

GUSTAVO FERNANDES **SALES**

Atualizado conforme:

- Lei nº 14.133/2021
- EC nº 109/2021
- Lei nº 13.979/2020


EDITORA
CEI

Manual de
DIREITO ADMINISTRATIVO

2021

1ª edição

CAPÍTULO 1

CONCEITOS INICIAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Sumário • 1. Conceitos iniciais de Direito Administrativo: 1.1. Origem do Direito Administrativo. 1.2. Direito Administrativo no Brasil. 1.3. Principais tendências no Direito Administrativo. 1.4. Objeto do Direito Administrativo. 1.5. Fontes do Direito Administrativo: 1.5.1. Considerações gerais. 1.5.2. A codificação do Direito Administrativo. 1.5.3. Classificações. 1.5.4. Competência para legislar sobre Direito Administrativo. 1.6. Conceito de Direito Administrativo. 1.7. Interpretação do Direito Administrativo. 1.8. Sistemas de controle da atuação administrativa: 1.8.1. Sistema do contencioso administrativo. 1.8.2. Sistema de jurisdição una ou única. 1.8.3. Sistema administrativo brasileiro.

1. Conceitos iniciais de Direito Administrativo

1.1. Origem do Direito Administrativo

O Direito Administrativo é um dos ramos do Direito Público – tronco que visa a regular, precipuamente, os interesses sociais e estatais, atingindo só reflexivamente a conduta individual (MEIRELLES, 2016, p. 40) – e seu conceito é envolvido em divergências entre os publicistas, o que será analisado a tempo e modo.

A doutrina anota que o Direito Administrativo, como *ramo autônomo*, nasceu entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a partir do momento em que se desenvolveu o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade e da separação de poderes, isto é, junto com o movimento incipiente do constitucionalismo (em sentido estrito).¹ Embora já houvesse desde

¹ MIGUEL REALE (*apud* DI PIETRO, 2019, p. 6) afirma que tanto o Direito Constitucional como o Administrativo são filhos da Revolução Francesa. CARVALHO FILHO (2019, p. 7) cita que o fenômeno do nascimento do Direito Administrativo se dá com os movimentos constitucionalistas, no final do século XVIII. HELY LOPES MEIRELLES (2016, p. 54) leciona que o impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela teoria da separação dos poderes,

muito antes normas administrativas, essas se enquadravam no *jus civile*, juntamente com outras normas de outros ramos da Ciência Jurídica (DI PIETRO, 2019, p. 1-2). Também não existiam, antes disso, princípios próprios informadores de um Direito Administrativo. Ao revés, vigorava o regime típico das monarquias absolutas, que tornavam frágeis as relações entre o Estado e seus súditos (CARVALHO FILHO, 2019, p. 7).

Aponta-se a França como o berço histórico do Direito Administrativo, com a edição da *Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800)*, que organizou a Administração Pública francesa (DI PIETRO, 2019, p. 8), seguida do desenvolvimento dado pela jurisprudência do Conselho de Estado, com seu contencioso administrativo. A autonomia desse Direito viria propriamente com o famoso *caso Blanco*, em 1873, quando se decidiu pela responsabilidade civil do Estado por conta do acidente envolvendo a menina Agnès Blanco, em Bordeaux, atingida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo (DI PIETRO, 2019, p. 9).

Além do Direito francês, os Direitos alemão e italiano também trouxeram contribuições de relevo para o Direito Administrativo.

Na Alemanha, predominou a elaboração científica desse novo ramo, tarefa empreendida pelos doutrinadores na linha dos pandectistas. Segundo DI PIETRO (2019, p. 14), o Direito alemão é responsável pela valorização dos direitos fundamentais, pela constitucionalização dos princípios que orientam a Administração Pública, pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e pelos princípios da proporcionalidade, da proteção à confiança e da dignidade da pessoa humana como fundante do Estado.

Por sua vez, o Direito italiano procurou harmonizar as tendências francesa e alemã, mediante consideração sistemática não apenas dos casos concretos (jurisprudência), mas, também, das abstrações teóricas dos estudiosos, influenciando o Direito brasileiro, sobretudo no que tange aos conceitos de mérito do ato administrativo, de interesse público primário e secundário, de autarquia, de entidades paraestatais e outros (DI PIETRO, 2019, p. 15).

Direito	Contribuição
Direito francês	Deu origem e desenvolvimento ao Direito Administrativo (objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios).
Direito alemão	Elaboração científica do Direito Administrativo.
Direito italiano	Elaboração sistemática do Direito Administrativo.

desenvolvida por Montesquieu em 1748, na obra *L'Esprit des Loix*.

1.2. Direito Administrativo no Brasil

Embora já existisse uma administração pública organizada no período imperial – regida, contudo, pelo Direito Privado –, foi somente com a criação da cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, na Faculdade de Direito de São Paulo, que esse novo ramo do Direito passou a se desenvolver. Foi o *Decreto 608/1851*² que dispôs normativamente sobre a criação dessa cadeira, mas ela só foi efetivamente instalada em 1856, sendo regida por José Antonio Joaquim Ribas (DI PIETRO, 2019, p. 23). Já em 1857 era editada a primeira obra sistematizada – *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro* –, de Vicente Pereira do Rego (MEIRELLES, 2016, p. 55).

No início da República, suprimiu-se o Conselho de Estado, de influência francesa, e promoveu-se a substituição do sistema de dualidade de jurisdição pelo de unidade de jurisdição, tipicamente anglo-americano. Aliás, a influência norte-americana se fez sentir, também, pela adoção de um sistema de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública (*judicial review*). Como exceção, o Direito brasileiro não acolheu o princípio do *stare decisis*, que confere força obrigatória aos precedentes judiciais (DI PIETRO, 2019, p. 27).

O Direito Administrativo, ainda pobre em sua fase inicial, experimentou grande evolução a partir da Constituição de 1934, com o crescimento da máquina estatal e a criação de um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal (DI PIETRO, 2019, p. 24).

De acordo com DI PIETRO (2019, p. 27), o Direito Administrativo brasileiro evoluiu no seguinte sentido:



² Decreto nº 608, de 16 de Agosto de 1851 - Autorisa o Governo para dar novos Estatutos aos Cursos Jurídicos e ás Escolas de Medicina; assim como a crear mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano.

1.3. Principais tendências do Direito Administrativo

Desde as origens, o Direito Administrativo caracteriza-se pelo binômio *prerrogativas* (em prol da autoridade) e *sujeições* (como forma de proteção das liberdades individuais em face dos excessos de poder) (DI PIETRO, 2019, p. 6).

Essa tensão pende ora para um lado, ora para o outro, a depender do momento histórico. Atualmente, é inegável a influência dos *princípios* – como os da segurança jurídica, da transparência, da razoabilidade e da proporcionalidade – no Direito europeu e no Direito nacional.

A lista de tendências atuais, a seguir minudenciada, é inspirada em DI PIETRO (2019, p. 31-44):

1. *Constitucionalização do Direito Administrativo*: significa: (a) a elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas infraconstitucionalmente (“constitucionalização-inclusão”); e (b) a expansão ou irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico (“constitucionalização-releitura”).

A principal consequência seria a atribuição ao Poder Judiciário da possibilidade de controle de aspectos do ato administrativo antes vedados, uma vez que a Administração Pública passa a dever obediência não somente à lei, mas ao Direito (substituição da *legalidade* por *constitucionalidade*). Com isso, há uma redução da discricionariedade e, em consequência, do *mérito administrativo*, o que já vinha ocorrendo pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes.

2. *Democratização da Administração Pública*: fortalecimento da democracia participativa mediante a previsão de instrumentos de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, a exemplo do disposto no § 3º do art. 37 da CF/88 (“A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta...”). Também contribuem para a democratização da Administração Pública a *processualização do Direito Administrativo*, em razão da exigência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) e da promulgação da Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784/1999), e o *princípio da transparência*, em que se inserem o direito à informação, o princípio da publicidade e a exigência de motivação.

3. *“Crise na noção de serviço público”*: tendência de transformar serviços públicos exclusivos do Estado em atividades privadas abertas à livre iniciativa e à livre concorrência.

4. *Agencificação*: outorga de função regulatória às agências reguladoras (autarquias de regime especial), por influência do sistema de *common law*.

5. *Aplicação do princípio da subsidiariedade*: o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa

e com seus próprios recursos. As consequências são as seguintes: privatização de empresas estatais, ampliação de parcerias entre os setores público e privado, crescimento do terceiro setor etc.

6. *Administração Pública Gerencial*: maior discricionariedade para as autoridades administrativas, controle de resultados, autonomia administrativa, financeira e orçamentária, participação popular na fixação de políticas públicas etc.

7. *Consensualidade*: incremento da atividade contratual (fenômeno da contratualização), evidenciado pelo surgimento de novas modalidades de gestão de serviços públicos, privatização de empresas estatais, quebra do monopólio e incremento da terceirização.

Nesse contexto, é importante destacar recente reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942). A Lei 13.655/2018 incluiu na LINDB o art. 26, o qual dispõe que, “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados*, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”. Esse compromisso, nos termos do § 1º: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

8. *Reconstrução do princípio da supremacia do interesse público*: tal princípio passa a ser objeto de importantes críticas e relativizações, ou ao menos de uma releitura. Fala-se em ponderação de interesses, em prol da garantia de direitos fundamentais e da centralidade da pessoa humana, e em razoabilidade no âmbito da atuação estatal.

9. *Privatização ou fuga para o Direito Privado*: tendência de se ampliar o uso de institutos do Direito Privado “com o objetivo de privatizar o próprio regime jurídico a que se submete a Administração Pública, para escapar às normas sobre licitação, contrato administrativo, concurso público, (...) controles formais, regras sobre orçamento e contabilidade pública” (DI PIETRO, 2019, p. 43). Defende a autora que essa fuga nunca poderá ser total ou integral, porque as normas de Direito Privado sempre serão derogadas parcialmente pelo Direito Público.

CAPÍTULO 10

LICITAÇÕES

Sumário • 10. Licitações: 10.1. Conceito e disciplina normativa. 10.2. Novidades trazidas pela Lei 14.133/21. 10.3. Competência para legislar. 10.4. Incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 14.133/21. 10.5. Objeto da licitação. 10.6. Finalidades e princípios informadores da licitação: 10.6.1. Finalidades. 10.6.2. Princípios. 10.7. Modalidades de licitação: 10.7.1. Concorrência. 10.7.2. Tomada de preços. 10.7.3. Convite. 10.7.4. Concurso. 10.7.5. Leilão. 10.7.6. Pregão. 10.7.7. Consulta. 10.7.8. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 10.8. Procedimento das licitações: 10.8.1. Fase interna (fase preparatória). 10.8.2. Fase externa. 10.8.3. Procedimento de outras modalidades licitatórias. 10.8.4. Procedimento do pregão. 10.8.5. Procedimento do RDC. 10.9. Revogação e anulação da licitação: 10.9.1. Revogação. 10.9.2. Anulação. 10.10. Recursos administrativos. 10.11. Sistema de registro de preços. 10.12. Infrações administrativas, crimes e penas: 10.12.1. Infrações e sanções administrativas. 10.12.2. Crimes e penas. 10.12.3. Aspectos processuais. 10.13. Dispensa e inexigibilidade de licitação: 10.13.1. Dever de licitar e exceções legais. 10.13.2. Licitação dispensada. 10.13.3. Licitação dispensável. 10.13.4. Inexigibilidade de licitação. 10.13.5. Procedimento para contratação direta. 10.14. Fracionamento da licitação. 10.15. Licitações e contratos das empresas estatais: 10.15.1. Aplicação e noções gerais. 10.15.2. Dispensa e inexigibilidade. 10.15.3. Finalidades, princípios e diretrizes. 10.15.4. Modalidades e procedimento da licitação. 10.15.5. Tipos de licitação. 10.15.6. Regime de contratação semi-integrada. 10.15.7. Procedimentos auxiliares das licitações das empresas estatais. 10.16. Licitação nas contratações de serviços de publicidade.

10. Licitações

10.1. Conceito e disciplina normativa

A licitação é o *procedimento administrativo* prévio às contratações pelos entes estatais que possibilita aos interessados formular propostas para que a mais

vantajosa seja selecionada, permitindo, assim, a celebração do contrato com a Administração Pública.¹²⁹

Trata-se de uma exigência constitucional, nos termos do art. 37, XXI, *in verbis*:

CF, art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹³⁰

O dispositivo em referência é regulamentado tradicionalmente pela famosa Lei 8.666/93, a qual estabelece as *normas gerais* sobre licitações e contratos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Outras leis também trazem algumas especificidades sobre o tema. Nesse cenário, importa mencionar a Lei 8.248/91, que tratou da *aquisição de bens e serviços de informática*; a Lei 9.472/97, que cuida das licitações no âmbito das concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência; a Lei 10.520/02, que disciplinou de vez uma nova modalidade de licitação: o *pregão*; a LC 123/06, que traz tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte e microempresas, o que é parcialmente estendido para sociedades cooperativas pelo art. 34 da Lei 11.488/07; a Lei 12.232/10, que institui normas gerais para licitação e contratação de *serviços de publicidade prestados por agências de propaganda*; a Lei 12.351/10, que estatui regras especiais para a licitação da exploração e da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; a Lei 12.462/11, que criou o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*; a Lei 13.019/14, que disciplina as parcerias voluntárias e as relações de fomento e de colaboração, criando forma própria de seleção denominada *chamamento público*; e a Lei 13.303/16, que criou o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, tratando da licitação e da contratação por essas empresas. Também a Lei 8.987/95 (lei de concessão e permissão de serviços

¹²⁹ Veja-se, nesse sentido, o conceito de CARVALHO FILHO (2019, p. 246): é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”

¹³⁰ Também o art. 175 da CF 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”. O tema das concessões de serviços públicos é estudado no Capítulo 13.

públicos) e a Lei 11.079/04 (lei das parcerias público-privadas) trazem algumas regras sobre as licitações e contratos que disciplinam.

Veja-se que, nos últimos anos, passou a existir um número elevado de leis esparsas tratando do regime de contratações públicas, situação que traz uma série de dificuldades para o operador do Direito. Além disso, o que se vê no regime tradicional instituído pela Lei 8.666/93 é um excesso de formalismos procedimentais, prejudicial às contratações promovidas pela Administração Pública. O procedimento licitatório sempre foi considerado extremamente moroso (sobretudo nas fases de habilitação e julgamento), oneroso e gerador de contratações antieconômicas para o Estado.

A tendência do legislador ordinário de promover alterações setoriais no regime de contratações públicas, editando novas leis específicas que buscavam trazer maior celeridade ao procedimento (p. ex., invertendo fases e prevendo procedimentos eletrônicos), foi superada, finalmente, no ano de 2021.

Após aproximadamente 28 anos de vigência, a Lei 8.666/93 *será revogada* pela Lei 14.133/21, promulgada e publicada em 1º de abril de 2021, que traz novas normas gerais de licitação e contratação para a administração pública, buscando unificar as normas esparsas e tornar o regime de contratações públicas mais ágil, econômico e eficaz, além de permitir maior transparência e controle por parte da sociedade. Fala-se que “será revogada” porque a Lei 8.666/93 ainda poderá ser utilizada pelo *prazo de dois anos* após a publicação oficial da novel legislação, o mesmo ocorrendo com as Leis 10.520/02 e 12.462/11 (art. 193, II). De imediato, a Lei 14.133/21 revoga apenas os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/93 (art. 193, I), ao passo que cria novos tipos penais, mediante alteração do Código Penal (art. 178).

Com efeito, segundo o *caput* do art. 191 da Lei 14.133/21, até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193 (dois anos), a Administração *poderá optar* por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. E, pelo parágrafo único do art. 191, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis antigas, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

De toda forma, o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor da Lei 14.133/21 continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada (190). Ademais, o contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada a nova lei subsidiariamente (192).

Por fim, aplicam-se as disposições da Lei 14.133/21 subsidiariamente às Leis 8.987/95 (concessão de serviços públicos), 11.079/04 (parcerias público-privadas) e 12.232/10 (serviços de publicidade) (art. 186).

10.2. Novidades trazidas pela Lei 14.133/21

A nova Lei de Licitações concentra tendências que antes eram encontradas nas leis setoriais de licitações e prevê algumas novidades. Vejamo-las:

- 1) Na nova Lei de Licitações, o processo licitatório terá, em regra, as seguintes *fases* em sequência (art. 17): I – preparatória; II – de divulgação do edital de licitação; III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – de julgamento; V – de habilitação; VI – recursal; VII – de homologação. Antes, com base na Lei 8.666/93, o procedimento mais importante – o da *concorrência* – era dividido doutrinariamente em uma etapa interna (atual *fase preparatória*) e uma etapa externa, dividida em cinco fases: *publicação do edital, habilitação, julgamento e classificação das propostas, homologação e adjudicação*. Há, agora, uma fase recursal específica. A apresentação de propostas e lances é, formalmente, etapa autônoma, enquanto a adjudicação perde tal *status*. A principal modificação, contudo, é a retratada no próximo item.
- 2) Como se vê, incorpora-se aspecto importante do procedimento inaugurado pelo pregão – e previsto no RDC e no Estatuto das Empresas Estatais –, que é a *inversão das fases de habilitação e julgamento* (embora seja possível realizar a habilitação antes da apresentação dos lances e do julgamento, desde que haja justificativa, com explicitação dos benefícios decorrentes) (art. 17, § 1º). Há muito comprovou-se que a realização do julgamento antes da habilitação traz maior celeridade ao procedimento.
- 3) Cria-se uma nova modalidade de licitação, o *diálogo competitivo*, tradicionalmente utilizado no Direito europeu (sua origem advém da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho).
- 4) Por outro lado, acaba-se com a divisão clássica das modalidades conforme o valor estimado da contratação, extinguindo-se as modalidades *tomada de preços e convite*. Com efeito, nos termos do art. 28, são modalidades de licitação: I – pregão; II – concorrência; III – concurso; IV – leilão; V – diálogo competitivo.
- 5) São condensados na lei os seguintes *tipos de licitação* (critérios de julgamento das propostas) (art. 33): I – menor preço; II – maior desconto; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – técnica e preço; V – maior lance, no caso de leilão; VI – maior retorno econômico. Antes, a Lei 8.666/93 trazia apenas os critérios de menor preço; melhor técnica; técnica e preço; e maior lance ou oferta. Os critérios de maior desconto e maior retorno econômico estavam previstos na Lei do RDC.
- 6) Incorpora-se o *orçamento sigiloso*, com a publicidade diferida, inicialmente adotado no RDC (art. 13, parágrafo único, II, e art. 24).

- 7) Consagra-se a utilização de meios “alternativos” de solução de controvérsias, como a conciliação e a arbitragem. Há uma novidade, que é a previsão de *Dispute Boards* ou comitês de resolução de disputas (art. 138, II; art. 151).
- 8) Positiva-se a orientação do Tribunal de Contas da União a respeito da possibilidade de utilização do pregão para contratação de serviços comuns de engenharia e a sua inaplicabilidade para contratação de obras (*Súmula 257 do TCU*).
- 9) Ratifica-se a utilização preferencial da forma eletrônica que, agora, não fica mais adstrita ao pregão (art. 17, § 2º).
- 10) Foram previstos novos valores para dispensa de licitação por baixo valor (art. 75): a) I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras. Segue-se a tendência prevista na Lei 13.303/16 (Estatuto das Empresas Estatais).
- 11) Além dos três exemplos clássicos de inexigibilidade, foram incluídos outros dois casos: o *credenciamento* e a *locação ou aquisição de imóveis cujas características de localização e de instalação tornem necessária sua escolha* (tal caso constava na Lei 8.666/93 como hipótese de dispensa, apesar das críticas doutrinárias) (art. 74).
- 12) Há a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, para assegurar transparência nas contratações em toda a Administração, de todos os entes da Federação (art. 174).
- 13) Substitui-se a comissão de licitação, em regra, pelo *agente de contratação* (art. 8º).
- 14) Incorpora-se a previsão de *matriz de riscos*, antes prevista na Lei do RDC (art. 9º, § 5º) e na Lei 13.303/16 (art. 42, X e § 3º), e agora generalizada nos arts. 6º, XXVII, 92, IX, e 103 da nova lei, como “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”, que deverá conter algumas informações mínimas, a exemplo da listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência. Ainda de acordo com a nova lei, “quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada,

- o edital *obrigatoriamente* contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado” (art. 22, § 3º).
- 15) Previsão, entre os regimes de execução do contrato, da *contratação integrada* (antes já prevista na Lei do RDC) e da *contratação semi-integrada* (antes prevista apenas na Lei 13.303/16) (art. 46, V e VI), além do novo regime de *fornecimento e prestação de serviço associado* (art. 46, VII), “regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado” (art. 6º, XXXIV).
 - 16) Previsão do *contrato de eficiência* – antes previsto na Lei do RDC (art. 23) – “contrato cujo objeto é 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, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada” (art. 6º, LIII).
 - 17) Ampliação do percentual de cobertura do seguro garantia de 5% para até 10% nas obras, serviços e fornecimentos, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos, e de 10% para até 30% nos casos de contratação de grande vulto (Lei 8.666/93, art. 56, §§ 2º e 3º; Lei 14.133/21, arts. 98 e 99).
 - 18) Há a previsão de cinco procedimentos auxiliares das licitações e das contratações (art. 78): I – credenciamento; II – pré-qualificação; III – procedimento de manifestação de interesse; IV – sistema de registro de preços; V – registro cadastral. Na Lei do RDC, eram previstos (art. 29): I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III - sistema de registro de preços; e IV - catálogo eletrônico de padronização.
 - 19) Incorpora-se o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) (art. 81), antes previsto apenas no âmbito das concessões de serviços públicos, conforme se extraía do art. 21 da Lei 8.987/95 e do Decreto 8.428/15, com as alterações do Decreto 10.104/19.
 - 20) A Lei 8.666/93 não contempla expressamente infrações e sanções administrativas para as condutas ilegais ocorridas no procedimento licitatório, mas apenas para a inexecução dos contratos (art. 87), com ressalva do disposto no art. 88, II (atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação). A omissão foi suprida pela Lei 12.846/13. Com a nova Lei 14.133/21, são previstas diversas sanções por infrações administrativas no art. 155.
 - 21) A Lei 14.133/21 promoveu a imediata revogação dos crimes previstos na Lei 8.666/93 (arts. 89 a 99) e das normas que versavam sobre o processo e o procedimento judicial (arts. 100 a 108). No art. 178, a nova lei inclui novos tipos penais nos arts. 337-E até 337-P no Código Penal.

.....

Ao longo do presente Capítulo, faremos referências às leis ainda vigentes, com destaques para as novas disposições trazidas pela Lei 14.133/21, dentro de quadros como este, para facilitar a comparação pelo estudante.

.....

10.3. Competência para legislar

Compete *privativamente à União* legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação* (art. 22, XXVII, CF), cabendo aos Estados, DF e Municípios exercer a *competência legislativa suplementar* nessa matéria (art. 24, § 2º, CF), podendo expedir normas específicas para regulamentação de seus procedimentos licitatórios, desde que não contrariem as normas gerais.

Assim, não podem as leis locais, por exemplo, criar novas modalidades licitatórias; dispor sobre exceções ao dever de licitar (ADI 1917, j. 26.4.07); criar novos tipos de licitação (critérios de julgamento das propostas); reduzir prazos recursais; ou mesmo estabelecer normas que restrinjam o direito de participar de licitações, a exemplo da ampliação do rol de documentos necessários para habilitação, mediante inclusão da exigência de “certidão negativa de violação a direitos do consumidor” (ADI 3.735, j. 8.9.16). Neste último caso, decidiu o STF que “ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local”.

A Lei 8.666/93 é entendida, em sua maior parte, como *lei nacional* (normas gerais aplicáveis a todos os entes federativos), mas há alguns poucos artigos que são reputados *lei federal*, e os temas dos quais eles tratam poderão ser normatizados de maneira distinta pelas leis locais dos entes políticos menores, sem violação à repartição constitucional de competências.

Nesse sentido, o STF já conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 17, I, “b” (*doação de bem imóvel*) e ao art. 17, II, “b” (*permuta de bem móvel*), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento foi adotado em relação ao art. 17, I, “c” e § 1º do art. 17 (*permuta de bem imóvel*) (ADI 927-MC, j. 3.11.93).

.....

A Lei 14.133/21 também estabelece *normas gerais* de licitação e contratação válidas em todas as esferas políticas (é, pois, lei nacional). Note-se, porém, que as hipóteses previstas no art. 76 da nova legislação são semelhantes às constantes do art. 17, I, “b” e “c”, II, “b”, e § 1º da Lei 8.666/93.

.....

10.4. Incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 14.133/21

A Lei 8.666/93 é aplicável aos órgãos da Administração Direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

A disciplina abrange todos os órgãos administrativos dos três Poderes, além dos que compõem o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Além dos órgãos da Administração Direta e Indireta, a lei faz menção a *fundos especiais* e a *entidades controladas pelos entes políticos*.

.....

O mesmo é válido para a Lei 14.133/21, que, em seu art. 1º, diz estabelecer normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I – os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Ficam de fora as empresas estatais objeto de disciplina pela Lei 13.303/16 (art. 1º, § 1º).

.....

Em relação aos *fundos especiais*, CARVALHO FILHO (2019, p. 250) observa que “a menção aos fundos é imprópria não só porque são despidos de personalidade jurídica, como também porque constituem reservas financeiras criadas por lei, cuja gestão fica sempre, de alguma forma, a cargo de órgãos públicos, e estes, como se viu, estão mesmo obrigados a licitar”.

Já as *entidades controladas pelos entes federativos* seriam, segundo o mesmo autor, “aquelas de natureza paraestatal que, gerindo dinheiro público, e normalmente instituídas por lei, são obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 250). Veremos, contudo, que a jurisprudência dos tribunais superiores exclui algumas dessas entidades do dever de licitar, embora exija delas contratação objetiva e impessoal.

Aliás, o próprio art. 119 da Lei 8.666/93, observando que algumas dessas figuras são *peças jurídicas de direito privado*, dispõe que “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”. Tais regulamentos instituirão procedimento simplificado para contratação e deverão ser aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, e publicados na imprensa oficial (art. 119, parágrafo único). Em relação às sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, foi editada a Lei 13.303/16, cujas normas sobre licitação serão estudadas ao longo deste Capítulo, a breve trecho. Referida lei submete ao dever de licitar tanto as empresas prestadoras de serviço público quanto as que exercem atividade econômica. Está incluída no regime desta lei, inclusive, a Petrobrás.¹³¹

Por sua vez, em relação às *Organizações da Sociedade Civil – OSC*, a Lei 13.019/14 fala em *chamamento público*, e não em licitação, mas DI PIETRO (2019, p. 657) afirma que se trata de modalidade de licitação, regida por legislação própria.

Não se sujeitam ao dever de licitar:

(a) *Ordem dos Advogados do Brasil*: o STF rejeitou natureza autárquica à OAB e a excluiu da submissão às limitações impostas à Administração Pública. Assim, prevalece o entendimento de que não é obrigada a realizar licitação, ao contrário dos demais conselhos de classe.

(b) *Permissionários e concessionários de serviço público*: é certo que a Administração Pública, quando pretende delegar a execução de um serviço público, por concessão ou permissão, deverá realizar licitação para selecionar a empresa concessionária ou permissionária (CF, art. 175). Contudo, essa empresa privada pode, em vez de exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato, contratar terceiros para realizar determinadas atividades. E, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente, não configuram contratos administrativos, mas contratos de direito privado. Nesse sentido, já decidiu o STJ que “as empresas privadas, embora concessionárias de serviço público, não estão obrigadas a submeter suas compras ou a contratação de serviços ao regime de licitação” (REsp 429.849/RS, j. 9.9.03).

¹³¹ Até 2016, a Lei 9.478/97 prescrevia, em seu artigo 67, que os contratos celebrados pela Petrobrás seriam precedidos de *procedimento licitatório simplificado* a ser definido por decreto do Presidente da República, o que era reputado constitucional pelo STF (MS 25.888/DF, liminar concedida em 23.3.06). Contudo, a Lei 13.303/16 revogou o disposto no art. 67 da Lei 9.478/97 e passou a regulamentar a aquisição de produtos e serviços pela Petrobrás adotando o modelo genérico previsto para as empresas estatais.

Noutro giro, não se sujeitam à Lei 8.666/93, mas devem observar os *princípios da impessoalidade* para contratações objetivas e impessoais ou *algum procedimento simplificado de licitação*:

(a) *Serviços Sociais Autônomos*: segundo explica DI PIETRO (2019, p. 634), embora não sejam integrantes da Administração Indireta, administram verbas decorrentes de contribuições parafiscais e, por isso, *devem observância aos princípios da licitação* (embora não propriamente aos ditames da Lei de Licitações), citando jurisprudência consolidada do TCU. Também CARVALHO FILHO (2019, p. 243) afirma que a menção pelo art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93 às “entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” abarca aquelas de natureza paraestatal, que gerem dinheiro público e normalmente são instituídas por lei, como os *serviços sociais autônomos*. Não obstante, prossegue o autor, “como muitas dessas entidades ostentam personalidade de direito privado, o legislador flexibilizou os parâmetros alinhados na lei, permitindo que pudessem editar regulamentos internos simplificados, desde que respeitados os princípios básicos estatuídos”.

(b) *Organizações Sociais*: não há previsão de licitação pelo Poder Público para escolha da entidade a ser qualificada como organização social, tampouco para celebração de contratos entre a organização social e terceiros, ainda que haja utilização de recursos públicos. Contudo, o STF decidiu na ADI 1.923/DF que “o afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados”.

(c) *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP*: o Decreto 5.504/05 (esfera federal) exige que a OSCIP, em relação aos recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, realize licitação para obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). Todavia, o Decreto 6.170/07 alterou parcialmente o Decreto anterior, exigindo apenas a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato (DI PIETRO, 2019, p. 653).

(d) *Entidades de Apoio*: são pessoas jurídicas de direito privado que mantêm vínculo com a Administração Pública por meio de *convênio*, não se submetendo às exigências de licitação. DI PIETRO (2019, p. 636) afirma que elas não estão sujeitas nem mesmo à observância dos princípios da licitação. Contudo, esse entendimento não se harmoniza com o disposto na legislação, em especial com o disposto no Decreto 6.170/07 (âmbito federal), o qual impõe a adoção de *procedimento simplificado de contratação* em seu art. 11: “Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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.”

Como regra, é a pessoa que realiza licitação a mesma que vai figurar como contratante no contrato administrativo que dela resulta. A exceção está nos *consórcios públicos*, pois a Lei 8.666/93 permite que o contratante, nesse caso, seja uma das entidades federativas que nele figure como pactuante (CARVALHO FILHO, 2019, p. 252).

.....

Importa anotar, em acréscimo, que a novel Lei 14.133/21 dispõe que as contratações realizadas no âmbito das *repartições públicas sediadas no exterior* obedecerão às peculiaridades locais e aos *princípios básicos estabelecidos nesta Lei*, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado (art. 1º, § 2º).

Além disso, pelo § 3º, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: I – condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República; II – condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que: a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato; d) (VETADO).

Ademais, segundo o § 5º, as contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

.....

10.5. Objeto da licitação

A doutrina costuma dividir o objeto da licitação da seguinte forma (CARVALHO FILHO, 2019, p. 252):

- a) *objeto imediato*: será sempre a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da Administração; e
- b) *objeto mediato*: consiste na obtenção de determinada obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, ou mesmo um trabalho técnico, científico ou artístico, confundindo-se, portanto, com o *objeto do contrato* (MEIRELLES, 2016, p. 325).