mesma forma, devem ser registrados no SICONV e divulgados por meio

de página específica na internet, denominada Portal dos Convênios, a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria (art. 13 do Decreto 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto 6.619/2008).

A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste (art. 4.º do Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011).[54]

A dispensa do chamamento público, que depende de decisão fundamentada do Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da Administração Pública federal, pode ocorrer nos seguintes casos: a) situações de emergência ou calamidade pública que exijam a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; b) para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou c) quando o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas (art. 4.º, § 2.º, do Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011).

As entidades privadas, sem fins lucrativos, não precisam licitar para aquisição e contratação de serviços com recursos recebidos da União. Todavia, tais contratações deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato (art. 11 do Decreto 6.170/2007).

Os convênios podem ser denunciados a qualquer tempo, sendo vedada a estipulação de cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. Em caso de denúncia do ajuste, os partícipes são responsáveis

somente pelas obrigações, auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo (art. 12 do Decreto 6.170/2007).

Extinto o convênio, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de trinta dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos (art. 12, parágrafo único, do Decreto 6.170/2007).

4.4. CONTRATO DE GESTÃO

A expressão "contrato de gestão" possui duas aplicações distintas no ordenamento pátrio:[55]

a) contrato de gestão interno ou endógeno: é o ajuste formalizado no âmbito interno da Administração Pública com o objetivo de garantir uma maior eficiência administrativa, por meio da estipulação de metas de desempenho e aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do órgão ou entidade administrativa (art. 37, § 8.º, CRFB);[56] e

b) contrato de gestão externo ou exógeno: é o ajuste formalizado entre a Administração Pública e determinada entidade privada, sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social ("OS"), com a previsão, de um lado, de metas de desempenho, e, de outro lado, incentivos públicos (fomento) à entidade privada (art. 5.º da Lei 9.637/1998).

A utilização de nomes idênticos para ajustes distintos dificulta a compreensão dos institutos, gerando confusões terminológicas e insegurança jurídica. Com o intuito de evitar confusões terminológicas, o "Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração" utiliza a expressão "contrato de autonomia" para se referir ao contrato mencionado no texto constitucional,

reservando a expressão contrato de gestão para os ajustes firmados com as Organizações Sociais.[57]

No referido anteprojeto, o contrato de autonomia é definido como

> [...] acordo celebrado entre a entidade ou órgão supervisor e a entidade ou órgão supervisionado, por 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 (art. 27, § 1.º).[58]

4.4.1. Contrato de gestão interno ou endógeno

Em relação ao contrato de gestão interno ou contrato de autonomia, a doutrina tem criticado a previsão da possibilidade de celebração de contratos por órgãos públicos, posto que o aludido contrato seria, em verdade, "contrato consigo mesmo" ou autocontrato, pois os órgãos públicos não possuem personalidade jurídica e sua atuação é imputada à respectiva pessoa jurídica da qual eles são partes integrantes. Exemplo: a atuação do Ministério da Saúde, órgão público federal, é imputada à União. Nesse caso eventual, "contrato" celebrado entre a União e o Ministério seria um autocontrato, no qual a pessoa jurídica estabeleceria direitos e obrigações para ela mesma.

Outra crítica à natureza contratual refere-se à inexistência de interesses contrapostos no ajuste. No "contrato de gestão" não há interesses antagônicos, característica tradicional dos contratos, mas, sim, interesses comuns e convergentes dos partícipes, o que revelaria a natureza de ato complexo ou de acordo administrativo do ajuste.[59]

Destarte, o "contrato de gestão" do art. 37, § 8.º, da CRFB deve ser encarado como verdadeiro ato administrativo complexo ou acordo administrativo.[60]

Em razão da ausência do caráter contratual, entendemos que cada Ente federado tem autonomia para regulamentar, por meio de lei ordinária, o art. 37, § 8.º, da CRFB.[61]

O contrato de gestão interno ou contrato de autonomia possui duas características marcantes: de um lado, o ajuste garante a eficiência na gestão administrativa, por meio da fixação de metas e da ampliação da autonomia da entidade ou do órgão supervisionado, e, de outro lado, o ajuste representa um importante instrumento de controle dos resultados que devem ser buscados pela Administração.

Vale ressaltar que a contratualização da gestão e do controle da Administração é uma tendência da denominada "Administração Pública de Resultados",[62] que tem sido buscada por meio de instrumentos análogos no Direito comparado, tais como: a) França: Relatório Nora (1967), com o objetivo de melhorar as relações entre o Estado e as empresas públicas, bem como outros contratos consagrados posteriormente, tais como os contratos de programa (1970), os contratos de empresa (1976), os contratos de plano (1982) e os contratos de objetivos (1988); b) Inglaterra: *Framework document* ou *framework agreement* (1979): criação de agências executivas para implementação de metas estatais; c) Itália: *Accordo di programma* (Lei 241/1990): coordenação entre órgãos e entidades administrativas com exigência de resultados, bem como estipulação de prazos e simplificação dos processos; d) EUA: *Performance Plan* (acordo de desempenho – *Nacional Performance Review* de 1993): a gestão pública seria baseada em resultados e avaliação de desempenho.[63]

4.4.2. Contrato de gestão externo ou exógeno

Por outro lado, o contrato de gestão externo, conforme assinalado anteriormente, é o ajuste firmado entre o Estado e as Organizações Sociais ("OS").

Trata-se de ajuste que possibilita a parceria social com entidades, sem fins lucrativos, integrantes do "Terceiro Setor".

A qualificação de "Organização Social" será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desempenham determinadas atividades de caráter social (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento

tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde), observados os demais requisitos previstos em lei (art. 1.º da Lei 9.637/1998).

As entidades privadas, qualificadas como Organizações Sociais, poderão celebrar o denominado "contrato de gestão" com a União, o qual estabelecerá metas de desempenho, que deverão ser alcançadas pela entidade, e permitirá o repasse de recursos orçamentários, a permissão de uso de bens públicos e a cessão especial de servidores públicos, com custo para o Poder Público (arts. 12 a 14 da Lei 9.637/1998).

A elaboração do contrato de gestão deverá observar os princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade etc.) e, ainda, os seguintes preceitos: a) especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; b) a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (art. 7.º da Lei 9.637/1998).

O contrato de gestão será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas (arts. 8.º, 9.º e 10 da Lei 9.637/1998).

Assim como ocorre com o contrato de gestão interno, o contrato de gestão formalizado com Organizações Sociais não possui natureza contratual propriamente dita, mas, sim, de convênio (ato administrativo complexo), tendo em vista a busca por interesses comuns das "partes".[64]

4.5. TERMO DE PARCERIA

O Termo de Parceria é o ajuste formalizado entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ("OSCIPs"), na forma

do art. 9.º da Lei 9.790/1999.

As entidades privadas, sem fins lucrativos, que desempenharem atividades sociais e cumprirem os demais requisitos previstos na mencionada legislação, serão qualificadas pelo Ministério da Justiça como OSCIPs e poderão celebrar termos de parceria com a Administração.[65]

O Termo de Parceria, por um lado, estabelece programas de trabalho (metas de desempenho), que deverão ser adimplidos dentro dos prazos pactuados, e, por outro lado, prevê o repasse de recursos orçamentários para as OSCIPs.

A formalização do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (art. 10, § 1.º, da Lei 9.790/1999).[66]

As cláusulas essenciais do Termo de Parceria, na forma do art. 10, § 2.º, da Lei 9.790/99, são: a) objeto do ajuste: programa de trabalho proposto pela OSCIP (inciso I); b) estipulação de metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma (inciso II); c) critérios objetivos para avaliação de desempenho (inciso III); d) previsão das receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores (inciso IV); e) prestação de contas periódicas (inciso V); e f) publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

O Termo de Parceria será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, pelo Ministério Público e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo, e pelo Tribunal de Contas.

O Poder Público e a OSCIP devem instituir, por comum acordo, comissão de avaliação, com atribuição para analisar os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria, que deverá enviar à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (art. 11, *caput*, §§ 1.º e 2.º, e art. 12 da Lei 9.790/1999).

4.6. O NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL (OSCS): ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 13.019/2014

4.6.1. Introdução

Recentemente foi promulgada, pela União, a Lei 13.019/2014, que estabelece o novo marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil (OSCs).

Com efeito, a referida legislação tem por objetivo regular, em âmbito nacional, o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, firmadas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. Tradicionalmente, as parcerias entre a Administração e as OSCs eram reguladas por normas jurídicas esparsas e, muitas vezes, lacunosas, o que sempre acarretou insegurança jurídica aos administradores públicos e particulares.[67]

O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil (OSCs), introduzido pela Lei 13.019/2014, representa importante avanço na busca de segurança jurídica, eficiência, democratização e eficiência na atuação consensual da Administração Pública brasileira.

Isso não isenta a festejada norma da crítica relacionada ao abuso de poder, por parte do Congresso Nacional, que, na linha centralizadora e sem respaldo expresso na Constituição, pretendeu fixar normas gerais, aplicáveis a todos os entes federados, conforme será demonstrado a seguir.

Em verdade, o novo marco regulatório incorpora, em grande medida, as exigências e recomendações apresentadas pela doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas, para parcerias entre as Administrações Públicas federal, estaduais, distrital e municipais, de um lado, e as OSCs, de outro lado, com o objetivo de implementar a Administração Pública Consensual e de Resultados.

4.6.2. A abrangência federativa da Lei 13.019/2014 e a necessidade de sua interpretação conforme a Constituição

O ponto de partida na interpretação da Lei 13.019/2014 refere-se à sua abrangência federativa, uma vez que o art. 1.º afirma, expressamente, a instituição de normas gerais aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, e suas subsidiárias.

De acordo com a literalidade da norma, a Lei 13.019/2014 seria considerada "Lei nacional" (e não "Lei federal"), aplicável a todos os entes da Federação.

Todavia, não vislumbramos, em análise preliminar, autorização constitucional para a União elaborar normas gerais sobre parcerias entre as Administrações Públicas, Direta e Indireta, com entidades privadas sem fins lucrativos. Isso porque as referidas parcerias são instrumentalizadas por convênios (termo de colaboração ou termo de fomento) e não por contratos propriamente ditos.

Não obstante a relativização ou a erosão da distinção entre os referidos instrumentos jurídicos, especialmente a partir da Lei 11.107/2005, que contratualizou o consórcio público formado entre entes federados, a doutrina, de forma geral, permanece firme na distinção entre os contratos e os convênios,

conforme mencionado no item 4.2 desta obra.

A Lei 13.019/2014, ao dispor sobre parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, refere-se, portanto, aos convênios, ainda que a norma tenha utilizado outras expressões (Termo de colaboração e Termo de fomento). Aliás, o legislador é pródigo na criação de novas nomenclaturas para instrumentos que, na essência, se encaixam no gênero "convênios", tal como ocorre com os contratos de programa, contratos de repasse, contratos de gestão, termos de parceria, termos de cooperação etc.

Em verdade, a natureza jurídica dos instrumentos formalizados pela Administração deve ser fixada a partir do seu conteúdo, e não pela nomenclatura utilizada pelo legislador.[68]

É fundamental, portanto, a análise do conteúdo do ajuste para se constatar se, realmente, existe mútua cooperação (interesses comuns), de forma a caracterizar o ajuste como convênio.[69]

A diferenciação entre os contratos e os convênios é encontrada também no próprio ordenamento jurídico. O texto constitucional menciona, em diversos dispositivos, as expressões contratos e convênios (exs.: arts. 22, XXVII; 37, XXII e § 8.º; 39, § 2.º; 71, VI; 199, § 1.º; 241 da CRFB), o que sugere instrumentos jurídicos diversos, uma vez que o legislador não utiliza palavras inúteis.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 8.666/1993 confirma a distinção entre contratos e convênios, especialmente ao estabelecer, em seu art. 116, que as normas relacionadas aos contratos aplicam-se, *no que couber*, aos convênios. Ora, se os convênios fossem espécies de contratos, não haveria necessidade da sobredita previsão normativa e da ressalva "no que couber", que demonstra a incompatibilidade de algumas normas contratuais com os convênios.[70]

A partir da premissa de que os contratos e os convênios são instrumentos jurídicos diversos, é forçoso concluir que a Constituição apenas estabelece a competência da União para elaborar normas gerais sobre contratos, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB, inexistindo idêntica autorização em relação aos

convênios.[71]

Em consequência, ausente norma constitucional que contemple a prerrogativa de fixação de normas gerais, por parte da União, para os convênios, a conclusão é no sentido de reconhecer a autonomia federativa dos entes para estabelecerem as suas próprias normas, na forma do art. 18 da CRFB.[72]

Vale dizer: a regra é a autonomia federativa, o que inclui autonomia legislativa; a exceção é a fixação de normas gerais por parte do ente central vinculantes aos demais entes. Dessa forma, a elaboração de normas gerais por parte da União representa exceção que deve constar de dispositivo expresso na Constituição.

Destaque-se que a literalidade do art. 1.º da Lei 13.019/2014, que afirma o caráter geral (nacional) de suas normas, por si só, não tem o condão de afastar o raciocínio apresentado até o momento.

Isso porque não é a primeira vez que o legislador federal abusa do poder legislativo e extrapola na fixação de normas violadoras do pacto federativo. Mencione-se, por exemplo, a Lei 8.666/1993, que, de forma semelhante, afirma o seu caráter geral (art. 1.º), o que não impediu que o STF afirmasse que alguns de seus dispositivos devem ser considerados apenas federais, vinculando a União, mas não os demais entes da Federação.[73]

Em síntese, é possível concluir que a Lei 13.019/2014 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição para ser considerada, em princípio, lei federal (e não nacional) aplicável à União, não obstante seja recomendável que os demais entes federados adotem, em suas respectivas legislações, as exigências, os princípios e as demais ideais consagradas pelo legislador federal, especialmente pelo caráter moralizador das referidas normas.

4.6.3. O âmbito de aplicação da Lei 13.019/2014 às entidades privadas sem fins lucrativos e às entidades da Administração Pública

Conforme mencionado anteriormente, a Lei 13.019/2014 estabelece normas

para as parcerias voluntárias, que envolvam ou não a transferências de recursos financeiros, estabelecidas pela Administração Pública, Direta e Indireta, com as organizações da *sociedade civil*, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público. De acordo com o art. 2.º, I, da Lei 13.019/2014, considera-se organização da sociedade civil a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos.[74]

Verifica-se, portanto, que a Lei tem por finalidade tutelar *todas* as modalidades de parcerias celebradas entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor, ainda que sem a transferência de recursos públicos para a entidade.[75]

Entretanto, tal conclusão esbarraria no art. 3.º da Lei 13.019/2014, que exclui de sua aplicação as seguintes hipóteses: a) as transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitarem com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento; b) transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário; e c) os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei 9.637/1998.

Dessa forma, em que pese a redação do art. 84 da Lei afirmar que a nomenclatura “convênios” ficará restrita às parcerias firmadas entre os entes federados, é possível afirmar que a expressão poderá ser utilizada também para parcerias entre a Administração e as entidades privadas sem fins lucrativos reguladas por legislação especial, especialmente em razão da aplicação do critério da especialidade na resolução de antinomias jurídicas.

O próprio legislador reconhece que, paralelamente à Lei 13.019/2014, coexistem normas reguladoras de modalidades específicas de parcerias que, em virtude do caráter específico, não foram derrogadas pela novel legislação, tal como ocorre com as parcerias no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/1990) e as formalizadas por meio dos contratos de gestão com as Organizações Sociais (Lei 9.637/1998).

Contudo, conforme disposição expressa do art. 4.º da Lei, o novo regime jurídico é aplicável às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, considerando-se revogadas as normas da Lei 9.790/1999 incompatíveis com a Lei 13.019/2014.

Não encontramos justificativa razoável para excluir da incidência do novo regime das parcerias os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS), sem excluir também os termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). De lado algumas diferenças pontuais, as referidas entidades possuem características gerais semelhantes, consideradas entidades privadas sem fins lucrativos que desempenham atividades de caráter social, por meio de vínculos jurídicos com o Poder Público (contrato de gestão e termo de parceria, respectivamente).

Cabe notar, ainda, que o art. 1.º da Lei 13.019/2014 refere-se às empresas públicas e sociedades de economia mista *prestadoras de serviço público*, e suas subsidiárias. Com isso, ficam excluídas do âmbito de aplicação da Lei as estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito que se submetem, no que couber, ao mesmo regime jurídico aplicável às sociedades empresárias privadas, na forma do art. 173, § 1.º, II, da CRFB.

4.6.4. Procedimentos de seleção de entidades parceiras

4.6.4.1. Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS)

Uma das inovações trazidas pela Lei 13.019/2014 refere-se ao Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS).

Trata-se de instituto semelhante àquele previsto nas concessões comuns e especiais (PPPs) de serviços públicos. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3.º, *caput* e § 1.º, da Lei 11.079/2004, bem como no Decreto Federal 5.977/2006.[76]

De forma similar, o art. 18 da Lei 13.019/2014 previu o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS) como instrumento por meio do qual as

organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas à Administração Pública para que esta avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

Recebida a proposta, que deverá cumprir os requisitos elencados no art. 19 da Lei 13.019/2014,[77] a Administração deverá publicá-la em seu sítio eletrônico, abrindo a oportunidade para manifestação de interessados, na forma do regulamento de cada ente federado (art. 20 da Lei).

Assim como ocorre com o PMI das PPPs, o PMIS não acarreta o dever de realização do chamamento público, existindo discricionariedade administrativa sobre o tema, na forma do art. 21 da Lei 13.019/2014.

A realização do PMIS não dispensa a realização do chamamento público na hipótese em que a Administração decidir pela formalização da parceria, sendo admitida a participação da organização da sociedade civil, que apresentou o PMIS, no certame (art. 21, §§ 1.º e 2.º, da Lei).

4.6.4.2. A exigência de chamamento público para seleção de organizações da sociedade civil

A Lei 13.019/2014 exige a realização de processo impessoal, com regras objetivas, para seleção das organizações da sociedade civil que celebrarão parcerias com a Administração Pública.[78] Trata-se do "chamamento público" disciplinado nos arts. 23 a 32 da Lei 13.019/2014.[79]

Trata-se de tendência consagrada na doutrina, no TCU e na legislação especial. De acordo com o entendimento doutrinário preponderante, ainda que não seja exigida a licitação formal para celebração de convênios ou instrumentos similares, a realização de processo objetivo para celebração de convênios decorre do princípio constitucional da impessoalidade consagrado no art. 37 da CRFB, orientação consagrada na jurisprudência do TCU.[80]

No campo normativo, a legislação tem estabelecido, de forma crescente, exigências de procedimento seletivo para escolha impessoal de conveniados,

como ocorre, por exemplo, nas seguintes hipóteses: a) chamamento público para seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do convênio (arts. 4.º e 5.º do Decreto 6.170/2007, com redação dada pelo Decreto 7.568/2011, e arts. 7.º a 9.º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011); b) concurso de projetos para escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que celebrará o termo de parceria com o Poder Público (arts. 23 a 31 do Decreto 3.100/1999, com redação dada pelo Decreto 7.568/2011, que regulamenta a Lei 9.790/1999) etc.

O edital de chamamento público deve conter, no mínimo, as seguintes informações (art. 24, § 1.º, da Lei 13.019/2014): a) programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria; b) tipo de parceria a ser celebrada; c) objeto da parceria; d) datas, prazos, condições, local e forma de apresentação das propostas; e) datas e critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; f) valor previsto para a realização do objeto; g) exigência de que a organização da sociedade civil possua: g.1) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; g.2) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; g.3) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.[81]

Com o intuito de garantir a competitividade e a igualdade entre as organizações da sociedade civil, é vedado estabelecer, no chamamento público, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria.[82]

O rito procedimental do chamamento público consagra a tendência consolidada nos diplomas legais recentes sobre licitações públicas ao prever a

realização da fase de julgamento antes da etapa de habilitação da entidade vencedora do certame, na forma do art. 28 da Lei 13.019/2014.[83]

Na etapa de julgamento, a Administração deverá adotar como critério de julgamento, obrigatoriamente, o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e ao valor de referência constante do chamamento público (art. 27 da Lei).

O julgamento será realizado por comissão de seleção, previamente designada, sendo vedada a participação de pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades em disputa (art. 27, §§ 1.º e 2.º, da Lei).

O resultado do julgamento deverá ser publicado no sítio oficial da Administração Pública na internet ou no sítio eletrônico oficial equivalente (art. 27, § 4.º, da Lei). Não obstante a norma não mencione a publicação no *Diário Oficial*, com o intuito de garantir maior publicidade, é recomendável que, em regra, a publicação também ocorra na imprensa oficial.

Encerrada a etapa competitiva, com a classificação das propostas, a Administração verificará os documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil, selecionada em primeiro lugar, dos requisitos previstos no inciso VII do § 1.º do art. 24 da Lei (três anos, no mínimo, de existência, experiência prévia na realização do objeto da parceria ou de natureza semelhante e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas), na forma do art. 28 da Lei.

Caso a primeira colocada não atenda aos requisitos acima, a segunda colocada será convidada a aceitar a celebração de parceria nos mesmos termos ofertados pela concorrente desqualificada (art. 28, § 1.º, da Lei).[84]

A exigência de realização do chamamento público para seleção e formatação de parcerias com organizações da sociedade civil é afastada em hipóteses excepcionais autorizadas pela legislação.

De forma semelhante às contratações diretas previstas na Lei 8.666/1993, a

Lei 13.019/2014 admite a pareceria direta com organizações da sociedade civil, nos casos de dispensa e inexigibilidade do chamamento público.

As hipóteses taxativas de dispensa, previstas no art. 30 da Lei 13.019/2014, são: a) caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame; b) casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei 12.101/2009; e c) realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

Por outro lado, o art. 31 da Lei 13.019/2014 estabelece hipótese de inexigibilidade de chamamento público quando houver inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.[85]

Em qualquer hipótese, a formalização direta da parceria com organizações da sociedade civil, por dispensa ou inexigibilidade de chamamento público, dependerá de justificativa detalhada por parte do administrador público que será publicada em página do sítio oficial da Administração na internet e, eventualmente, no meio oficial de publicidade (Diário Oficial), com pelo menos cinco dias de antecedência da formalização da parceria (art. 32, *caput* e § 1.º, da Lei).[86]

4.6.5. Instrumentos jurídicos de parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: termo de colaboração e termo de fomento

Os instrumentos jurídicos de parcerias entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil receberam nomenclaturas específicas na Lei 13.019/2014 e podem ser divididos em duas categorias: a) "Termo de Colaboração": implementa transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho ***propostos pela Administração,*** em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções legais (art. 16 da Lei); e b) "Termo de fomento": efetua transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho ***propostos pelas organizações da sociedade civil,*** em regime de mútua cooperação com a Administração, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções legais (art. 17 da Lei 13.019/2014).

É possível constatar que a diferença formal entre o termo de colaboração e o termo de fomento circunscreve-se à iniciativa do projeto: quando a iniciativa for da própria Administração, o instrumento denomina-se termo de colaboração; por outro lado, se a iniciativa for da organização da sociedade civil, o instrumento é denominado de termo de fomento.

Trata-se, a nosso juízo, de diferenciação sem qualquer relevância jurídica, pois os dois termos são, na essência, idênticos: a) quanto ao conteúdo: ambos têm por objetivo a viabilização de parcerias entre a Administração e entidades privadas sem fins lucrativos; e b) quanto à formalização: ambos são precedidos de chamamento público.

Em verdade, o legislador, mais uma vez, institui nomenclaturas diversas para fazer referência aos tradicionais convênios, cuja característica básica é a formalização de parcerias entre a Administração e entidades privadas para consecução de objetivos comuns. O legislador tem utilizado qualificações jurídicas diversas na legislação especial para referir-se aos convênios (ex.: contratos de gestão, contratos de repasse, termos de parcerias, termos de cooperação etc.).[87]

Com a nova Lei Geral das parcerias com organizações da sociedade civil, as nomenclaturas "termo de colaboração" e "termo de fomento" devem ser

utilizadas com maior frequência na prática, respeitadas as nomenclaturas previstas na legislação especial.

Como condição para celebração do termo de colaboração e do termo de fomento, o art. 33 da Lei 13.019/2014 exige a previsão, nos estatutos das organizações da sociedade civil interessadas, dos seguintes elementos: a) objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; b) constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas; c) previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta; e d) normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: d.1) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; d.2) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

A exigência indicada na alínea “c” é dispensada na hipótese em que a parceria envolver serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários (art. 33, parágrafo único, da Lei 13.019/2014).

Ademais, a celebração das parcerias dependerá da apresentação, por parte das organizações da sociedade civil, dos seguintes documentos, na forma do art. 34 da Lei 13.019/2014: a) prova da propriedade ou posse legítima do imóvel, caso seja necessário à execução do objeto pactuado; b) certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa, de acordo com a legislação aplicável de cada ente federado;[88] c) certidão de existência jurídica expedida pelo cartório de registro civil ou cópia do estatuto registrado e

eventuais alterações;[89] d) documento que evidencie a situação das instalações e as condições materiais da entidade, quando essas instalações e condições forem necessárias para a realização do objeto pactuado; e) cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual; f) relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB de cada um deles; g) cópia de documento que comprove que a organização da sociedade civil funciona no endereço registrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB; e h) regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiros, aprovado pela administração pública celebrante, em que se estabeleça, no mínimo, a observância dos princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo e a busca permanente de qualidade e durabilidade.

Por fim, a celebração do termo de colaboração e do termo de fomento dependerá da adoção das seguintes providências pela Administração, na forma do art. 35 da Lei 13.019/2014: a) realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade; b) indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria; c) demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto; d) aprovação do plano de trabalho; e) emissão de parecer de órgão técnico da Administração, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito: e.1) do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada; e.2) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei; e.3) da viabilidade de sua execução, inclusive no que se refere aos valores estimados, que deverão ser compatíveis com os preços praticados no mercado; e.4) da verificação do cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, e se esse é adequado e permite a sua efetiva fiscalização; e.5) da descrição de quais serão os meios

disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos; e.6) da descrição de elementos mínimos de convicção e de meios de prova que serão aceitos pela administração pública na prestação de contas; e.7) da designação do gestor da parceria; e.8) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria; e.9) da aprovação do regulamento de compras e contratações apresentado pela organização da sociedade civil, demonstrando a compatibilidade entre a alternativa escolhida e a natureza e o valor do objeto da parceria, a natureza e o valor dos serviços, e as compras passíveis de contratação, conforme aprovado no plano de trabalho; f) emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria.

A celebração da parceria não poderá ser condicionada à exigência de contrapartida financeira, admitindo-se, no entanto, a exigência de contrapartida em bens e serviços economicamente mensuráveis (art. 35, § 1.º, da Lei 13.019/2014).

Cumpre destacar que os pareceres, técnico e jurídico, indicados nas alíneas “e” e “f”, não vinculam de forma absoluta o administrador, que deverá justificar os motivos pelos quais deixou de observá-los (art. 35, § 2.º, da Lei).

Exige-se que o instrumento de parceria ou seu anexo contenha a informação de que a organização da sociedade civil cumpre as exigências constantes do inciso VII do § 1.º do art. 24 da Lei 13.019/2014 (existência legal há mais de três anos, experiência prévia na realização do objeto da parceria e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades), na forma do art. 35, § 4.º, da Lei.

Em relação aos equipamentos e materiais permanentes adquiridos pela organização da sociedade civil, com recursos provenientes da parceria, os bens serão gravados com cláusula de inalienabilidade e a entidade deverá formalizar promessa de transferência da propriedade à Administração, na hipótese de sua extinção (art. 35, § 5.º, da Lei).

Aliás, a Administração deve estipular o destino a ser dado aos bens remanescentes da parceria, sendo admitida a doação dos bens adquiridos com recursos da parceria quando, após a consecução do objeto, não forem necessários para assegurar a continuidade do objeto pactuado, observado o disposto no respectivo termo e na legislação vigente (art. 36, *caput* e parágrafo único, da Lei).

De acordo com o art. 35, § 6.º, da Lei 13.019/2014, fica impedida de participar como gestor da parceria ou como membro da comissão de monitoramento e avaliação pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das organizações da sociedade civil partícipes.

No tocante à responsabilidade civil, o art. 37 da Lei impõe a indicação, por parte da entidade privada, de, ao menos, um dirigente que se responsabilizará, de forma solidária, pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas na parceria, exigindo-se que essa indicação conste do instrumento da parceria.

A produção dos efeitos jurídicos dos termos de colaboração e de fomento ocorre apenas após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da Administração (art. 38 da Lei).

Por sua vez, o art. 42 da Lei estabelece as cláusulas essenciais dos termos de colaboração e de fomento, quais sejam: a) descrição do objeto pactuado; b) obrigações das partes; c) valor total do repasse e o cronograma de desembolso; d) classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número, a data da nota de empenho e a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro; e) contrapartida, quando for o caso, e a forma de sua aferição em bens e/ou serviços necessários à consecução do objeto; f) vigência e as hipóteses de prorrogação; g) obrigação de prestar contas com definição de forma e prazos; h) forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos

termos previstos no § 1.º do art. 58 da Lei; i) obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei; j) definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão desta, houverem sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela Administração Pública; k) estimativa de aplicação financeira e as formas de destinação dos recursos aplicados; l) prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade; m) previsão de que, na ocorrência de cancelamento de restos a pagar, o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que apresente funcionalidade; n) obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos na conta bancária específica da parceria em instituição financeira indicada pela Administração Pública; o) livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondentes aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta Lei, bem como aos locais de execução do objeto; p) faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias; q) indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da AGU, em caso de os partícipes serem da esfera federal, administração direta ou indireta, nos termos do art. 11 da MP 2.180-35/2001; r) obrigação de a organização da sociedade civil inserir cláusula, no contrato que celebrar com fornecedor de bens ou serviços com a finalidade de executar o objeto da parceria, que permita o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, nos termos desta Lei, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante; s)

responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal; e t) responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, não se caracterizando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública pelos respectivos pagamentos, qualquer oneração do objeto da parceria ou restrição à sua execução.

Ademais, o instrumento de parceria deve conter dois anexos obrigatórios, na forma do art. 42, parágrafo único, da Lei: a) plano de trabalho, que dele é parte integrante e indissociável; e b) regulamento de compras e contratações adotado pela organização da sociedade civil, devidamente aprovado pela administração pública parceira.

Com o intuito de garantir uma espécie de "Ficha Limpa" para parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, especialmente em atenção ao princípio da moralidade, a legislação veda a celebração de parcerias entre a Administração e as entidades privadas que se enquadrarem nas seguintes hipóteses (art. 39 da Lei 13.019/2014):[90] a) não esteja regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional; b) esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada; c) tenha como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau;[91] d) tenha tido as contas rejeitadas pela administração pública nos últimos 5 (cinco) anos, enquanto não for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e não forem quitados os débitos que lhe foram eventualmente imputados, ou for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição; e) tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade: e.1) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração; e.2) declaração de inidoneidade para licitar ou

contratar com a administração pública; e.3) a prevista no inciso II do art. 73 desta Lei; e.4) a prevista no inciso III do art. 73 desta Lei; f) tenha tido contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; g) tenha entre seus dirigentes pessoa: g.1) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; g.2) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação; g.3) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

As sobreditas vedações aplicam-se às novas transferências de recursos para parcerias em execução, excepcionados os casos de serviços essenciais, que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública, sob pena de responsabilidade solidária (art. 39, § 1.º, da Lei 13.019/2014).

Em qualquer caso, independentemente dos prazos fixados, os impedimentos permanecem até o momento em que houver o ressarcimento do dano ao erário (art. 39, § 2.º, da Lei 13.019/2014).

Por derradeiro, as parcerias não podem envolver as seguintes atividades (art. 40, *caput* e parágrafo único, da Lei): a) delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; b) prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado; c) contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado; e d) apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

É vedada a criação de outras modalidades de parceria ou a combinação das previstas na Lei 13.019/2014, sem prejuízo das parcerias previstas na legislação

especial, com destaque para Organizações Sociais e OSCIPS (art. 41, *caput* e parágrafo único, da Lei).

4.6.6. Contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil

De acordo com o art. 43 da Lei 13.019/2014, as contratações de bens e serviços realizadas pelas entidades da sociedade ***com recursos públicos*** devem observar procedimento que atenda aos princípios da Administração Pública. Trata-se de norma que privilegia a transparência e isonomia nos gastos de recursos públicos.

O "regulamento de compras e contratações" deve ser elaborado pela entidade privada e aprovado pela Administração Pública (art. 34, VIII c/c art. 43 da Lei). A exigência em comento já era aplicada às entidades integrantes do Terceiro Setor, especialmente os Serviços Sociais Autônomos, as OS (art. 17 da Lei 9.637/1998) e as OSCIPs (art. 14 da Lei 9.790/1999).[92]

É facultada a utilização do sistema eletrônico disponibilizado pela Administração para realização do processamento das compras e contratações pela organização da sociedade civil (art. 43, § 1.º, da Lei 13.019/2014). Nesse caso, o sistema eletrônico deve conter ferramenta de notificação dos fornecedores do ramo da contratação que constem do Registro Cadastral previsto no art. 34 da Lei 8.666/1993 (art. 43, § 2.º, da Lei).

O art. 45 da Lei 13.019/2014, de sua parte, elenca uma série de despesas que são vedadas no âmbito da parceria, a saber: a) despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; b) pagamento, a qualquer título, a servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias; c) modificação do objeto, exceto no caso de ampliação de metas, desde que seja previamente aprovada a adequação do plano de trabalho pela administração pública; d) utilização, ainda que em caráter emergencial, de recursos para finalidade diversa da estabelecida no plano de trabalho; e) realização de despesa em data anterior à vigência da parceria; f) pagamento em data posterior à vigência da parceria,

salvo se expressamente autorizado pela autoridade competente da administração pública; g) transferência de recursos para clubes, associações de servidores, partidos políticos ou quaisquer entidades congêneres; h) despesas com: h.1) multas, juros ou correção monetária, inclusive referentes a pagamentos ou a recolhimentos fora dos prazos, salvo se decorrentes de atrasos da administração pública na liberação de recursos financeiros; h.2) publicidade, salvo as previstas no plano de trabalho e diretamente vinculadas ao objeto da parceria, de caráter educativo, informativo ou de orientação social, das quais não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal; h.3) pagamento de pessoal contratado pela organização da sociedade civil que não atendam às exigências do art. 46 da Lei; h.4) obras que caracterizem a ampliação de área construída ou a instalação de novas estruturas físicas.

Dentre essas despesas, merece destaque o inciso I do referido artigo que ***veda o pagamento de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar.*** A citada vedação não se confunde com os pagamentos realizados a título de custos indiretos necessários à execução do objeto, os quais são expressamente admitidos pelo art. 47 da Lei, desde que em proporção nunca superior a 15% (quinze por cento) do valor total da parceria.

Por outro lado, o art. 46 da Lei permite a utilização dos recursos oriundos da parceria para pagamento das seguintes despesas: a) remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, podendo contemplar as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais, desde que tais valores: a.1) correspondam às atividades previstas para a consecução do objeto e à qualificação técnica necessária para a execução da função a ser desempenhada; a.2) sejam compatíveis com o valor de mercado da região onde atua e não superior ao teto do Poder Executivo; a.3) sejam proporcionais ao tempo de trabalho efetiva e exclusivamente dedicado à parceria celebrada; b) diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija; c)

multas e encargos vinculados a atraso no cumprimento de obrigações previstas nos planos de trabalho e de execução financeira, em consequência do inadimplemento da administração pública em liberar, tempestivamente, as parcelas acordadas; d) aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Na mesma linha consagrada no art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/1993, o art. 46, §§ 1.º e 2.º, da Lei 13.019/2014 afirma que a remuneração da equipe de trabalho com recursos da parceria não gera vínculo trabalhista com a Administração e o eventual inadimplemento dos encargos trabalhistas não acarreta a responsabilidade do Poder Público por seu pagamento.

A seleção da equipe de trabalho, responsável pela execução da parceria, deverá respeitar os princípios da moralidade e da impessoalidade. Em consequência, ainda que inaplicável a regra do concurso público (art. 37, II, da CRFB), a organização da sociedade civil deverá realizar processo seletivo, com regras transparentes, impessoais e objetivas para seleção dos empregados, bem como promover a divulgação das remunerações da equipe de trabalho (art. 47, §§ 3.º e 4.º, da Lei 13.019/2014).[93]

É vedado o pagamento de remuneração às pessoas naturais condenadas pelos seguintes crimes: a) contra a Administração Pública ou o patrimônio público; b) eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; e c) de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 47, § 5.º, da Lei).

A entidade privada deve elaborar plano de trabalho com a apresentação dos valores dos impostos, contribuições sociais, FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais incidentes sobre as atividades previstas para a execução do objeto, de responsabilidade da entidade, a serem pagos com os recursos transferidos por meio da parceria, durante sua vigência, excluídos os tributos de natureza direta e personalíssima que onerem a entidade (art. 46, §§ 3.º e 4.º, da Lei).

Conforme mencionado anteriormente, admite-se a estipulação no plano de trabalho do pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, em

proporção nunca superior a 15% do valor total da parceria. Os referidos custos indiretos podem incluir despesas de internet, transporte, aluguel e telefone, bem como remunerações de serviços contábeis e de assessoria jurídica, excluídas as despesas com auditoria externa (art. 47, *caput* e §§ 1.º e 2.º, da Lei).

4.6.7. Atuação em rede de organizações da sociedade civil

Outra inovação que merece ser destacada no novo regime jurídico de parcerias é a admissão da "atuação em rede" por duas ou mais organizações da sociedade civil.

A atuação em rede das entidades privadas depende do preenchimento dos seguintes requisitos (art. 25, *caput* e parágrafo único, da Lei 13.019/2014): a) execução de iniciativas agregadoras de pequenos projetos, o que confere margem discricionária ao administrador público; b) a organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração possui responsabilidade pela correta execução da parceria; c) a previsão da atuação em rede no edital do chamamento público e da forma de atuação esteja prevista no plano de trabalho; d) a organização da sociedade civil responsável pelo termo de fomento e/ou de colaboração deve possuir: d.1) mais de 5 anos de inscrição no CNPJ; d.2) mais de 3 anos de experiência de atuação em rede, comprovada na forma prevista no edital; e d.3) capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede; e) respeito ao limite de atuação mínima previsto em edital referente à execução do plano de trabalho que cabe à organização da sociedade civil celebrante do termo de fomento e colaboração; f) a organização da sociedade civil executante e não celebrante do termo de fomento ou de colaboração deve comprovar a regularidade jurídica e fiscal, nos termos do regulamento a ser editado pela Administração; g) comunicação à Administração Pública, no ato da celebração da parceria, da relação das organizações da sociedade civil executantes e não celebrantes do termo de fomento ou de colaboração que não poderá ser alterada sem prévio consentimento da Administração.

Trata-se da previsão de consórcios entre entidades privadas sem fins lucrativos que celebram parcerias com a Administração.

No âmbito das licitações públicas tradicionais, os consórcios formalizados entre sociedades empresárias encontram previsão específica no art. 33 da Lei 8.666/1993. Com fundamento nos arts. 278 e 279 da Lei 6.404/1976, os consórcios empresariais possuem as seguintes características básicas: a) trata-se de reunião de sociedades, por meio de contrato, para execução de determinado empreendimento; b) o consórcio não possui personalidade jurídica e as sociedades consorciadas preservam a sua autonomia; c) as empresas consorciadas assumem as obrigações previstas no contrato de consórcio, não havendo presunção de solidariedade; e d) o consórcio é transitório, com prazo de duração previsto no ajuste.

4.6.8. Prestação de contas e *accountability*

A organização da sociedade civil é obrigada a prestar contas finais da boa e regular aplicação dos recursos recebidos no prazo de até 90 (noventa) dias a partir do término da vigência da parceria, conforme estabelecido no respectivo instrumento (art. 69 da Lei 13.019/2014).

Note-se que o art. 2.º, XIV, da Lei denomina “prestação de contas” o procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos, compreendendo duas fases: a) apresentação das contas, de responsabilidade da organização da sociedade civil; e b) análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da administração pública, ***sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle.***

Quanto à atuação dos Tribunais de Contas, cabe destacar que a fiscalização restringe-se, nesse caso, aos administradores de “dinheiros, bens e valores públicos” (art. 70, parágrafo único, da CRFB) e a “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. 71, VI, da CRFB). Conforme destacado anteriormente, as parcerias firmadas com fundamento na Lei 13.019/2014 podem envolver ou não recursos públicos. Com efeito, nas hipóteses de parcerias em que não há o repasse de recursos públicos, existe apenas a obrigatoriedade da prestação de contas junto ao órgão ou entidade com a qual foi celebrada a parceria.

Conforme dispõe o art. 72 da Lei 13.019/2014, as prestações de contas serão avaliadas: a) regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável; b) regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte em dano ao erário; e c) irregulares, quando comprovada omissão no dever de prestar contas; a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou de infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; ou desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Caso seja constatada alguma irregularidade na prestação de contas, será concedido prazo de 45 dias, prorrogável por, no máximo, uma vez por igual período para que a organização da sociedade civil sane a irregularidade ou cumpra a obrigação. Transcorrido esse prazo sem o saneamento da irregularidade ou omissão, a autoridade administrativa competente deverá adotar as providências para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento, nos termos da legislação vigente, sob pena de responsabilidade solidária (art. 70, §§ 1.º e 2.º, da Lei 13.019/2014).

O art. 11 da Lei obriga a entidade privada a manter sítio eletrônico e divulgar nele todas as parcerias estabelecidas com o Poder Público. Essas informações devem incluir, na forma do parágrafo único da lei, no mínimo: a) a data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável; b) o nome da organização da sociedade civil

e seu número de inscrição no CNPJ; c) a descrição do objeto da parceria; d) o valor total da parceria e valores liberados; e) a situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo.

As exigências de *accountability* são relevantes para permitir o controle, inclusive social, e a transparência das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil.

Por fim, o art. 51, *caput* e parágrafo único, da Lei 13.019/2014 determina que os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados e geridos em conta bancária específica, em instituição financeira pública indicada pela administração pública, e, enquanto não empregados na sua finalidade, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança, devendo eventuais rendimentos ser obrigatoriamente aplicados no objeto da parceria, estando sujeitos às mesmas condições de prestação de contas exigidas para os recursos transferidos.

Contudo, não é só. A Lei 13.019/2014 traz ainda, de forma semelhante, normas de transparência e controle a serem observadas pela própria Administração Pública. Assim, no início de cada ano, a Administração deverá publicar, nos meios oficiais de divulgação, os valores aprovados na lei orçamentária anual vigente para execução de programas e ações do plano plurianual em vigor, que poderão ser executados por meio de parcerias previstas na Lei 13.019/2014 (art. 9.º). Deverá também manter em seu sítio oficial na internet a relação das parcerias celebradas, em ordem alfabética, pelo nome da organização da sociedade civil, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos, contados da apreciação da prestação de contas final da parceria (art. 10 da Lei).

Além disso, a Administração deve divulgar na internet as formas pelas quais eventuais interessados poderão apresentar denúncias sobre a aplicação dos recursos transferidos (art. 12 da Lei 13.019/2014).

4.6.9. Responsabilidade civil e sanções administrativas

A Lei 13.019/2014 estabelece a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, inexistindo responsabilidade solidária ou subsidiária da Administração na hipótese de inadimplemento (arts. 42, XIX e XX, 44, § 2.º, 46, § 2.º, e 47, § 7.º, da Lei).

Verifica-se que, ao contrário da previsão contida no art. 71, § 2.º, da Lei 8.666/1993, a Lei 13.019/2014 não estabelece responsabilidade solidária entre o Poder Público e a pessoa jurídica de direito privado pelos encargos previdenciários.

O descumprimento do instrumento de parceria e da legislação em vigor acarreta à organização da sociedade civil, após prévia defesa, as seguintes sanções administrativas (art. 73 da Lei 13.019/2014): a) advertência; b) suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos; c) declaração de inidoneidade para participar em chamamento público ou celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, 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 a organização da sociedade civil ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes, e após decorrido o prazo de 24 meses.[94]

Ao contrário do art. 87 da Lei 8.666/1993, a Lei 13.019/2014 não prevê a multa no rol de sanções. Da mesma forma, a nova legislação não menciona o ressarcimento integral do dano. Nesse caso, contudo, apesar da omissão legislativa, deve ser reconhecida a prerrogativa da Administração em buscar o ressarcimento integral do dano, a qualquer tempo,[95] para recompor o erário, sendo certo que o ressarcimento não possui caráter de sanção.[96]

4.6.10. Vigência da Lei 13.019/2014 e regras de transição

A Lei 13.019/2014 entra em vigor após decorridos 90 dias de sua publicação, que ocorreu no dia 01.08.2014 (art. 88 da Lei). Dessa forma, a vigência da Lei inicia-se no dia 30.10.2014.[97]

Com o intuito de garantir segurança jurídica, além da *vacatio legis*, o legislador estabeleceu regras de transição. Em relação às parcerias existentes no momento da entrada em vigor da Lei 13.019/2014, os vínculos jurídicos permanecerão regidos pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária dessa Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria (arts. 83 e 84, parágrafo único, da Lei 13.019/2014).

No entanto, as prorrogações voluntárias das sobreditas parcerias, que forem efetivadas após a vigência da Lei, deverão se adaptar à Lei 13.019/2014. Por outro lado, as prorrogações de ofício, previstas em lei ou regulamento, em razão de atraso na liberação de recursos por parte da Administração Pública, continuam regidas pela legislação vigente à época da formalização da parceria (art. 83, *caput* e § 1.º, da Lei 13.019/2014).

Ressalte-se que o art. 83, § 1.º, da Lei, apesar de mencionar "após a promulgação desta Lei", deve ser interpretado para se entender "após a vigência desta Lei", uma vez que, apenas com a entrada em vigor da Lei, os seus comandos se tornam obrigatórios.

No tocante às parcerias formalizadas por prazo indeterminado, antes da vigência da Lei 13.019/2014, a Administração promoverá, em prazo não superior a um ano, sob pena de responsabilização, a repactuação para adaptação de seus termos a nova legislação (art. 83, § 2.º). A ressalva apresentada ao § 1.º, mencionada acima, aplica-se também ao § 2.º do art. 83 da Lei, devendo ser considerado como parâmetro a vigência da Lei e não a data de sua promulgação.

4.7. CONTRATO DE CONSÓRCIO PÚBLICO

4.7.1. Conceito e fontes normativas

Os consórcios públicos são ajustes celebrados entre os entes federados para gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.[98]

A formalização de parcerias público-público, por meio de consórcios, fundamenta-se no denominado federalismo cooperativo, em que os entes federados devem atuar harmonicamente.

Registre-se que as parcerias também são fomentadas entre o Poder Público e o particular (parcerias público-privadas no sentido amplo do termo: PPP, parcerias com o Terceiro Setor, contratações em geral etc.), tendo em vista a necessidade de eficiência na satisfação do interesse público naquilo que se convencionou denominar de Administração Pública de Resultados e Administração Pública Consensual.

As principais fontes normativas dos consórcios públicos podem ser assim resumidas: a) fonte constitucional: art. 241 da CRFB, com a redação dada pela EC 19/1998; b) fonte legal: Lei 11.107/2005; e c) fonte infralegal: Decreto 6.017/2007.

4.7.2. Características principais dos consórcios públicos antes e depois da Lei 11.107/2005

A Lei 11.107/2005 representa o novo marco regulatório dos consórcios públicos. Até o advento desta Lei, não havia tratamento normativo homogêneo do instituto e a doutrina procurava estabelecer as principais características do consórcio.

Por esta razão, é possível fazer uma comparação entre as características tradicionalmente apontadas pela doutrina majoritária e aquelas consagradas na Lei 11.107/2005.

1) Características dos consórcios públicos antes da Lei 11.107/2005:

1.a) os consórcios públicos não eram considerados contratos: de um

lado, os consórcios e os convênios administrativos, espécies de atos administrativos complexos, caracterizavam-se pela busca de interesses comuns dos partícipes e não se confundiam com os contratos administrativos. Por outro lado, nos contratos, as partes contratantes possuíam interesses antagônicos;[99]

1.b) a União não poderia integrar consórcios, mas apenas os convênios: os convênios seriam ajustes firmados por entidades administrativas, de natureza diversa, ou por estas entidades e particulares sem fins lucrativos (ex.: convênio celebrado entre a União e um Município ou entre o Estado e entidade privada). Os consórcios, por sua vez, seriam ajustes formalizados por entidades administrativas da mesma espécie (ex.: consórcio celebrado entre Municípios ou entre Estados).[100] Em consequência, afirmava-se que a União não poderia integrar os consórcios públicos, uma vez que inexistiria outra pessoa da mesma espécie.

Entendemos que a distinção entre consórcios e convênios a partir da qualidade dos partícipes, além de não constar da legislação, não acarretava qualquer consequência concreta relevante, especialmente pela aplicação do mesmo regime jurídico aos dois ajustes;[101]

1.c) desnecessidade de autorização legislativa para formatação dos consórcios: afirmava-se, majoritariamente, que a exigência de lei autorizativa, no caso, violaria o princípio da separação de poderes;[102]

1.d) facultatividade de personificação dos consórcios: em virtude da omissão legislativa em relação ao funcionamento e organização dos consórcios, a doutrina reconhecia a existência de decisão discricionária por parte da Administração Pública para dispor sobre a melhor forma de implementar a gestão desses ajustes (ex.: escolha de um dos entes associados para ser o gestor/executor, criação de uma pessoa jurídica distinta para administrar o objeto do ajuste etc.).[103]

2) Características dos consórcios públicos <u>após</u> a Lei 11.107/2005:

1.a) os consórcios públicos são contratos: em diversas passagens, a Lei 11.107/2005 menciona o caráter contratual dos consórcios, com destaque para o art. 3.º que determina: "O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções".

Cabe registrar que, mesmo antes do avento da Lei dos Consórcios Públicos, alguns autores já apontavam o seu caráter contratual. De acordo com essa doutrina, que não era majoritária no Direito Administrativo, os contratos poderiam ser divididos em duas categorias: a) "contratos de intercâmbio": contratos com interesses antagônicos (ex.: contrato entre a Administração e uma empreiteira para execução de obra); e b) "contratos de comunhão de escopo": contratos com interesses comuns (ex.: contrato de consórcio público);[104]

1.b) a União pode integrar consórcios: o art. 1.º da Lei 11.107/2005 dispõe: "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";

1.c) exigência de autorização legislativa para formatação dos consórcios: o art. 5.º da Lei 11.107/2005 exige a autorização legislativa para que o Executivo celebre consórcios públicos;

1.d) imposição de personificação dos consórcios: os arts. 1.º, § 1.º, e 6.º da Lei 11.107/2005 exigem a instituição de pessoa jurídica de direito público (associação pública) ou de direito privado para execução do contrato de consórcio.

4.7.3. Constitucionalidade das normas gerais sobre consórcios

A Lei 11.107/2005, conforme dispõe o seu art. 1.º, “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”.

É fácil notar que o legislador federal pretendeu estabelecer normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação, conferindo à Lei 11.107/2005 o caráter de “lei nacional”. Todos os entes podem dispor a respeito de normas específicas sobre consórcios, desde que respeitadas as normas gerais.

Há controvérsia, no entanto, em relação à possibilidade de fixação, pela União, de normas gerais sobre consórcios:

> **Primeira posição:** impossibilidade de normas gerais sobre consórcios, tendo em vista a autonomia federativa. De acordo com o art. 241 da CRFB:
>
> 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.

Vale dizer: cada Ente teria competência autônoma para disciplinar os consórcios. Ademais, a contratualização do consórcio, efetivada pela Lei 11.107/2005, teria o único objetivo de “legitimar” a atuação do legislador federal na fixação de normas gerais sobre contratos de consórcio, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB. Por esta razão, a Lei 11.107/2005 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição para ser considerada “lei federal” (e não “lei nacional”), aplicável apenas à União. Nesse sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto.[105]

> **Segunda posição:** constitucionalidade das normas gerais da Lei 11.107/2005, tendo em vista o art. 22, XXVII, da CRFB. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medauar,

Floriano de Azevedo Marques Neto, Andréas Krell.[106]

Concordamos com a segunda posição, que tem prevalecido atualmente, em razão dos seguintes argumentos: a) o art. 22, XXVII, da CRFB dispõe que a União pode legislar sobre normas gerais de contratos, e não haveria vedação de contratualização do consórcio, tese, como visto, tradicionalmente defendida por parcela da doutrina; b) o art. 241 da CRFB estabelece competência concorrente para os entes da Federação legislarem sobre os consórcios públicos e, desta forma, independentemente da discussão à respeito da natureza contratual do consórcio, a União, com fundamento no art. 24, *caput* e parágrafos, da CRFB, poderia editar normas gerais, de caráter nacional; c) necessidade de uniformização dos consórcios públicos em âmbito nacional, mormente pelo fato de esse instrumento jurídico tratar da cooperação entre diversos entes federados, sendo certo que os interesses em jogo extrapolam os limites territoriais da cada Ente; d) o federalismo cooperativo pressupõe, por óbvio, a relativização de uma partilha rígida de competências para se buscar uma integração racional entre os entes federados, garantindo segurança jurídica (homogeneidade normativa para assuntos que extrapolam os interesses de cada ente) e efetividade dos interesses constitucionais que o Poder Público deve satisfazer.[107]

4.7.4. Partícipes do consórcio público

Os consórcios públicos, nos termos dos arts. 1.º e 4.º, II, da Lei 11.107/2005, são integrados pelos entes da Federação (União, Estados, DF e Municípios). Da mesma forma, o art. 2.º, I, do Decreto 6.017/2007, ao definir o consórcio, afirma tratar-se de “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação”.

É oportuno registrar, contudo, que a legislação prevê limitação para participação da União em consórcios públicos. Nesse sentido, o art. 1.º, § 2.º, da Lei 11.107/2005 dispõe que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”.

Entendemos que a referida restrição é inconstitucional. O condicionamento da formalização da gestão associada à participação obrigatória do respectivo Estado viola a autonomia federativa da União e dos Municípios (princípio federativo, art. 18 da CRFB) e diminui efetividade da gestão associada prevista no art. 241 da CRFB, posto que os interesses da União e dos Municípios não são necessariamente idênticos aos interesses dos Estados, sendo desproporcional condicionar a atuação de demais entes à vontade do ente estadual.[108]

4.7.5. Procedimento para instituição do consórcio público

A instituição do consórcio público depende da implementação do procedimento previsto na Lei 11.107/2005, que pode ser assim resumido:

1) Subscrição do protocolo de intenções: os entes da Federação, que pretendem se consorciar, devem subscrever o denominado "protocolo de intenções", que representa uma espécie de minuta do futuro "contrato" de consórcio (art. 3.º da Lei 11.107/2005).

As cláusulas essenciais do protocolo de intenções encontram-se definidas no art. 4.º da Lei 11.107/2005: a) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio; b) a identificação dos entes da Federação consorciados; c) a indicação da área de atuação do consórcio; d) a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos; e) os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo; f) as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público; g) a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações; h) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado; i) o número, as formas de

provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; j) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria; k) a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; e a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e l) o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

2) Ratificação do protocolo pelo legislador: o protocolo de intenções deve ser ratificado por lei de cada ente que pretende se consorciar, salvo na hipótese de o legislador respectivo já disciplinar previamente as condições de participação no consórcio (art. 5.º, *caput* e § 4.º da Lei 11.107/2005).

O legislador, no caso, pode ratificar o protocolo com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional (art. 5.º, § 2.º, da Lei 11.107/2005).

3) Celebração do contrato de consórcio: com a ratificação legislativa, os entes da Federação assinarão o contrato definitivo de consórcio. Nesse sentido, o art. 5.º da Lei 11.107/2005 dispõe: “O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções”.

4) Personificação do consórcio: a opção pela instituição de pessoa de direito público (associação pública) ou pessoa de direito privado deve constar em cláusula específica no protocolo de intenções (art. 4.º, IV, da Lei 11.107/2005).

A associação pública é instituída mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções (art. 6.º, I, da Lei 11.107/2005). Por outro lado, a pessoa de direito privado é instituída pelo registro do ato constitutivo, após aprovação do protocolo de intenções (art. 6.º, II, da Lei 11.107/2005 c/c o art. 45 do CC).

5) Contrato de rateio: tem por objeto o repasse de recursos ao consórcio público (art. 8.º da Lei 11.107/2005).

6) Contrato de programa: tem por objeto a regulação das obrigações, no âmbito da gestão associada, que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público 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 (art. 13 da Lei 11.107/2005).

4.7.6. Personificação do consórcio

Conforme demonstrado anteriormente, os entes consorciados deverão instituir pessoa jurídica, de direito público (consórcio público de direito público) ou privado (consórcio público de direito privado), para execução e gestão do objeto do consórcio.

4.7.6.1. Consórcio público de direito público: associação pública

A associação pública integra a Administração Indireta de todos os entes consorciados, na forma do art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.107/2005, constituindo-se em verdadeira entidade interfederativa ou multifederativa.

Há, todavia, controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de instituição de entidade administrativa interfederativa.

Primeira posição: impossibilidade de entidades interefederativas no

ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista o princípio federativo que consagra a autonomia dos entes federados. Nesse sentido: Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira.[109]

Segunda posição: viabilidade constitucional de entidades interfederativas. Nesse sentido: Floriano de Azevedo Marques Neto, Alice Gonzalez Borges, Alexandre Santos de Aragão.[110]

Sustentamos a possibilidade de instituição de entidades interfederativas, tendo em vista os seguintes argumentos: a) compatibilidade com o federalismo cooperativo, sendo certo que a formatação da cooperação não é definida previamente pela Constituição, admitindo-se, portanto, a eventual personificação pelos entes consorciados que teriam a autonomia preservada; b) o art. 241 da CRFB, após redação dada pela EC 19/1998, remete ao legislador ordinário a disciplina da gestão associada por meio de consórcios públicos, o que viabilizaria a opção pela instituição de entidades interfederativas; c) as entidades interfederativas não representam novidade no ordenamento jurídico, havendo, inclusive, previsão em algumas Constituições estaduais.[111]

É oportuno registrar que o STF já afirmou a impossibilidade de constituição de autarquia interestadual de fomento ou desenvolvimento regional. O caso tratava do Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDES), criado em 1962, e assentou as seguintes premissas básicas: a) a criação legítima de autarquia pressupõe que as suas finalidades institucionais estejam compreendidas no âmbito material e territorial da entidade estatal matriz, o que reclama, em princípio, a unidade desta; b) a instituição de autarquias interestaduais, à falta de entidades intermediárias entre a União e os Estados, só se poderia legitimar por força de norma constitucional federal, que não existe; c) as atividades estatais de planejamento e fomento do desenvolvimento regional, a partir de 1934, foram reservadas privativamente à União que, no caso, não integrava a autarquia interestadual.[112]

Contudo, o precedente do STF não tem o condão, salvo melhor juízo, de inviabilizar a instituição de entidade interfederativa, na linha prevista na lei dos

consórcios, desde que o consórcio seja formatado para execução de atividades que sejam de titularidade de um ou mais entes consorciados. Ademais, a decisão do STF foi proferida com fundamento na EC 1/1969 e a composição da Corte foi profundamente alteradas nos últimos anos.

Fixada a característica interfederativa da associação pública, o próximo passo é definir a sua natureza jurídica. Aqui também existe forte controvérsia doutrinária.

> **Primeira posição:** a associação pública é uma nova entidade da Administração indireta distinta das entidades tradicionais (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais). Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho.[113]
>
> **Segunda posição:** a associação pública é uma espécie de autarquia. Nesse sentido: Floriano de Azevedo Marques Neto, Alice Gonzalez Borges, Alexandre Santos de Aragão e José dos Santos Carvalho Filho.[114]

Em nossa opinião, as associações públicas são autarquias interfederativas (multi ou plurifederativas), tendo em vista os seguintes argumentos: a) as associações possuem as mesmas características essenciais das autarquias (pessoas de direito público, criadas por lei, que exercem atividades não econômicas e integram a Administração Indireta); b) o art. 37, XIX, da CRFB, ao tratar das entidades integrantes da Administração Indireta, cita apenas as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações públicas, o que gera, em princípio, a necessidade de enquadramento da associação pública em uma daquelas quatro categorias de sujeitos; c) o art. 16 da Lei 11.107/2005 alterou o inciso IV do art. 41 do Código Civil para enquadrar a associação pública como espécie de autarquia;[115] e d) a natureza autárquica da associação pública foi consagrada no art. 2.º, I, do Decreto 6.017/2007, que regulamenta a Lei 11.107/2005.

A peculiaridade da associação pública, quando comparada às autarquias tradicionais, é a natureza interfederativa. Atualmente, portanto, além das

tradicionais autarquias federais, estaduais, distritais e municipais, o ordenamento admite a autarquia plurifederativa (multi ou interfederativa).

Cabe registrar que, recentemente, a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro instituíram a Autoridade Pública Olímpica (APO), consórcio público, sob a forma de autarquia em regime especial (art. 1.º da Lei 12.396/2011).

4.7.6.2. Consórcio público de direito privado

Além da associação pública, os entes consorciados podem instituir pessoa jurídica de direito privado para gerir e executar o contrato de consórcio (art. 6.º, II, da Lei 11.107/2005).

Apesar do silêncio da Lei 11.107/2005, a pessoa de direito privado insere-se na Administração Indireta dos entes consorciados, pois trata-se de entidade instituída pelo Estado.[116]

Entendemos que a pessoa jurídica de direito privado, verdadeira associação estatal privada interfederativa, poderia ser enquadrada como espécie de empresa pública, prestadora de serviço público, ou de fundação estatal de direito privado.[117]

Por fim, vale ressaltar que o consórcio público de direito privado rege-se, predominante pelo direito civil, submetendo-se, contudo, às normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

4.7.7. Contrato de rateio

O contrato de rateio, previsto no art. 8.º da Lei 11.107/2005, que trata dos consórcios públicos, é o instrumento adequado para que os entes consorciados repassem recursos financeiros ao consórcio público.

O prazo de vigência do contrato de rateio não pode ser superior a um ano,

uma vez que os recursos financeiros, objeto do ajuste, devem estar previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, conforme dispõe o art. 8.º, § 1.º, da Lei 11.107/2005.

Excepcionalmente, na forma da norma acima citada, o contrato de rateio poderá ter prazo superior a um ano em duas hipóteses: a) projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual; e b) gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Quanto à primeira exceção, o plano plurianual já ultrapassa o prazo anual, o que justifica a possibilidade de fixação de prazo diferenciado, assim como ocorre na legislação tradicional (art. 57, I, da Lei 8.666/1993).

No entanto, a segunda exceção é de difícil compreensão, uma vez que a celebração do contrato de rateio sequer faria sentido, dado que os serviços seriam custeados por tarifa ou outros preços públicos, e não por dotação orçamentária. Nesse caso, a eventual celebração do contrato de rateio envolverá o repasse de recurso orçamentário e dependerá, por óbvio, da previsão dos respectivos recursos na legislação orçamentária, o que atrairia a restrição do prazo anual.

O ente consorciado, que não consignar, em sua respectiva lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações necessárias para cobrir as despesas previstas no contrato de rateio, poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão (art. 8.º, § 5.º, da Lei 11.107/2005).

É importante ressaltar que configura ato de improbidade administrativa a celebração de contrato de rateio sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observância das formalidades previstas na lei (art. 10, inciso XV, da Lei 8.429/1992).

4.7.8. Contrato de programa

O contrato de programa, previsto na Lei 11.107/2005, que dispõe sobre os consórcios públicos, tem por objetivo constituir e regulamentar as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para

com consórcio público no âmbito de gestão associada de serviços públicos.

O objeto do contrato de programa envolve “a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art. 13 da Lei 11.107/2005).

Lembre-se, por oportuno, que a expressão “contrato de programa”, apesar de ser uma novidade no ordenamento brasileiro, já é utilizada há bastante tempo no direito comparado, mas com enfoque diverso. Enquanto na França, por exemplo, o contrato de programa normalmente é formalizado entre o Governo e as empresas públicas, com o objetivo de melhorar a situação deficitária destas últimas, na Itália o contrato de programa é formalizado entre o Estado e empresas privadas, relacionando-se com as atividades econômicas.[118]

Em regra, o contrato de programa pode ser celebrado entre entes federados ou entre estes e o consórcio.

É possível, no entanto, a celebração deste ajuste por entidades da Administração Indireta, desde que haja previsão expressa no contrato de consórcio ou no convênio de cooperação (art. 13, § 5.º, da Lei 11.107/2005).

O art. 13, § 4.º, da Lei 11.107/2005 prevê a continuidade do contrato de programa “mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos”. Trata-se da denominada ultratividade do contrato de programa, uma vez que o contrato de programa permanece válido e eficaz mesmo com a permanência de uma única parte no ajuste.[119]

Não se trata, é verdade, de novidade na legislação pátria, havendo exemplos de ultratividade contratual, com apenas uma parte, em outras normas jurídicas (ex.: art. 206, I, “d”, da Lei 6.404/1976).[120]

Na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto, o contrato de programa constitui uma forma peculiar de delegação de serviço público, no âmbito da cooperação federativa (art. 241 da CRFB), distinta das formas tradicionais de delegação de serviço público a particulares (art. 175 da CRFB).[121]

[1] Na França, por exemplo, que inspirou o nosso Direito Administrativo, Pierre Devolvé elenca quatro espécies de delegação de serviços públicos: a) *concession de service public:* é a modalidade clássica de delegação, definida como contrato pelo qual uma pessoa pública transfere a prestação do serviço público para outra pessoa, que se compromete a prestá-lo, normalmente, mediante remuneração, oriunda dos preços pagos pelos usuários, instituindo a infraestrutura necessária à prestação adequada do serviço; b) *Affermage de service public:* é uma convenção pela qual a pessoa pública transfere ao concessionário a execução do serviço público, mediante remuneração dos usuários, mas a incumbência de realizar investimentos ou criar infraestrutura é do Poder Público; c) *Régie intéressée:* o serviço público é executado pelo concessionário, mediante remuneração paga diretamente pelo Estado, variável em função da qualidade do serviço e da quantidade de usuários; e d) *gérance:* a gestão do serviço público é atribuída ao concessionário, mas os riscos relativos aos déficits e aos lucros permanecem com o Poder Público. DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 611-615. Além das quatro formas de delegação de serviços públicos citados por Devolvé, é possível fazer menção, ainda, a outros dois tipos de contratos: a) *marché d'entreprise de travaux publics:* o concessionário tem a incumbência de realizar uma obra pública e de explorá-la, com o pagamento de remuneração pelo Poder Público; b) *bail emphytéotique administratif*: o particular realiza obra em imóvel público, necessária à prestação do serviço público, remunerando-se por meio da exploração de outras obras realizadas no imóvel (ex.: construção de um hospital e um *shopping*).

[2] A exigência de prazo determinado nos contratos administrativos é estabelecida, genericamente, no art. 57, § 3.º da Lei 8.666/1993.

[3] No Município do Rio de Janeiro, por exemplo, o art. 140, § 3.º, da Lei Orgânica admite o prazo de até cinquenta anos.

[4] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 269-270.

[5] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 580-582; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 131.

[6] Nesse sentido: ADI 118 MC/PR, Rel. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, *DJ* 03.12.1993, p. 26337.

[7] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 127.

[8] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 526; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 693.

[9] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 132.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 582-583.

[12] As hipóteses de inadimplemento contratual que acarretam a caducidade estão previstas no § 1.º do art. 38 da Lei 8.987/1995: a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço (inciso I); b) a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão (inciso II); c) a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior (inciso III); d) a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido (inciso IV); e) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos (inciso V); f) a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço (inciso VI); e g) a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa à regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei 8.666/1993 (inciso VII, com redação dada pela Lei 12.767/2012).

[13] Ressalte-se, no entanto, que parcela da doutrina tem admitido, excepcionalmente, a concessão de decisão liminar para suspender a execução contratual quando o inadimplemento do poder concedente colocar em risco a subsistência da concessionária. Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 610-611; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 660.

[14] Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 614.

[15] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 656; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 616-617.

[16] Costuma-se afirmar que as PPPs foram inspiradas na *Private Finance Iniciative* (PFI) inglesa, uma forma especial de concessão em que a remuneração do parceiro privado, em vez de ser necessariamente proveniente dos usuários (tarifa), advém do próprio Poder Público. Oficialmente, a PFI foi lançada em 1992, durante o governo conservador do Primeiro-Ministro John Major, mas a sua existência remonta ao ano de 1987, data da assinatura do contrato da ponte Queen Elizabeth II. A utilização da PFI ocorre de forma mais intensa a partir de 1997, durante o governo Blair. MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; VOISIN, Arnaud. *Les partenariats public-privê*. Paris: La Découverte, 2006. p. 11-12. Nos países desenvolvidos, segundo esses autores, a maior parte dos contratos de parcerias público-privadas tem por objeto a concessão de serviços de transportes. Na Inglaterra, por exemplo, cerca de 51% dos contratos são relacionados ao transporte público, com destaque para as operações de modernização e manutenção do metrô londrino (p. 13-14). Vide, ainda: MOREIRA, Vital. A tentação da “Private Finance Iniciative (PFI)”. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível:* mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 188.

[17] Diversos Estados já possuem normas próprias de PPPs, por exemplo: Minas Gerais (Lei 14.868/2003 – essa foi a primeira lei no País sobre o assunto), São Paulo (Lei 11.688/2004), Bahia (Lei 9.290/2004), Goiás (Lei 14.910/2004), Santa Catarina (Lei 12.930/2004), Ceará (Lei 13.557/2004); Rio Grande do Sul (Lei 12.234/2005), Pernambuco (Lei 12.765/2005), Piauí (Lei 5.494/2005), Rio Grande do Norte (LC 307/2005), Distrito Federal (Lei 3.792/2006), Rio de Janeiro (Lei 5.068/2007) etc. Vale ressaltar que a ausência de legislação específica não impede a utilização das PPPs por Estados e Municípios, posto que estes poderão se valer das normas gerais previstas na Lei 11.079/2004.

[18] A expressão *Public-Private Partnerships* (PPPs), no sentido amplo, é utilizada no Direito inglês, norte-americano e canadense. Na França, emprega-se a nomenclatura *partenariats public-privé* (PPPs); na Itália, *partenariato pubblico-privato* (PPP) e *Finanza de Progetto;* em Portugal, adota-se a mesma expressão encontrada no ordenamento brasileiro. No Brasil, o sentido amplo foi utilizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

[19] Não há qualquer óbice constitucional à previsão de concessões sem pagamento de tarifa por parte do usuário, pois o art. 175 da CRFB, ao se referir à "política tarifária", não pretendeu que a remuneração, na concessão, tivesse que ser efetivada, ainda que parcialmente, por tarifa. Pode ser mais interessante para o atendimento do interesse público a ausência de cobrança de tarifa, o que desoneraria os usuários, permitindo o acesso universal aos serviços delegados. Em suma: a "política tarifária" significa que o administrador, com fundamento na lei, terá a possibilidade de decidir politicamente pela utilização ou não da tarifa como forma de remuneração da concessão. Em Portugal, por exemplo, no setor rodoviário, as concessões receberam, em alguns casos, a denominação "SCUT" (Sem Custo para o Utilizador), pois o pedágio não seria pago pelo usuário do serviço, mas sim pelo próprio Estado. Trata-se do "pedágio-sombra" *(shadow toll)* em que não há cobrança de tarifa do usuário e a remuneração do concessionário, auferida em razão do número de veículos que utilizaram a rodovia, vem diretamente do Poder Público (orçamento). Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos>. Acesso em: 10 mar. 2009.

[20] Carlos Ari Sundfeld admite concessões administrativas sem contraprestação pecuniária do Poder Público (Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p 55-56). Entendemos, a partir dos argumentos colocados pelo próprio autor, que a exceção citada só pode se referir às PPPs administrativas de serviços administrativos, pois, em relação às PPPs administrativas de serviços públicos, existe o óbice do art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004. Lembre-se, ainda, a posição sustentada por Di Pietro que admite contraprestação não pecuniária tanto nas PPPs patrocinadas quanto nas PPPs administrativas, com fundamento no art. 6.º da Lei 11.079/2004 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 170).

[21] O art. 6.º da Lei 11.079/2004 dispõe: "Art. 6.º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei".

[22] Na extinção do contrato de PPP, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais

investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos públicos (art. 6.º, § 5.º, da Lei 11.079/2004, incluído pela Lei 12.766/2012).

23 Frise-se que, nos contratos administrativos em geral, submetidos à Lei 8.666/1993, que não envolvem a delegação de serviços públicos, o risco ordinário do negócio é normalmente assumido pela Administração Pública que deverá remunerar o particular, que realizou a obra ou forneceu o bem ou o serviço, independentemente da maior ou menor utilização do objeto contratado. Em relação aos eventos imprevisíveis, a Administração tem o dever e o particular, o direito à revisão contratual.

24 É importante anotar, na linha defendida por Juarez Freitas, que a repartição objetiva dos riscos não altera o regime da responsabilidade civil inerente à prestação do serviço público (art. 37, § 6.º, da CRFB). O parceiro privado, quando prestador de serviço público, possui responsabilidade civil primária e objetiva pelos danos causados a terceiros, enquanto o Estado pode ser responsabilizado subsidiariamente. Destarte, a repartição dos riscos possui natureza interna (contratual), como fator importante para a fixação da remuneração do parceiro privado e para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não gerando responsabilidade solidária perante terceiros (As PPPs: natureza jurídica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins e outros (Org.). *Curso de direito econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. I, p. 692).

25 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias Público-Privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 35, 2006.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 171.

27 Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias Público-Privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 35, 2006.

28 Nesse sentido: PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPPs. *REDAE*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 9, maio-jul. 2005. Acesso em: 20 jan. 2009; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 99, 2006.

29 Há divergência doutrinária em relação ao critério de cálculo do valor mínimo de vinte milhões. Alguns autores, como Carlos Ari Sundfeld, sustentam que o valor representa o montante mínimo a ser investido pelo parceiro privado e não o montante deve ser pago pelo Poder público ao concessionário. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26. Por outro lado, parte da doutrina, como Floriano de Azevedo Marques e Diógenes Gasparini, afirma que o valor mínimo corresponde ao montante a ser pago para o parceiro privado ao longo do contrato de PPP (As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 304); GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 414.

30 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 683, nota 37; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26-27.

31 FREITAS, Juarez. As PPPs: natureza jurídica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins e outros (Org.).

Curso de direito econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. I, p. 698-699; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 99, 2006; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 287.

32 Vale lembrar que, em relação à Lei 8.666/1993, o STF já teve a oportunidade de decidir que, não obstante a afirmação de que todas as normas ali previstas fossem gerais (art. 1.º), os dispositivos do art. 17, I, "b", e II, "b", seriam aplicáveis apenas à União (ADI-MC 927/RS, Pleno, Min. Rel. Carlos Veloso, j. 03.11.1993, *DJ* 11.11.1994, p. 30635).

33 Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 713-714.

34 A instituição de SPE é facultativa nas concessões tradicionais (arts. 19 e 20 da Lei 8.987/1995) e obrigatória nas PPPs (art. 9.º da Lei 11.079/2004).

35 No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 714.

36 O art. 16, *caput*, da Lei 11.079/2004, alterado pela Lei 12.766/2012, dispõe: "Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei".

37 No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, os arts. 30 e seguintes da Lei 5.068/2007 tratam do FGP.

38 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 693. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 417. Em Minas Gerais, por exemplo, a legislação afirma, expressamente, a ausência de personalidade jurídica do fundo (art. 1.º da Lei 14.869/2003).

39 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 104, 2006. Em São Paulo, por exemplo, a legislação autorizou a criação da Companhia Paulista de Parcerias (CPP), sob a forma de sociedade anônima, que pode dar garantias para as obrigações assumidas pelo Estado (arts. 12 e 15, VI e VII, da Lei 11.688/2004).

40 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 748-750; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 323-324.

41 Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43-44; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 694-695; BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 104, 2006; CARVALHO FILHO,

José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 416-417.

42 Nesse sentido, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359. No mesmo sentido, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336-337; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 214.

43 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 251. É oportuno registrar que os convênios não têm por objeto, necessariamente, o repasse de valores, sendo possível a estipulação de outros objetos, como, por exemplo, a transferência de atividades de uma entidade à outra. Vide: RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132. Nos convênios com repasses financeiros, a Orientação Normativa/AGU 45 dispõe: "O acréscimo do valor do convênio com entidades privadas sem fins lucrativos submete-se ao limite do § 1.º do art. 65 da Lei n.º 8.666, de 1993. I – O limite deve ser aferido pelo cotejo entre o valor total original do convênio e a soma dos aportes adicionais realizados pelo concedente e pelo convenente. II – O acréscimo exige aquiescência dos partícipes e formalização por meio de aditivo. III – Se houver contrapartida, seu valor será acrescido em equivalência ao acréscimo realizado no objeto pactuado".

44 Sobre a discussão da licitação nos convênios, vide item 2.4.

45 Sobre a desnecessidade de prazo para os convênios, vide: RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132. No tocante ao prazo, cabe destacar, ainda, a Orientação Normativa/AGU 44: "I – A vigência do convênio deverá ser dimensionada segundo o prazo previsto para o alcance das metas traçadas no plano de trabalho, não se aplicando o inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666, de 1993. II – Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, não é admitida a vigência por prazo indeterminado, devendo constar no plano de trabalho o respectivo cronograma de execução. III – É vedada a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente pactuado".

46 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359-360; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215.

47 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 248.

48 Orientação Normativa/AGU 43: "A publicação do extrato de convênio é condição de eficácia do ajuste e a sua ausência admite convalidação, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade administrativa".

49 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 360.

50 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 216; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1016; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 140; STF, Tribunal Pleno, ADI 1166/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.09.2002, *DJ* 25.10.2002, p. 24; ADI 342/PR, Rel. Min. Sydney

Sanches, Tribunal Pleno, j. 06.02.2003, *DJ* 11.04.2003, p. 25; ADI 1857/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 05.02.2003, *DJ* 07.03.2003, p. 33.

51 O valor mínimo de R$ 100.000,00 pode ser alcançado por meio de consorciamento entre os órgãos e entidades da Administração estadual, distrital e municipal ou, ainda, por meio da celebração de convênios ou contratos de repasse com objeto que englobe vários programas e ações federais a serem executados de forma descentralizada, devendo o objeto conter a descrição pormenorizada e objetiva de todas as atividades a serem realizadas com os recursos federais (art. 2.º, parágrafo único, I e II, do Decreto 6.170/2007).

52 Para verificação desta vedação, os órgãos e as entidades concedentes ou contratantes procederão, segundo normas próprias e sob sua exclusiva responsabilidade, às inclusões no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), de pessoas físicas ou jurídicas que estejam em mora ou inadimplentes com outros convênios ou contratos de repasse celebrados com a Administração federal ou em situação irregular com os termos da Portaria em comento (art. 10, § 2.º, da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011).

53 Os documentos necessários para o cadastramento são (art. 3.º, § 2.º, do Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011): "I – cópia do estatuto social atualizado da entidade; II – relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com Cadastro de Pessoas Físicas – CPF; III – declaração do dirigente da entidade: a) acerca da não existência de dívida com o Poder Público, bem como quanto à sua inscrição nos bancos de dados públicos e privados de proteção ao crédito; e b) informando se os dirigentes relacionados no inciso II ocupam cargo ou emprego público na administração pública federal; IV – prova de inscrição da entidade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ; V – prova de regularidade com as Fazendas Federal, Estadual, Distrital e Municipal e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma da lei; e VI – comprovante do exercício nos últimos três anos, pela entidade privada sem fins lucrativos, de atividades referentes à matéria objeto do convênio ou contrato de repasse que pretenda celebrar com órgãos e entidades da administração pública federal".

54 Em relação ao chamamento público, o art. 7.º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011 dispõe: "Art. 7.º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria com entes públicos, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades públicas que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV, que deverá conter, no mínimo: I – a descrição dos programas a serem executados de forma descentralizada; e II – os critérios objetivos para a seleção do convenente ou contratado, com base nas diretrizes e nos objetivos dos respectivos programas. Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de 15 (quinze) dias, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios".

55 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008. p. 253-255.

56 O art. 51 da Lei 9.649/1998 consagrou a expressão "contrato de gestão" quando tratou das agências executivas. A qualificação "agência executiva", prevista na norma em comento, que dispõe sobre a organização da Presidência da República, e no Decreto 2.487/1998, será atribuída à autarquia ou à fundação que cumprir dois requisitos: (i) possuir um plano estratégico de reestruturação e de

desenvolvimento institucional em andamento e (ii) tiver celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor.

57 O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Portaria MP 426, de 06.12.2007, constituiu Comissão de juristas com o objetivo de elaborar o Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração. A Comissão foi composta por notáveis juristas, a saber: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Presidente), Paulo Modesto (Secretário-Geral) e Sergio de Andréa Ferreira.

58 A íntegra do texto do anteprojeto encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.planejamento.gov.br>. Acesso em: 2 nov. 2010.

59 Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "a denominação *contrato de gestão* não é exata nem feliz, pois não existem nem *prestações recíprocas* ajustadas entre as partes acordantes nem, tampouco, *interesses antagônicos* a serem compostos que possam caracterizar a instituição contratual, nem mesmo, por vezes, sequer entes dotados de *personalidade jurídica* para contratar. Há, nitidamente, um pacto: um simples *acordo* de vontades concorrentes, em que se *programam* atuações específicas e exercícios de competência legalmente *flexibilizados*, que visam ao atingimento de resultados, especificados, quando não quantificados, de *interesse comum* dos pactuantes" *(Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 215).

60 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 335; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 212; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224-225.

61 No mesmo sentido, reconhecendo a autonomia legislativa para regulamentação dos contratos de gestão: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *RDA*, n. 214, p. 43, out.-dez. 1998; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008. p. 189.

62 Sobre a Administração de Resultados, vide: SORRENTINO, Giancarlo. *Diriti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003; IANNOTTA, Lucio. *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003; IMMORDINO, Maria; POLICE, Aristide. *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

63 Para aprofundamento do tema, vide: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

64 Tradicionalmente, a doutrina majoritária costuma diferenciar os contratos dos atos administrativos complexos (convênios, consórcios etc.), afirmando que, no primeiro caso (contratos), as partes buscam interesses contrapostos, enquanto, no segundo (atos administrativos complexos), os interesses seriam convergentes. Neste sentido, entre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 216. Lembre-se, todavia, que a Lei 11.107/2005 parece contrariar a doutrina ao afirmar que o consórcio público é uma espécie de contrato.

65 De acordo com o art. 1.º da Lei 9.790/1999, alterado pela Lei 13.019/2014: “Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei”.

66 O problema em relação à efetivação dessa exigência é a aparente desnecessidade de criação do referido Conselho. Nesse sentido, o art. 10, § 2.º, do Decreto 3.100/1999 dispõe: “Caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho”.

67 Em âmbito federal, os convênios de natureza financeira são regulamentados no Decreto 6.170/2007, alterado pelos Decretos 6.619/2008 e 7.568/2011, e na Portaria Interministerial MP/MF/CGU 507/2011. Podem ser mencionadas, ainda, outras normas importantes que tratam, em alguma medida, de convênios: art. 116 da Lei 8.666/1993; Lei 9.637/1998; Lei 9.790/1999; Lei 8.080/1990 etc.

68 No mesmo sentido: BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24.

69 Nesse sentido, o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 dispõe: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

70 Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior: “A Lei 8.666/1993 não rege convênios e consórcios administrativos, que contratos não são. Tanto que, no art. 116, traça regime especial para celebração de convênios, excluída qualquer menção a procedimento licitatório”. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 55.

71 “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.º, III”.

72 Em sentido semelhante, Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona: “Quanto aos consórcios e convênios, não obstante o art. 116, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, fazer menção abrangente a convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, por não se tratarem de pactos do gênero contrato, mas do gênero acordo, obviamente, não estão sujeitos às normas gerais de contratação que passaram à competência da União, pois elas só teriam aplicação a esses pactos de natureza não contratual, se fosse possível admitir-se uma interpretação extensiva do art. 22, XXVII, da Constituição – uma exegese incompatível com a sistemática da partilha de competências político-administrativas adotada, na qual, em princípio, cada entidade da Federação dispõe sobre sua própria administração, só se admitindo exceções explícitas à autonomia administrativa federativa – portanto, contrárias ao princípio federativo”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182.

73 ADI 927 MC/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 03.11.1993, *DJ* 11.11.1994, p. 30.635. A questão

foi abordada no item 1.3 do livro.

74 Conforme dispõe o art. 2.º, I, da Lei 13.019/2014, a organização da sociedade civil é a "pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva".

75 Registre-se que a Lei 13.019/2014 não utiliza a expressão "Terceiro Setor", mas a doutrina inclui na referida nomenclatura as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceria com o Estado. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

76 O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), no âmbito das PPPs, tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. Sobre Procedimento de Manifestação de Interesse, remetemos o leitor ao item 2.5.2.1.

77 O art. 19 da Lei diz que as referidas propostas devem conter: a) a identificação do subscritor da proposta; b) indicação do interesse público envolvido; e c) o diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida.

78 De acordo com o art. 2.º, I, da Lei 13.019/2014, a organização da sociedade civil é a "pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva".

79 Na forma do art. 2.º, XII, da Lei 13.019/2014, o chamamento público é conceituado como "procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, 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".

80 Vide item 2.4.

81 As exigências contidas nos incisos I a VI do art. 24 da Lei 13.019/2014 são mais extensas que aquelas contidas no art. 116, § 1.º, da Lei 8.666/1993, que trata dos convênios tradicionais.

82 A vedação é semelhante àquela contida no art. 3.º, § 1.º, I, da Lei 8.666/1993, que dispõe: "Art. 3.º (...). § 1.º 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 §§ 5.º a 12 deste artigo e no art. 3.º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991".

83 A inversão de fases procedimentais, com a realização do julgamento antes da habilitação, é prevista, por exemplo, na Lei 10.520/2002 (pregão), na Lei 11.079/2004 (PPP) e na Lei 12.462/2011 (RDC).

84 Trata-se de regra semelhante àquela encontrada no art. 64, § 2.º, da Lei 8.666/1993: "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".

85 Trata-se de hipótese semelhante àquela prevista no art. 25, I, da Lei 8.666/1993.

86 A exigência de motivação sempre foi aplicada aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, na forma do art. 26 da Lei 8.666/1993.

87 No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que: "Muitas vezes os convênios são formalmente denominados por outros termos. A expressão 'Termo de cooperação', por exemplo, não corresponde a uma natureza jurídica própria, a um instituto específico do Direito Administrativo. Trata-se de mais uma expressão entre as muitas análogas que têm sido adotadas na práxis administrativa ('termo de Cooperação Técnica', 'termo de Cooperação Institucional' Acordo de Programa', 'Protocolo de Intenções', 'ajuste de desenvolvimento de projetos', etc.), que vai corresponder a uma das duas modalidades de negócios jurídicos travados pela Administração Pública: O contrato administrativo ou o convênio administrativo". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 717.

88 A exigência também pode ser encontrada nos arts. 27, IV, e 29, III, da Lei 8.666/1993.

89 Trata-se da comprovação de capacidade jurídica prevista nos arts. 27, I, e 28, III, da Lei 8.666/1993.

90 Ressalte-se que, em âmbito federal, já havia disposição semelhante no Decreto 6.170/2007, alterado pelo Decreto 7.568/2011. Da mesma forma, algumas vedações foram inspiradas na LC 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"), que alterou a LC 64/1990 para estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade.

91 A referida vedação não se aplica aos serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários (art. 39, § 3.º, da Lei).

92 Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 201-203; TCU, Plenário, Decisão 907/97, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, *DOU* 26.12.1997; TCU, Plenário, Acórdão 1.777/2005, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, *DOU* 22.11.2005.

93 A exigência de processo seletivo, com regras impessoais, para seleção de empregados por entidades do Terceiro Setor, foi sustentada em obra sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 310-312. No mesmo sentido: TCU, Acórdão 1.461/06, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, *DOU* 18.08.2006.

94 A declaração de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 anos de sua aplicação (art. 73, parágrafo único, da Lei 13.019/2014). Trata-se de redação semelhante àquela prevista no art. 87, § 3.º, da Lei 8.666/1993.

95 A imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário tem sido reconhecida pelo STJ (REsp 1.089.492/RO, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 18.11.2010; REsp 1.069.723/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 02.04.2009).

96 "Administrativo. Improbidade. Dano ao Erário. Culpa. Improbidade configurada. Ressarcimento. Insuficiência. Aplicação das sanções propriamente ditas. Necessidade. Dosimetria a cargo do julgador ordinário. (...) 4. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (...) 6. Recurso Especial provido, com o retorno do processo ao Tribunal de origem" (REsp 1.184.897/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 27.04.2011).

97 Segundo dispõe o art. 8.º, § 1.º, da LC 95/1998: "Art. 8.º (...). § 1.º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral".

98 O estudo específico e aprofundado dos consórcios públicos foi apresentado em outra obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 139-167.

99 Vide, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336-337; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 214.

100 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359-361.

101 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 217.

102 Nesse sentido, por exemplo: STF, Tribunal Pleno, ADI 1166/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.09.2002, *DJ* 25.10.2002, p. 24. Em sentido contrário: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 360.

103 Vide, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 361.

104 GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 91. Da mesma forma, no âmbito do Direito Civil, Antonio Junqueira de Azevedo afirma o caráter contratual do consórcio, qualificando-o, a partir de diversos critérios, como ato bilateral/plurilateral de caráter obrigacional (contrato) ou, ainda, como um contrato de colaboração e relacional (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao

número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstancias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *RT*, São Paulo, ano 94, v. 832, p. 120-123, fev. 2005). Na Espanha, por exemplo, Rafael Entrena Cuesta diferencia os contratos administrativos de cooperação dos contratos de colaboração da seguinte maneira: nos contratos de cooperação, os entes possuem a titularidade dos serviços contratados e atuam em pé de igualdade; já nos contratos de colaboração, apenas um dos entes possui titularidade sobre o serviço, objeto do contrato, o que gera privilégios em seu favor (CUESTA, Rafael Entrena. Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración. RAP, n. 24, p. 71-72, 1957).

105 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo enfoque jurídico nos contratos administrativos. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 457. Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que a Lei 11.107/2005 é de duvidosa constitucionalidade à luz dos arts. 18 e 23, parágrafo único, da Constituição da República. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 286.

106 JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos na administração pública: os consórcios criados pela Lei n.º 11.107. *Direito administrativo:* estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 689; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13; MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos:* comentários à Lei 11.107/05. São Paulo: RT, 2006. p. 17-20; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 6 ago. 2011, p. 36; KRELL, Andréas J. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 57 e 60.

107 KRELL, Andréas J. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 60-64.

108 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21.

109 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos:* comentários à Lei 11.107/05. São Paulo: RT, 2006, p. 77.

110 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 6 ago. 2011, p. 29; BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, maio-jun.-jul. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 6 ago. 2011, p. 6; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 758.

111 Nesse sentido, por exemplo, dispõe o art. 351, parágrafo único da Constituição, do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 351. Os Municípios podem celebrar convênios para execução de suas leis, de seus serviços ou de suas decisões por outros órgãos ou servidores públicos federais, estaduais ou de outros Municípios. Parágrafo único. Os Municípios podem também através de convênios, prévia e

devidamente autorizados por leis municipais, criar entidades intermunicipais de administração indireta para a realização de obras, atividades e serviços específicos de interesse comum, dotadas de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa e financeira e sediadas em um dos Municípios convenentes". Da mesma forma, o art. 181, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece: "Art. 181. É facultado ao Município: [...] III – participar, autorizado por lei municipal, da criação de entidade intermunicipal para realização de obra, exercício de atividade ou execução de serviço específico de interesse comum". Por fim, cite-se, por exemplo, o caso da Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ), em que o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo participam como acionistas. O exemplo é citado por: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, p. 28, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jan. 2007.

112 STF, 1.ª Turma, RE 120932/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.03.1992, *DJ* 30.04.1992, p. 5725. Vide ainda: STF, Tribunal Pleno, ACO 503/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.10.2001, *DJ* 05.09.2003, p. 30 *(Informativo* n. 247 do STF).

113 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 421 e 475; JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos na administração pública: os consórcios criados pela Lei n.º 11.107. *Direito administrativo:* estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 690.

114 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, p. 28, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jan. 2007; BORGES, Alice Gonzáles. Os consórcios públicos na sua legislação reguladora. IP, v. 32, p. 236, jul.-ago. 2005; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 758. O Professor José dos Santos Carvalho Filho chama essas autarquias de "autarquias associativas" *(Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 29).

115 "Art. 41. São pessoas de direito público interno: [...] IV – as autarquias, inclusive as associações públicas."

116 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 475; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 421; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 40.

117 Por óbvio, essa pessoa de direito privado não poderia ser enquadrada nos gêneros "autarquias e fundações públicas de direito público", pois estas pessoas têm personalidade jurídica de direito público. Também não poderia ser considerada espécie de sociedade de economia mista, já que é integrada apenas por pessoas políticas (não há a participação da iniciativa privada no quadro societário, como acontece na sociedade de economia mista). Por fim, em razão da vedação do exercício de atividades econômicas, a entidade não poderia ser considerada uma empresa pública econômica.

118 Vide: MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos:* comentários à Lei 11.107/05. São Paulo: RT, 2006. p. 101-104.

119 Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira entendem que esta autonomia ou ultratividade do contrato de programa (continuidade do ajuste mesmo com o fim do consórcio) é essencial à segurança

jurídica e à confiança legítima, sendo reforçada no art. 11, § 2.º, da Lei. MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos:* comentários à Lei 11.107/05. São Paulo: RT, 2006. p. 110-111.

120 "Art. 206. Dissolve-se a companhia: I – de pleno direito: [...] d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até a do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251."

121 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, p. 42-43, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jan. 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aline Paola C. B. Camara de. O regime licitatório das empresas estatais. In: JURUENA, Marcos. *Direito administrativo empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo:* estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência. *REDE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.° 4, out.-nov.-dez., 2005, p. 21 e 23-24. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01.06.2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. RT, São Paulo, ano 94, v. 832, fev. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERCOVIVI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As parcerias público-privadas (PPPs e a Constituição). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, 2006.

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BORGES, Alice González. Pressupostos e limites da revogação e da anulação das licitações. *JAM Jurídica*, ano 11, n. 12, dez. 2006.

_____. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. In: *REDAE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6, mai.-jun.-jul., 2006. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06.08.2011.

_____. Os consórcios públicos na sua legislação Reguladora. IP, v. 32, p. 236, jul.-ago. 2005.

_____. *Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAPUS, Réné. *Droit administratif general*. 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001. t. I.

CSIPAI, Luciana Pires. *Guia prático de licitações sustentáveis do núcleo de assessoramento jurídico em São Paulo – AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/templatetexto.aspx?idconteudo=138067&id_site=777>. Acesso em: 20.12.2010.

CUESTA, Rafael Entrena. Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración. *RAP*, n.º 24, p. 71-72, 1957.

DALLARI, Adilson Abreu. Licitação nas empresas estatais. *RDA*, n.º 229, jul.-set. 2002.

DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*, Paris: Dalloz, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução de custos e controle. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n.º 70, out. 2007.

_____. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Controle das licitações pelo tribunal de contas. *RDA*, n.º 239, jan.-mar. 2005.

_____. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos*

práticos da LC n.º 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Vade-mécum de licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n.º 117, set. 2011.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 37, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. *Direito Público:* estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos:* franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. As PPPs: Natureza Jurídica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins e outros (Org.). *Curso de direito econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. I.

FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). *RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n.º 33, jan.-mar. 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2005. v. I.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoria del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madrid: MAP, 1991. v. I.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IMMORDINO, Maria; POLICE, Aristide. *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n.º 41, maio 2005.

_____. Novos sujeitos na Administração Pública: os consórcios criados pela Lei n.º 11.107. *Direito Administrativo:* estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. *Pregão:* comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative *Law. Law and Contemporany Problems*, v. 68, n.º 3 e 4, North Carolina: Duke University School of Law, 2005.

KRELL, Andréas J. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

IANNOTTA, Lucio. *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Os consórcios públicos. *REDE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 3, jul.-ago.-set., 2005. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06.08.2011.

_____. Limitação no número de consorciados admitidos em licitações. *BLC*, v. 5, 2004.

MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; VOISIN, Arnaud. *Les partenariats public-privê*. Paris: La Découverte, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: RT,

2001.

_____; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos:* comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards. *RBDP*, v. 27, p. 177-199, 2009.

MODESTO, Paulo. *O direito administrativo do terceiro setor:* a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. Terceiro setor e parcerias na área de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre os sistemas de controle dos atos e contratos administrativos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n.º 5, set. 2005.

_____. Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da Lei n.º 8.666/93. ILC, ano XI, n.º 126, ago. 2004.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública:* A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Vital. A tentação da Private Finance Iniciative (PFI). In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível:* mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de

Estado. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, n.° 63, p. 95-118, Rio de Janeiro, 2008.

_____. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n.° 100, out.-dez. 1988.

_____. Coordenação gerencial na Administração Pública. *RDA*, 214, out.-dez., 1998.

_____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. RDA, v. 207, jan.-mar. 1997.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. RDA, n.º 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Divulgação institucional e contratação de serviços de publicidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. Licitações nacionais como instrumento de efetivação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. *FGCP*, Belo Horizonte, ano 9, n.º 107, nov. 2010.

_____. Temas polêmicos de licitações e contratos. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n.º 92, ago. 2009.

MUKAI, Toshio. O efeito "carona" no Registro de Preços: um crime legal?. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n.º 87, mar. 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia:* introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997.

_____. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo:* o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. RDA, vol. 256, jan.-abr. 2011.

_____. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor: Limites e Possibilidades. *BDA*, v. 2, p. 172-188, 2010.

_____. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; FREITAS, Rafael Véras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. In: *Revista Brasileira de Direito Público* n.º 35, out./dez. 2011.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da "quarteirização" na gestão pública? *FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n.º 102, jun. 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. *FCGP*, Belo Horizontes, ano 8, n.º 91, jul. 2009.

PINTO, Marcos Barbosa. A função Econômica das PPPs. *REDAE*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, mai.-jul. 2005, Acesso em: 20.01.2009.

POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its regulation*. Washington, EUA: Cato, 1999.

PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O regime de licitações e contratos administrativos

para Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. In: *Boletim de Licitações e Contratos*, maio 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP:* fundamentos econômicos–jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Lei de licitações é novamente alterada – A MP n.º 495, de 19.07.2010. *FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n.º 104, ago. 2010.

SAGASTI, Francisco R. *Tecnologia, planejamento e desenvolvimento autônomo*. São Paulo: Perspectiva, 1986.

SAINZ MORENO, Fernando: La "exception non adimpleti contractus" en la contratación administrativa. *REDA*, Madrid, n.º 16, jan. 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*. Madrid: Iustel, 2004. v. II.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:* reflexos práticos da LC nº 123/06. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 3.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no Direito Administrativo brasileiro. *RDA* 217, Rio de Janeiro, 1999.

SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito administrativo em debate*. 2.ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Parcerias público-privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVII, p. 35, 2006.

SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado*. Torino: Giappichelli, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20.10.2010.

_____. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *RDA* n.º 245, mai. 2007.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *RDA* n.º 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

TCU. *Licitações & contratos:* orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal:* uma conciliação possível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. WILLEMAN, Marianna Montebello. O controle de licitações e contratos administrativos pelos tribunais de contas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Org.). *Direito Administrativo:* Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.