

Organizador: **LEANDRO SARAI**

Tratado da

Nova Lei de LICITAÇÕES e CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Lei 14.133/21

*Comentada por
Advogados Públicos*

**4ª edição
revista, atualizada
e ampliada**

Autores

Adriano Dutra Carrijo
Alyne Gonzaga de Souza
Anderson Morais Diniz
Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro
Carolina Zancaner Zockun
Caroline Marinho Boaventura Santos
Cristiane Rodrigues Iwakura
Diego Ornellas Gusmão
Fábio Mauro de Medeiros
Fabrício Lopes Oliveira
Flávio Garcia Cabral
Hugo Teixeira Montezuma Sales
Jamille Coutinho Costa
João Marcelo Rego Magalhães
Leandro Sarai
Lucas Hayne Dantas Barreto
Marcela Ali Tarif Roque
Marcelo Akiyoshi Loureiro
Michelle Marry Marques Da Silva
Mônica Éllen Pinto Bezerra Antinarelli
Murillo Giordan Santos
Rachel Nogueira de Souza
Rafael Henrique Fortunato

Prefácio

Celso Antônio Bandeira de Mello
Weida Zancaner Bandeira de Mello

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

TÍTULO II DAS LICITAÇÕES

CAPÍTULO I DO PROCESSO LICITATÓRIO

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Anderson Morais Diniz:

PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Desde o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de abril de 1986, o objetivo da licitação tem sido explicitado como sendo a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração (art. 3.º). Com a entrada em vigor da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a este objetivo foi incorporada a observância do princípio constitucional da isonomia (art. 3.º, Lei n.º 8.666, de 1993, em sua redação original), sendo que o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ou sustentabilidade, foi incorporado posteriormente pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Na redação trazida pela nova Lei ora em comento, houve inovação de conteúdo e de substância, sendo incorporados novos objetivos pretendidos com a licitação. O problema continua sendo a aplicação dos conceitos agora introduzidos pela nova legislação.

De fato, “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” continua sendo semanticamente o mesmo conceito de “seleção da melhor proposta para a Administração” das legislações anteriores, já que “proposta apta” é a decorrência lógica desta seleção, vez que no procedimento legal seria impossível chegar àquela – homologação – sem passar pela avaliação de aptidão – classificação – desta. O primeiro problema surge

na aplicação do termo “ciclo de vida do objeto”, agora introduzido. A nosso ver houve falha do legislador ao não incluir, dentre os vários conceitos introduzidos no art. 6.º (sessenta ao todo) o conceito de ciclo de vida do objeto, uma vez que o conceito aqui mencionado difere do conceito normalmente utilizado pelo mercado.

No mercado, o ciclo de vida de um produto possui pelo menos 4 fases: a) introdução; b) crescimento; c) maturidade; e d) declínio, sendo de se notar que, para alguns, haveria uma fase precedente a todas essas, denominada de desenvolvimento.

Para nós, o objetivo pretendido com a introdução do conceito acima visa a um propósito um pouco diferente, embora de bases similares. O ciclo de vida aqui mencionado também teria 4 fases, quais sejam: a) utilização; b) manutenção ou atualização; c) obsolescência; d) descarte ou inutilidade. Assim, o conceito de “*ciclo de vida do objeto*” seria, nada mais, nada menos, que o velho conceito de “*vida útil*” do produto.

Desta forma, ao se analisar os termos da proposta apresentada, deveria o agente público verificar, como critério de vantajosidade, o de duração do tempo de vida útil do objeto pretendido, conceito que difere um pouco do de qualidade simples, já que se pode ter qualidade com baixa vida útil e vice-versa.

O problema está justamente nesta aferição. Como estabelecer parâmetro de aferição para o tempo de vida útil de um produto? Como saber o tempo de vida útil “*x*” de um produto, e o que ocorreria quando tal produto de fato apresentar um tempo de vida útil “*y*”? Os prazos de garantia – legal e contratual – podem ser um parâmetro objetivo de aferição em muitos casos. Mas, para a grande parte dos produtos, principalmente os de tecnologia, que possuem prazo de garantia de no máximo um ano, como estabelecer um critério de diferenciação dos prazos de vida útil de produtos diversos que auxiliem o agente público na seleção do melhor produto e, assim, da melhor proposta?

Anteriormente às normas que introduziram o pregão eletrônico, a única forma de se adotar parâmetro de seleção que não fosse o preço era a utilização da modalidade licitatória com julgamentos por técnica ou técnica e preço. Contudo, com a disseminação do pregão e o conceito de “*bem de natureza comum*”, a sistemática de técnica e técnica e preço entraram em desuso, sendo praticamente utilizadas hoje apenas para obras de grande vulto, nas quais o projeto tem valor significativo no critério de escolha.

A nosso ver, o critério de vida útil aqui discutido é um critério para fins de seleção, ou seja, um critério diferenciador dentre os vários produtos ou serviços lançados na proposta pelos licitantes. Não se trata de conceito objetivo que se possa incluir no Edital, exigindo-se, por exemplo, garantia mínima de “*x*” anos, fazendo com que o critério de seleção da proposta voltasse a ser o preço.

Desta forma, se tal discrimine for critério para seleção da proposta, não se poderá lançar mão da modalidade pregão na licitação, por tal modalidade ser prevista apenas para aquisição de bens e serviços de natureza comum, ou seja: “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado*” (art. 6.º, XIII).

Destaca-se que tal critério de seleção deve estar expressamente delineado no Edital, bem como a metodologia empregada para se efetivar a seleção da proposta, sob pena de nulidade do certame.

TRATAMENTO ISONÔMICO

A aplicação de regras iguais e de mesma forma para todos os participantes é uma das principais bases do processo licitatório. De nada adiantaria a criação de um sistema processual de escolha de proposta se permitido fosse a certo licitante um privilégio na apresentação de sua proposta, de forma que este licitante já saísse bem à frente na largada, ou fosse favorecido por alguma regra que o colocasse à frente durante a disputa.

A aplicação do princípio tem dois objetivos: a) garantir que a administração possa efetivamente ter à sua disposição a melhor proposta dentre as apresentadas; b) fornecer ao mercado uma garantia de credibilidade no sistema, de forma a não afastar competidores, que não se sentiriam atraídos a participar de uma disputa com cartas marcadas.

A isonomia aqui tratada, pois, é um princípio processual – até porque assim conceituado no *caput* do dispositivo – que possui diferenças sutis em relação ao princípio universal da igualdade, de trato constitucional¹. Por se tratar de princípio processual – uma vez que visa a dar igual tratamento a todos os licitantes dentro do procedimento instituído de escolha da proposta mais vantajosa – não se pode dar ao princípio da isonomia aqui falado o mesmo tipo de tratamento doutrinário e relativo que se dá ao princípio constitucional da igualdade, que admite relativização em questões que envolvem a justa diferenciação entre as partes, de cunho mais teórico e volátil.

De todo modo, na essência, o princípio isonômico revela, por fim, que o que for aplicado a um será aplicado a todos, embora isto não impeça que se admitam critérios diferenciadores, desde que previamente e legalmente instituídos, como é o caso das micro e pequenas empresas, que possuem tratamento diferenciado na aplicação do processo licitatório, entre outros.

JUSTA COMPETIÇÃO

A justa competição sempre foi tratada como um princípio implícito na licitação, já que é impossível se obter isonomia de tratamento sem se atentar para a

1. Interessante observar que na Lei n.º 8.666, de 1993, o art. 3.º falava na aplicação do princípio constitucional da isonomia, como se isonomia e igualdade fossem palavras sinônimas. Como em Direito as palavras têm importância crucial, os juristas se debruçaram em estabelecer diferenças conceituais entre as duas palavras, sendo hoje mais assente que o princípio da isonomia tem aplicação mais concreta, voltado mais ao estabelecimento de regras processuais e de aplicação de normas, enquanto o princípio da igualdade, de cunho constitucional, possui natureza mais abstrata, mais aplicável às regras humanitárias e do direito material. Assim, isonomia possui menor densidade semântica que a igualdade, de conceito mais abstrato e volátil, admitindo-se para este último uma interpretação mais ampla do que aquele.

justa competição. Esta é consequência da aplicação daquela. De nossa análise, a inclusão do termo no dispositivo ora tratado parece-nos um exagero vernacular, que importa redundância e prolixidade, característica do sistema legislativo brasileiro, que preza por incluir palavras de mesmo sentido como forma de reforçar o conteúdo da palavra anterior. Bastaria, a nosso ver, ressaltar a aplicação do princípio da isonomia, como aliás, fizeram as normas anteriores.

Na verdade, o excesso de palavras acaba por causar mais conflitos interpretativos do que, de fato, prestar um auxílio. No sentido de buscar o real sentido das palavras contidas no texto, pode-se inferir por “*justa competição*” a vedação a toda regra estabelecida em Lei ou em normas inferiores, e até no edital, que importe tornar a competição injusta para algum licitante. É um conceito de pouca densidade semântica que, pela sua amplitude, pode incidir numa infinidade de situações nas quais o licitante se sente prejudicado pela regra constante do procedimento licitatório, mesmo que siga todos os princípios e regras previstos na legislação.

Assim, pela ausência de densidade de conceito, qualquer licitação poderá – e achamos que irá – ser discutida com base neste parâmetro, o que deverá merecer, por parte dos tribunais, uma redução de sentido de forma a densificar o conceito aqui comentado.

CONTRATAÇÕES COM SOBREPREGO OU SUPERFATURAMENTO

Os conceitos de sobrepreço e superfaturamento, bem como suas incidências, encontram-se inseridos nos comentários que fizemos ao art. 6.º, LVI e LVII, para onde o leitor deve se dirigir.

No presente ponto, cabe comentar apenas a utilização do verbo “*evitar*” em vez de “*proibir*”. É que há um sentido lógico na aplicação do primeiro em detrimento do segundo.

Como se viu acima, o objetivo precípua do procedimento licitatório é apontar a proposta mais vantajosa para a Administração. Ora, por proposta mais vantajosa não se deve entender a proposta mais barata, mas a proposta que melhor atenda às necessidades da Administração. Por isto, pode-se optar por proposta mais cara, inclusive com preços acima do mercado, desde que objetivamente justificados os parâmetros de escolha e devidamente apontados os motivos pelos quais a proposta superior ao valor de mercado melhor atende aos interesses da administração pública.

Assim, a norma deixou aberta a possibilidade de contratação com sobrepreço ou execução com superfaturamento, de forma a não criar situações em que, por força do mercado, fossem necessárias negociações excepcionais de alto relevo público.

Portanto, como medida excepcional, tal situação deve ser evitada, e reservada apenas às situações excepcionalíssimas, que envolvem alto interesse público, desde que devidamente justificado nos autos ser esta a única forma de contratação através da qual o interesse público poderia ser satisfeito.

INCENTIVO À INOVAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Trata-se de norma diretriz destinada aos atores do processo licitatório em todas as fases da licitação, que pensamos, porém, constituir-se em objetivo precípua quando se buscar no mercado as opções para o atendimento das necessidades da Administração.

Assim, por exemplo, na escolha do produto ou serviço que melhor atenda às necessidades administrativas, deve-se dar prevalência àquele produto ou serviço inovador, que produzirá uma maior eficiência na aplicação desejada, quer por meio de uma nova ideia, quer por meio de melhoria de ideia já existente. Tal atitude visa imprimir no empresariado uma necessidade de melhoria de seus produtos ou serviços, de forma a não só produzir melhores produtos ou serviços, mas de torná-los mais eficientes e adaptados às necessidades impostas pela Administração Pública.

Já o desenvolvimento nacional sustentável, em razão de sua instituição como princípio expresso no art. 5.º, princípio este que já havia sido introduzido na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, deixa clara a importância do termo para o legislador, que, além de o introduzir como princípio, o que já foi visto, também o insere como objetivo a ser perseguido pela Administração e, assim, pelos agentes públicos responsáveis pela aquisição de bens e serviços.

Neste sentido, digno de relevo é o trabalho desenvolvido pela Advocacia-Geral da União, por meio da Consultoria-Geral da União, no âmbito da sua Câmara Nacional de Sustentabilidade, tem produzido guias práticos, constantemente atualizados, que muito auxiliam ao agente público na produção de licitações com o correto foco na busca de produtos e serviços sustentáveis.

A QUESTÃO DO PLANEJAMENTO E O COMPROMISSO DA ALTA ADMINISTRAÇÃO

O planejamento das compras de bens e serviços pelos diversos entes da Administração Pública é uma das questões mais problemáticas e que envolve todos os elos do ente público, desde a ponta até a alta administração.

O que o parágrafo único ora em comento dispõe é, na verdade, o básico de toda ciência da administração: a de que compete ao agente disposto no alto da pirâmide hierárquica instrumentalizar de forma eficiente todo o planejamento de contratação, a fim de se observar os princípios e objetivos previstos na nova Lei, não só em relação ao gerenciamento das necessidades que surgirem, mas também em relação ao gerenciamento dos contratos existentes, bem como quanto ao gerenciamento dos riscos e controles internos. O problema aqui, mais uma vez, é de aplicação.

É que o cumprimento de tal dispositivo depende de disposição e de conhecimento que grande parte dos servidores públicos de todas as esferas não possui, e nem é capacitada para tal. Aliada a isto, detecta-se uma grande movimentação de pessoal que, após militarem na área de contratações por um tempo, solicitam transferência.

Há de se reconhecer que a área de contratações exige muitas responsabilidades. A burocracia é tamanha que provoca enorme insegurança nos atores envolvidos. Adicione-se a isto o fato de que muitas contratações envolvem somas vultosas e que, por vezes, o desconhecimento técnico tem levado à responsabilização de agentes sem a existência sequer de dolo na ação, e que o conceito de culpa grave é por demais abstrato para que possa ser bem compreendido.

Inobstante as dificuldades e os desafios presentes na determinação legal, é competência da cúpula administrativa a instituição de métodos e procedimentos com vistas a cumprir os princípios que há tempos estão determinados no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que sumarizam o parágrafo único em análise, e que são inerentes ao dispositivo ora em comento, quais sejam: a) o planejamento, b) a coordenação; e c) o controle.² Como método de gestão, tem sobressaído a instituição do *compliance*, que visa identificar, tratar e criar mecanismos que possam evitar a ocorrência de fraudes, irregularidades e corrupção dentro da Administração Pública, por meio de instituição de métodos e procedimentos de controle que procuram checar a integridade dos atos praticados pelos vários agentes públicos que atuam na estrutura administrativa.³

EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE E EFICÁCIA NAS CONTRATAÇÕES

Toda a gestão administrativa de planejamento, coordenação e controle é voltada para que a Administração não só consiga cumprir os objetivos estabelecidos da melhor força possível (efetividade), mas para que o resultado seja o melhor possível dentre todas as alternativas existentes com o menor gasto de recursos (eficiência). Só assim a Administração conseguirá cumprir de forma objetiva as metas traçadas e preencher devidamente as necessidades que surgem (eficácia).

Deve-se observar que a governança nas contratações tem por objetivo, segundo disciplina do dispositivo em análise, “*alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações*”, ou seja, este é o resultado que se espera alcançar após a implantação dos procedimentos de gestão determinados na norma, e este é o fim visado pela alta administração na instituição da gestão administrativa.

2. Dispõe o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 200, de 1967: “Art. 6.º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV – Delegação de Competência; V – Controle”.

3. M. Seabra Fagundes, já dizia que “*o controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.*” (FAGUNDES, M. Seabra, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 108).

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

I – os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis;

II – os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 52 desta Lei;

III – o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

IV – a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

V – o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;

VI – os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

VII – a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.⁴

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Anderson Morais Diniz:

REGRAS FORMAIS DE PROCEDIMENTO

O art. 12 apresenta em seu conteúdo uma série de regras procedimentais de atuação dos agentes públicos no processo licitatório. Os incisos III, IV e V tratam de regras de desburocratização, e os demais dispositivos tratam de regras de condução do processo.

FORMA ESCRITA

O inciso I dispõe que todos os atos serão praticados em sua forma escrita. À primeira vista, pode parecer que o dispositivo está em contradição com o inciso

4. Cf. Decreto 10.947, de 2022.

VI, que determina a preferência pela utilização digital dos documentos. Entretanto, um não significa a exclusão do outro. Por documento escrito deve-se entender que está descartada a oralidade ou a informalidade plena na condução do processo administrativo, o que é correto, já que a produção de documentos escritos tem por finalidade o controle e a transparência dos atos administrativos, o que seria impossível de ser realizado de outra forma. Desta feita, todos os atos praticados no curso do processo licitatório devem ser realizados em sua forma escrita e, mesmo aqueles produzidos com certa oralidade, devem ser atermados e juntados aos autos.

MOEDA NACIONAL

O inciso II dispõe que, como regra, os preços fixados nos processos licitatórios devem ser estabelecidos em moeda nacional. A exceção fica por conta da licitação internacional disciplinada no art. 52, em que outra moeda pode ser fixada como parâmetro.

Dúvida remanesce se por moeda nacional entender-se-ia a fixação dentro da licitação apenas da moeda nacional em curso forçado, ou se seria admitida a utilização de fórmula que transformaria a moeda estrangeira em moeda nacional pela taxa cambial do dia ou de outro momento fixado no Edital.

A rigor, não vemos impedimento para que seja estabelecida moeda estrangeira apenas como parâmetro de transformação do valor em moeda nacional. Pensamos que tal possibilidade estaria inserida no art. 487 do Código Civil de 2002: “Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação”.

Assim, tal modalidade não está prevendo o pagamento em moeda estrangeira, mas o pagamento em moeda nacional em quantidade suficientemente equivalente à moeda estrangeira fixada, que seria objeto de conversão com base em parâmetro fixado no edital.

Aliás, há muito vem sustentando a jurisprudência a possibilidade de utilização de moeda estrangeira em contratos, desde que o pagamento seja feito em moeda nacional, através de conversão cambial. Veja-se:

A questão cinge-se à possibilidade ou não de contratação em moeda estrangeira, com pagamento a ser realizado pela conversão em moeda nacional e, como questão secundária, se a conversão em moeda nacional deve ocorrer no momento do ajuizamento da execução ou do efetivo pagamento da dívida. A Min. Relatora esclareceu que a discussão, nesse processo, não gira sob o foco da Lei do Plano Real e sim sob a égide do DL n. 857/1969. O art. 1.º do referido DL veda quaisquer negócios jurídicos que estipulem pagamento em moeda estrangeira. E, por sua vez, o art. 27 da Lei n. 9.069/1995, ao fixar índice oficial de correção monetária, proíbe a indexação em moeda estrangeira. No que concerne ao momento em que se deve proceder à conversão da moeda estrangeira em nacional, os precedentes mais antigos deste Superior Tribunal são no sentido de que deve a conversão ocorrer na data da propositura da ação de execução, ao fundamento de que proceder de modo diverso implicaria negar

o curso legal de nossa moeda. A jurisprudência mais recente adota posicionamento diverso (REsp 119.773-RS, DJ 15/3/1999). *Sob essa ótica, extrai-se que respeitar o curso forçado da moeda nacional não significa proibir a vinculação de um débito à variação cambial, notadamente quando esse débito, como na hipótese, tem como parâmetro caixas de laranja, que são usualmente cotadas em dólares pelo mercado brasileiro (a própria Bolsa de Mercados Futuros da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa faz suas cotações diárias de produtos agrícolas em dólares). A obediência ao curso forçado da moeda nacional implica, indiscutivelmente, a proibição de o credor recusar-se a receber o pagamento da dívida em reais e faz surgir a conclusão de que o momento da conversão em moeda nacional é o do pagamento da dívida, não o do ajuizamento da execução. Precedentes citados: REsp 402.071-CE, DJ 24/2/2003; REsp 239.238-RS, DJ 1.º/8/2000, e REsp 83.752-RS, DJ 13/8/2001. REsp 647.672-SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 14/2/2007.⁵ (destaquei)*

O PRINCÍPIO DA FORMALIDADE MODERADA

O inciso III apresenta o princípio do formalismo racional ou moderado. O formalismo é essencial para que se possa constituir verdadeiramente o procedimento e efetuar o controle sobre os atos praticados pelos agentes públicos. Porém, ele é apenas meio para a consecução do resultado que seria ordinariamente a finalização do processo licitatório com a escolha da melhor proposta para a Administração.

Por isto, não pode e não deve tal princípio ser utilizado como justificativa para a exclusão de licitantes de forma desproporcional ou desarrazoada. Deve-se observar que a finalidade precípua e primária da licitação é o atendimento ao interesse público com a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, de forma que a exclusão de potenciais licitantes teria por conclusão uma menor disputa e a impossibilidade de concretização daquele princípio.

São inúmeros os casos de aplicação do formalismo exacerbado pelos agentes públicos em processos licitatórios, principalmente por entes públicos menos estruturados, como ocorre com os municípios e alguns estados. Aqui vale a lição há muito apresentada pelo saudoso M. Seabra Fagundes, de que:

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem frequentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos.⁶ (grifei)

Em nossa atuação como advogado da área de licitações antes do ingresso na Advocacia-Geral da União, não foram poucos os casos em que tivemos que

5. Informativo STJ n.º 0310.

6. FAGUNDES, M. Seabra, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113-114.

atuar contra aplicação formalista extrema das normas contidas primeiramente no Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, e depois na Lei n.º 8.666, de 1993, cabendo citar alguns casos corriqueiros: a) inabilitação por ausência de carimbo da empresa no documento; b) inabilitação por ausência de rubrica do representante legal da empresa no documento; c) inabilitação pela ausência de certidão negativa estadual de participante isento de inscrição no cadastro de contribuintes estadual, ou de exigência de certidão negativa municipal de participante isento de inscrição nos órgãos municipais; d) desclassificação de proposta por ausência de indicação do CGC (atual CNPJ) no documento; e) desclassificação por indicação, na proposta, de valor com 3 (três) casas depois da vírgula, entre muitos outros.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo”, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes – ‘pas de nullité sans grief’, como dizem os franceses.⁷

Assim, em boa hora a introdução do inciso III em comento, pois visa deixar clara a necessidade de observância da racionalidade nas decisões de habilitação e qualificação dos licitantes, de forma a não excluir participantes ou propostas totalmente viáveis somente por mero erro formal praticado no curso do procedimento ou na documentação. A mensagem constante da norma é a de que, sempre que possível, deverão ser aproveitados os atos praticados ou documentos anexados que contenham erros formais e que não comprometam o conteúdo ou a intenção e que não tragam prejuízo às partes.

Isso, aliás, é o que já vinha decidindo o Tribunal de Contas da União:

De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, embora que de forma oblíqua, sem prejuízo à competitividade do certame.

Sendo assim, aplica-se o princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas ainda as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, parágrafo único, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/1999. Acórdão 7334/2009 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator)

Atente-se para o fato de que, a rigor, toda vez que se adota uma decisão em prol de um licitante, como no caso vertente, o interesse do outro licitante é contra-

7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44.ed. São Paulo: Malheiros, 2020, pág. 267.

riado, pois são concorrentes na disputa. Contudo, o que o princípio do formalismo moderado exige aqui não é a contrariedade formal de qualquer interessado, que sempre existirá em qualquer decisão que se adote no curso do processo licitatório, mas se o aproveitamento do ato ou documento tido por irregular constitui quebra profunda do formalismo necessário à manutenção da isonomia dos participantes.

O que separa o formalismo necessário do formalismo moderado é um fino véu, e a análise, em razão da ausência de aplicação objetiva dos princípios em disputa – princípio da vinculação ao instrumento convocatório e princípio do interesse público – deve ser realizada caso a caso, em concreto, aplicando-se a técnica de interpretação de princípios conflitantes ou harmonização, em que não há a exclusão de um princípio, mas o sopesamento de ambos, dando-se mais prevalência a um em detrimento de outro, de acordo com o grau de irregularidade formal aplicado.⁸

Robert Alexy explica:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

(...)

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (...)

(...)

(...) Se dois princípios colidem – o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem preponderância em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm peso diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁹

Desta forma, quanto mais grave for a irregularidade formal, mais se aplica ao caso o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; lado outro, quanto mais leve for a irregularidade formal, mais se aplica ao caso o princípio do interesse público e o da formalidade moderada.

8. Canotilho também denomina esse princípio de concordância prática; “... Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1188).

9. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-94.

No campo das licitações, é extenso o rol de oportunidades que surgem todos os dias aos que lidam com o tema para a aplicação da regra do sopesamento ou preponderância dos princípios em conflito. Isto ocorre porque a Lei Geral, sendo norma abstrata, não tem condições de prever todas as minúcias do processo administrativo licitatório, o que leva à necessidade de se construir um pensamento que coloque numa balança todas as diversas possibilidades de interpretação e aplicação da norma. Muitas das vezes, o agente público se depara com situações em que precisa relegar a segundo plano o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, principalmente em questões procedimentais, de forma a prestigiar o princípio do interesse público, o da impessoalidade e o da ampla participação.

Tal situação é descrita por H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, entre outros, como sendo “*hard cases*”, situações em que a norma legal não dá uma solução objetiva para o problema, motivo pelo qual aquela deve ser buscada por normas interpretativas, por vezes com integração de princípios. Professor Hart sustenta que, além da abstração da norma, a linguagem humana utilizada é falha e contém várias imprecisões que levam à necessidade de interpretação das normas existentes, podendo existir, para cada fato surgido, uma miríade de opções, o que leva ao aplicador do direito a necessidade de eleger a melhor escolha entre as existentes.¹⁰

Nosso entendimento é de que, no campo da aplicação da preponderância dos princípios em conflito, três deles existem que, a rigor, não admitem flexibilização, levando à nulidade do certame toda vez que algum deles é violado. São eles o princípio da impessoalidade, o princípio do interesse público e o princípio da ampla participação. Por isto, temos chamado tais princípios de tripé principiológico do processo licitatório.

Assim, dentro da miríade de possibilidades existentes, caracterizando a situação como “*hard case*” na terminologia adotada por H. L. A. Hart¹¹, devem ser descartadas,

10. A propósito do tema: HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001; DWORKIN, Ronald. “Hard Cases”. *Harvard Law Review*. Volume 88, Número 6, April 1975.

11. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 334/335. H. L. A. Hart, leciona: “*Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação de direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos com o tendo já uma base no direito existente. É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da «interpretação construtiva» que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin. Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, um a vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias con-*

a nosso ver, toda opção que leve à violação de um destes três princípios, devendo ser privilegiadas as opções que prestigiem o tripé principiológico acima indicado. Claro, o sopesamento deve ser analisado sob o prisma da proporcionalidade e dos efeitos práticos (eficácia e eficiência) do resultado obtido com a aplicação do pensamento interpretativo.

Veja-se, não no campo da licitação, mas no campo do direito administrativo de forma ampla, a norma que limita a velocidade de uma determinada via a até 60 km/h. O cidadão que ultrapassar tal limite, digamos, em 62 km/h, merece ser penalizado? Bom, o entendimento dominante é de que não. Apesar da violação ao princípio da legalidade, não justifica a utilização do aparato estatal, com todos os seus custos, para penalizar um cidadão que ultrapassou minimamente o limite de velocidade, excesso este que, aliás, poderia estar dentro da margem de erro do aparelho de medição, que não é infalível. Seria completamente desproporcional a medida frente aos resultados a serem obtidos pela Administração.

No campo da licitação, tal fato poderia se dar numa situação em que a mera aplicação de determinada regra burocrática prevista no edital levasse à obrigação de contratação de um dos últimos colocados na disputa, eliminando-se os anteriores, o que levaria a um pagamento muito superior ao previsto para o primeiro colocado.

Neste contexto, a nosso ver, a aplicação do princípio da vinculação ao edital não poderia levar à subversão dos demais princípios, notadamente os da impessoalidade, interesse público e ampla participação, de forma que, ou o edital deveria ser interpretado com o objetivo de se encontrar uma ligação de proporcionalidade e razoabilidade apta a sustentar uma reformulação da disputa, ampliando-a novamente, ou toda a licitação estaria fadada à nulidade ou revogação, já que o objetivo maior da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, também não estaria sendo obtido.

Marçal Justen Filho alerta:

É fundamental, ademais, diferenciar as exigências cujo cumprimento é absolutamente obrigatório daquelas que refletem uma mera “solicitação” (por assim dizer) da Administração. Essa distinção não é irrelevante, muito pelo contrário. Há certas determinações sobre a formulação das propostas que facilitam o trabalho da Comissão, mas cuja infração não se traduz em prejuízo aos interesses colocados sob tutela do Estado. Assim se passa, por exemplo, com as dimensões e a cor do papel, o local em que se porá a numeração das folhas e assim por diante. Se o edital estabelecer que a observância de regras dessa ordem será obrigatória, sob pena de desclassificação, criar-se-á um sério problema. É que

correntes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado.”

a regra é puramente formal e sua infração não afeta o conteúdo da proposta. Ou seja, a invalidação da proposta refletiria um formalismo exacerbado e inútil – mas é problemático a Comissão de Licitação ignorar um defeito quando o próprio edital contiver regra generalizada de desclassificação em virtude da mais mínima desconformidade. Por isso, é recomendável que o próprio edital reserve a desclassificação para os defeitos aptos a impedir o conhecimento da proposta formulada ou reveladores de desconhecimento sobre o objeto a ser executado ou algum defeito efetivamente sério e grave, insuperável.¹²

AUTENTICIDADE DE CÓPIA DE DOCUMENTOS

O inciso VI traz, entendemos, retrocesso em relação à redação anterior de similar conteúdo, prevista no art. 32 da Lei n.º 8.666, de 1993. De fato, anteriormente eram considerados como de mesma força probante dos documentos originais as cópias autenticadas, as vistas por servidores da Administração juntamente com o original, e os publicados em Diário Oficial.

Na atual redação, remanesce a força probante das cópias apresentadas ao servidor juntamente com os originais e a declaração prestada por advogado acerca de sua autenticidade, não existindo mais a figura da cópia autenticada em cartório, diminuindo-se, assim, o rol de espécies de cópias que podem ter o mesmo valor probante dos originais.

Pensamos que a norma poderia ter avançado e introduzido a figura da declaração de autenticidade pelo próprio licitante, sem a figura do advogado, notadamente em época de documentos digitais. A exigência da declaração do advogado poderá causar impacto nos pequenos licitantes, que não possuem causídicos à sua disposição para que firmem declaração de autenticidade. Neste aspecto, a norma acaba criando uma burocracia desnecessária.

Alguns poderão considerar que a própria declaração de autenticidade seria um campo vasto à ocorrência de irregularidades e falsidades. Contudo, sob nossa visão, já é tempo de se conceder mais liberdade à atuação dos agentes privados para com a Administração Pública, punindo severamente os que abusarem da liberdade concedida. Não é justo que todo um sistema seja burocratizado e amarrado, gerando maiores custos administrativos, apenas para evitar que alguns cometam ilícitos. Observe-se que irregularidades sempre poderão acontecer, existindo as penalidades para coibi-las.

De toda forma, qualquer cópia apresentada no processo, mesmo as vistas por servidor público ou sob declaração de autenticidade, pode ser objeto de contestação por parte de licitante, o que imporá à comissão de licitação ou a servidor público incumbido a realização de procedimento de verificação de falsidade que, caso confirmada, levará à exclusão do licitante infrator do certame e sua penalização na forma do art. 155, VIII, da nova Lei.

12. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 843.

TÍTULO III DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I DA FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Rachel Nogueira de Souza:

Os contratos administrativos possuem contornos próprios que são distintos dos contratos elaborados no âmbito do direito privado, tendo como principal ponto de destaque o fato de se tratar de acordos de vontade em que pelo menos uma das partes é a Administração Pública, envolvendo o exercício de competências estatais com a finalidade de realização de interesses coletivos e a existência de cláusulas exorbitantes¹. De qualquer forma, também nos contratos administrativos se aplicam os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado como, por exemplo, a *pacta sunt servanda*².

José dos Santos Carvalho Filho³ afirma que o contrato corresponde a instituto antigo destinado à livre expressão de vontade, sendo apenas modernamente que se cristalizou “a ideia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais”,

1. De acordo com Flavio Amaral Garcia: “Os contratos administrativos são ajustes celebrados entre um ente público e um particular com vistas à consecução de um interesse público ou, mesmo, de atividades administrativas inerentes ao funcionamento da Administração Pública. Submetem-se a regime jurídico próprio, que permite a utilização das cláusulas exorbitantes, as quais seriam consideradas ilícitas em uma relação contratual privada. A presença das cláusulas exorbitantes se dá em função da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” (*Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 353).
2. De acordo com Marçal Justen Filho, “no campo do direito privado, contrato costuma ser conceituado como “um ajuste de vontades para criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações”. (...) O contrato administrativo é produzido pela conjugação de atuação conjunta de duas ou mais partes, em que uma delas integra a Administração Pública. (...) Esses acordos têm por finalidade conjugar esforços e, eventualmente, recursos da Administração e de particulares, para obter um resultado que propiciará vantagens para o conjunto de membros da sociedade”. (*Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1163/1164/1165)
3. Nas suas palavras, “toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual” (*Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 181).

figurando o Estado com uma das partes na relação obrigacional⁴. Interessante também são as ponderações Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵:

A expressão *contratos da Administração* é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob o regime público, seja sob o regime privado. E a *contrato administrativo* é reservada para designar tão somente os *ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime de direito público.* (com destaques no original)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, afirma que os contratos administrativos consistem em:

manifestações de vontade recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objetivo a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público⁶.

Há certa controvérsia na doutrina sobre existência ou não de consensualidade nos contratos administrativos⁷. Cláudio Cairo Gonçalves⁸ destaca a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o contrato administrativo se caracteriza pela existência de supremacia de uma das partes, a presunção de

4. Nas lições de Hely Lopes Meirelles, contrato administrativo é “um ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (*Licitação e Contratos Administrativos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.172).
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 290.
6. *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 163.
7. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são três correntes: “1. A que nega a existência de contrato administrativo; 2. a que, em sentido diametralmente oposto acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos; 3. A que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum” (*Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 291). Destaque-se com relação ao primeiro ponto a descrição trazida por Romeu Felipe Bacellar Filho (O contrato administrativo como categoria jurídica. In: *Contratações Públicas – Estudos em homenagem ao professor Carlos Pinto Coelho Motta*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 116), quanto à Otto Mayer (um dos fundadores da moderna ciência do direito administrativo) e Laband (responsável pela publicação em 1876 de obra sobre a teorização do contrato de direito público como espécie de contrato): “Afinal, para Otto Mayer (...) a Administração não poderia contratar, pois lhe cabe mandar unilateralmente. Em razão da subordinação dos indivíduos ao Estado, a Administração somente poderia decidir soberanamente para um caso singular, com ou sem consentimento do interessado. Entretanto, convencido da necessidade de regular conflitos entre a Administração e particulares, que emergiram nos primórdios do Estado de Direito alemão, Otto Mayer sustentava que os tradicionais módulos paritários do direito privado eram inadequados para a Administração Pública que deveria valer-se de um instrumental autoritário funcional à sua qualidade de ‘pessoa superior’ em relação aos particulares”.
8. CAIRO GONÇALVES, Cláudio. *Contratos Administrativos – Tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 112.

legitimidade dos atos administrativos que confere autoridade e que permite o controle e fiscalização do contratante particular, e ainda, as possibilidades de imposição de sanção, além da impossibilidade de invocar o *exceptio non adimplenti contractus*.

Para Marçal Justen Filho⁹, “não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados”. Assim, o que diferenciaria estes contratos seria o regime publicístico com a existência de prerrogativas extraordinárias, cláusulas exorbitantes e competências diferenciadas.

Seriam características do contrato administrativo de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰:

1. Presença da Administração Pública como Poder Público;
2. Finalidade pública;
3. Obediência à forma prescrita em lei;
4. Procedimento legal;
5. Natureza de contrato de adesão;
6. Natureza intuitu persona;
7. Presença de cláusulas exorbitantes;
8. Mutabilidade.

Maria João Estorinho¹¹, por sua vez, aponta três características fundamentais do contrato administrativo, quais sejam: consensualismo, prossecução do interesse público e equilíbrio econômico-financeiro.

Com relação à classificação dos contratos administrativos, estes podem ser de duas categorias de Contratos Administrativos: a) os contratos administrativos de colaboração (corresponde a compras, serviço, obras); b) os contratos administrativos de delegação (constantes nas Leis nºs 8.987/95, 9.472/97, 11.079/04)¹². O artigo 89 desta Nova Lei de Licitações trata dos primeiros contratos.

Pode-se, ainda, classificar os contratos conforme os efeitos para as partes (contrato unilateral ou contrato bilateral), segundo os efeitos para a Administração (contrato de desembolso/ativos ou contrato de não desembolso/passivo), de acordo com os efeitos para o contratado (obrigação de fazer, não fazer e dar).

9. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1165.

10. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 299.

11. ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 118.

12. Há ainda que se atentar para a existência dos contratos de direito privado da Administração Pública, no qual se verifica contrato entre a Administração Pública e o particular, com disciplina do regime de direito privado, sendo o regime de direito público apenas aplicado de forma subsidiária. São exemplos a compra e venda, doação, comodato, regidos pelo Código Civil – vide art. 94 da nova Lei de Licitações.

Outrossim, tem-se os contratos atípicos¹³, uma vez que:

não existe a determinação de que a Administração se valha apenas de contratos típicos (nominados). Ainda reconhecendo que a atividade administrativa se sujeita ao princípio da legalidade, isso não significa que os modelos de contratação tenham de ser previamente definidos em lei. A lei concede autorização para o Estado contratar, mas não fornece parâmetros exaustivos dos modelos de contratação¹⁴.

São gêneros contratuais os contratos de obras, serviços, compras e alienações. Os termos contratante e contratado estão constantes dos incisos VII e VIII do art. 6º desta nova Lei de Licitações. Também consta no referido dispositivo os conceitos de contrato de compra e venda (inciso X), de prestação de serviços (inciso XI) e de obra (inciso XII).

Marçal Justen Filho alerta para o cuidado nos abusos relacionados à supremacia do interesse público, posto que há “um regime de direito público que busca satisfazer o interesse público concreto que o contrato deve servir, sem sacrificar os princípios superiores de justiça e equidade a que todo Estado deve propender”.

O regime jurídico próprio dos contratos administrativos já foi analisado por Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁵, que levantou a tese da natureza mista do contrato administrativo. Carlos Ari Sundfeld¹⁶, por sua vez, aponta para a natureza própria e específica do contrato administrativo, sendo um instituto jurídico com características próprias e inconfundíveis.

Não obstante a existência de regime jurídico de direito público que garanta a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, há que se atentar para a constituição de direito em favor do particular, qual seja: o

13. Vale, neste ponto, transcrever trecho da obra da Professora Odete Medauar que aponta as tendências no uso expandido de técnicas contratuais na gestão pública: “Ampliou-se, de modo significativo, a utilização de contratos no âmbito da Administração Pública e, por conseguinte, aumentaram seus tipos. Daí se mencionar a contratualização nos trabalhos dedicados às tendências ou contornos do atual direito administrativo ou direcionado a outras matérias do direito público. Exemplos são indicados na sequência. Floriano Azevedo Marques cita a ‘administração contratual’, ‘a busca de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que pressiona por novas formas de relacionamento contratual’. Na visão de Caillosse, uma das formas jurídicas de modernização do Estado e da renovação do serviço público se encontra no ‘alargamento do espaço público contratualizado, na contratualização da ação pública’. O mesmo autor, em outra obra, afirma: ‘mediante a experiência contratual uma outra Administração está se construindo, que se dedica a promover políticas de modernização’. Para Chevallier, ‘a contratualização é emblemática da pós-modernidade’; ‘inscreve-se no quadro geral de regras públicas negociadas; sob denominações diversas (cartas, convenções, pactos) se proliferam engajamentos recíprocos que pouco têm a ver com os contratos clássicos” (*O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 268).

14. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1170.

15. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 610.

16. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 219.

equilíbrio econômico-financeiro. Assim, não se está aqui defendendo uma faculdade de alteração unilateral que beneficie economicamente a Administração Pública, tem-se, na verdade, instrumento de realização do bem público.

A base normativa do equilíbrio econômico-financeiro é o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹⁷, no qual se estabelece que o contrato administrativo constitui direito para ambas as partes, de modo que qualquer alteração unilateral das condições que foram acordadas inicialmente deve restabelecer a equação econômico-financeira original. Em outras palavras, deve-se ter em mente que as prerrogativas excepcionais asseguradas ao Estado representam elevação de custo econômico e que, quanto maior as restrições aos particulares, maior o impacto no preço que a Administração terá que desembolsar para a satisfação do interesse público buscado no contrato administrativo respectivo.

Mister trazer também a lume o art. 37, inciso XXI, da Constituição, uma vez que se trata de corolário do afirmado alhures, determinando a necessidade de cláusulas que estabeleçam a obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Rachel Nogueira de Souza:

No que diz respeito ao que dispõe o § 1º¹⁸ do dispositivo ora analisado, estabelece-se que, quando da instrumentalização da contratação, há obrigatoriedade da forma escrita como uma cautela necessária, mas que, obviamente, necessita ser precedida por outros atos que assegurem a publicidade da contratação e dificultem falsidades e ilícitudes. A formalização do instrumento contratual consiste em importante mecanismo para controle interno e externo da Administração Pública, com o objetivo de evitar que haja contratação de origem ou causa desconhecida, de controlar os contratos efetuados pela Administração Pública e facilitar a detecção de irregularidades.

Mesmo que de forma excepcional, a não obediência do § 1º implica em irregularidades; todavia é possível considerar válido o contrato apenas com o descumprimento de alguns requisitos.

17. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

18. Corresponde à redação semelhante à prevista no art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993.

É sempre necessário observar todas as exigências legais imposta para que qualquer ato administrativo seja considerado válido e regular¹⁹, sendo o posicionamento da doutrina a possibilidade de convalidação de atos quando não se tratar de competência outorgada exclusivamente. Ou seja, tratando-se de vícios relativos a objeto, motivo e finalidade, não é possível que estes sejam sanados, em relação à competência e à forma pode haver convalidação²⁰.

Deste modo, há que se atentar para a previsão do art. 55 da Lei nº 9.874, de 1999, que assim dispõe: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Ainda de acordo com o artigo 50, inciso VIII, da mesma Lei, alerta-se para a necessidade de motivação de atos que objetivem aproveitar atos com vícios sanáveis.

Assim, a possibilidade de correção de vícios sanáveis, que correspondem a aspectos relacionados à competência e à forma, diz respeito à atuação a ser realizada no âmbito do controle de legalidade realizado pela Administração Pública sobre os seus próprios atos, tendo como fundamento a autotutela²¹.

Outrossim, todo contrato deve conter os nomes das partes e seus representantes, devendo-se atentar com relação a este ponto às disposições da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados. Esta legislação foi inspirada nos princípios orientados a proteção dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988²², para aplicação sobre qualquer operação de tratamento de dados pessoais.

De acordo com o art. 6º da referida Lei, os princípios do tratamento de dados pessoais são:

I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

19. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, “O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas” (*Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 382).

20. Neste sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 335 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 203.

21. Súmula 473 do STF e REsp 1.348.472-RS do STJ.

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

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

- II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Determina-se, portanto, para a Administração Pública, a necessidade de um tratamento de dados pessoais de acordo com a finalidade pública, o atingimento do interesse público, o compartilhamento dos dados deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e a atribuição legal dos órgãos e das entidades públicas.

Ora, considerando que o Poder Público poderá ser controlador e operador de dados, de acordo com o que dispõe os incisos VI e VII do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, deverá haver uma adequação da referida legislação com os consequentes ajustes nos seus documentos utilizados e isso inclui os contratos administrativos. Assim, no preâmbulo dos contratos é prudente que seja consignado que o procedimento licitatório observará a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e que sejam utilizados apenas os dados estritamente necessários para atender as finalidades do ato, tendo em vista o princípio da finalidade no tratamento da informação previsto no art. 5º, da LGPD.

Por fim, positiva-se a tradição de que os contratos sejam reprodução da letra da lei, todavia, é necessário que os seus termos sejam claros, adequando-se à realidade do caso concreto. Qualquer cláusula que conflite com alguma norma

legal será considerada inválida e o silêncio contratual não corresponde à impossibilidade de aplicação dos princípios legais inerentes ao contrato administrativo.

Flavio Amaral Garcia destaca que a liberdade contratual ampla, observados os limites constitucionais e legais e que o objetivo do contrato é garantir a segurança jurídica das partes e exemplifica a necessidade de conformação das cláusulas sancionatórias, “as quais deveriam estipular gradações das penalidades e condutas reprováveis que pudessem conferir um mínimo de previsibilidade para o particular no curso da relação contratual. A discricionariedade da lei deve ser conformada no contrato para fins de concretização do princípio da segurança jurídica”²³.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Rachel Nogueira de Souza:

O § 2º, por sua vez, aponta para a necessidade do estabelecimento com clareza e precisão das condições para execução do contrato, devendo primar pela consensualidade, de modo que os acordos estabelecidos pelo Poder Público devem afastar a incerteza jurídica ao tratar de forma clara as obrigações das partes, suas responsabilidades, tudo conforme previsto no instrumento convocatório, evitando-se, assim, dificuldades hermenêuticas.

A redação aqui adotada é semelhante a presente no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, permanecendo a mesma utilização do termo “contrato” com significado de “instrumento contratual”, ponto criticado por Marçal Justen Filho²⁴, que afirma que “o contrato é ato jurídico e não se confunde com o ‘instrumento contratual’: documento escrito em que se consolida a vontade das partes e sintetiza o conteúdo e a extensão da avença”.

Outrossim, deverão ser observadas as condições constantes no edital, uma vez que este corresponde a lei do contrato e da licitação. Neste sentido, os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵ também são pertinentes quando esta afirma que “nenhuma cláusula poderá ser acrescentada ao contrato,

23. GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 356.

24. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1175.

25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 300.