

Fernanda Marinela
Rogério Sanches Cunha

Manual de
LICITAÇÕES
E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

5a

edição

revista
atualizada
ampliada

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Do mesmo modo, a Lei n. 14.133/2021 dispõe no art. 148, § 2º que ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez⁹.

A LINDB também impactará nos diversos procedimentos previstos na Lei n. 14.133/2021 quanto a apuração de irregularidade e no processo de responsabilização previsto no art. 158 e seguintes.

Outro aspecto de conexão direta entre as duas normativas é quanto à segurança jurídica, erigida à princípio expresso na nova Lei de Licitações, e preconizada no art. 24 da LINDB. O mencionado dispositivo legal estabelece que a “revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as **orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

Por sua vez, o texto original previa, no art. 172 da Lei n. 14.133/2021, que os órgãos de controle deveriam orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação da nova Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados. Determinava, ainda, que a decisão que não acompanhasse tais orientações deveria apresentar motivos relevantes devidamente justificados. No entanto, o artigo foi vetado sob o argumento que ao criar força vinculante às súmulas do Tribunal de Contas da União,

9 Aplicando o art. 148 da Lei n. 14.133/2021, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu adiar a eficácia de uma decisão que teve o efeito de anular licitação para contratação de serviços de oxigenoterapia e ventilação domiciliar para pacientes do estado de Santa Catarina. A decisão foi proferida no RMS 62.150, julgado em junho de 2021, e, ao analisar o caso concreto, o ministro Sérgio Kukina entendeu que três meses seriam suficientes para que o governo catarinense faça adequação do edital licitatório e novo procedimento, sem comprometer a continuidade administrativa. A decisão destaca, ainda, que o cumprimento desse prazo não fica condicionado à apuração e ao pagamento de perdas e danos eventualmente devidos à atual contratada.

o dispositivo violaria o princípio da separação dos poderes, bem como o princípio do pacto federativo e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecida no art. 18 da Constituição Federal. Inobstante a manutenção do veto do artigo, não há dúvidas de que o art. 24 da LINDB deverá ser observado, vez que preconiza o princípio da segurança jurídica de forma geral.

Por fim, vale ainda tecer breve comentário acerca da responsabilização do agente público estabelecida na LINDB e o seu reflexo nas contratações públicas. O art. 28 da LINDB estabelece que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A Lei n. 14.133/2021, em seu art. 73, prevê que “na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”¹⁰.

Os artigos 12 ao 17 do Decreto n. 9.830/2019, norma que regulamentou a LINDB, traz importantes dispositivos legais acerca da responsabilização do agente público que, sem dúvidas, deverão ser observados por todos que atuam no âmbito das contratações públicas, seja o agente de contratação previsto no art. 8º, ou os demais agentes públicos que farão parte de todo o procedimento licitatório. Assim, não resta dúvida que os dois instrumentos normativos, além de compatíveis e contemporâneos, também são complementares.

10. Interessante registrar que a Instrução normativa SEGES/ME nº 75/2021 estabelece, para o âmbito federal, as regras para designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta. Tal ato normativo, por sua vez, remete à já existente Instrução Normativa nº 5/2017, afirmando que tais regras poderão ser adotadas pela administração federal.

Licitação

1. CONCEITO

Licitação é um **procedimento administrativo** destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

2. FINALIDADE

A licitação tem como **finalidade** viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, visa permitir que qualquer um que preencha os requisitos legais tenha a possibilidade de contratar com o Poder Público, concretizando o exercício do princípio da isonomia e da impessoalidade, e busca ainda a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

(...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de

agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível (STF, ADI 3.070).

Com o advento da Lei nº 14.133/2021 as finalidades do procedimento licitatório passaram a ser elencadas no art. 11, com um rol mais extenso e uma redação mais esclarecedora e objetiva, o que não extrapola muito os contornos previstos na Lei nº 8.666/93 compreendida em sua totalidade. O novo diploma legal estabelece que a licitação visa 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, assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos além de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Observe o quadro comparativo:

▼ Art. 3º da Lei n. 8.666/93	▼ Art. 11 da Lei n. 14.133/2021
<p>Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.</p>	<p>Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:</p> <ul style="list-style-type: none">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.

▼ ATENÇÃO:

De acordo com a nova legislação, o procedimento licitatório deve assegurar não somente a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, mas especialmente assegurar a seleção da proposta apta a gerar **o resultado de contratação mais vantajoso** para a Administração Pública. Nesse cenário, o legislador não quer somente a melhor proposta, mas aquela que apresenta os melhores resultados para o ente público.

Importante ressaltar que a licitação não visa apenas garantir a satisfação do interesse administrativo (da Administração Pública), mas, deve-se entender como expressão de interesse público aquele que pretende satisfazer as necessidades diretas e imediatas decorrentes da execução do objeto do contrato, e, também, ao interesse social, nesse caso, mirando objetivos indiretos e mediatos, que não são menos importantes.

Alguns estudiosos admitem inclusive, que este interesse social pode prevalecer sobre o administrativo, o financeiro e o técnico, como critério de avaliação. Nesse contexto a licitação atende a ideia de função social ou socialidade da Administração Pública, enquanto o contrato administrativo representa um instrumento de progresso social, cumprindo assim as previsões constitucionais de 1988.

Também é relevante observar que o procedimento licitatório sempre teve como objetivos, mesmo que não expressamente declarados, o combate à corrupção, o impedimento de condutas que causem desperdícios dos recursos públicos, bem como não permitir situações caracterizadas como sobrepreço e superfaturamento, além de visar à segurança do cumprimento do contrato.

Considera-se sobrepreço o preço orçado com valor expressivamente superior aos preços de mercado. Por sua vez, o superfaturamento ocorre com dano ao patrimônio público decorrente de medições inadequadas, deficiência na execução ou alteração do orçamento com desequilíbrio em favor do contratado e outras hipóteses. Vale registrar que, esses aspectos estavam espalhados em vários dispositivos e instrumentos da lei, mas não apareciam expressamente como finalidade, o que é uma novidade positiva da nova lei.

O novel diploma legal não somente incluiu outros objetivos, como estabeleceu, expressamente, que a alta administração do órgão ou entidade deve se responsabilizar pela governança das contratações, estabelecendo,

ainda, ser dever destes promover a implementação de 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 legalmente.

O legislador acrescentou também, de forma expressa, no parágrafo único do art. 11 da Lei n. 14.133/2021 o comprometimento da administração pública em promover um ambiente íntegro e confiável, garantindo que as contratações estejam inteiramente alinhadas ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias. Assim, foi acrescentado no texto legal o dever de promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

3. SUJEITOS À LICITAÇÃO

O novo regime legal de Licitações e Contratos Administrativos alterou algumas regras para definir os sujeitos à licitação, adequando-as ao ordenamento jurídico pátrio atual. Pela relevância, é importante fazermos um paralelo entre eles.

Na previsão da Lei nº 8.666, art. 1º, parágrafo único, o procedimento de licitação era obrigatório para os entes e órgãos da **Administração Direta**, isto é, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

Também estabelecia que estavam sujeitos ao procedimento licitatório, como regra, as pessoas jurídicas que compõem a **Administração Indireta**. O fundamento é o mesmo art. 22, XXVII, que dá à União a competência para legislar sobre normas gerais. Entretanto, é imperioso diferenciar o regime de licitação entre as pessoas integrantes da Administração Pública.

A sistemática padrão existente na Lei n. 8.666/93 era aplicada à Administração Direta, autárquica, fundacional, incluindo, ainda, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, como obediência ao art. 37, XXI, da CF.

Todavia, as entidades estatais organizadas, segundo padrões empresariais, quando exploradoras da atividade econômica, poderiam submeter-se a regime próprio, conforme autoriza o art. 173, § 1º, III, da CF. Isso não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas a possibilidade de adotar regras mais simples, dinâmicas e compatíveis com sua natureza

privada. Esse estatuto foi introduzido pela Lei n. 13.303/2016, que, apesar das expectativas na criação de um procedimento mais flexível de contratação, não avançou neste sentido. Lembrando ainda de que há previsão expressa de sua aplicação para as empresas estatais em ambas as atividades, prestadoras de serviços públicos e exploradoras da atividade econômica (*vide* tópico 10.6, deste capítulo). Destarte, com o advento do Estatuto das Estatais, a Lei n. 8.666/93 não mais passou a ser aplicada, tornando o dispositivo legal que abrangia toda administração indireta de forma indistinta, inócuo.

Os **fundos especiais** também estavam na lista dos obrigados a licitar, o que parece uma impropriedade do legislador, visto que, em princípio, a expressão indica certas rubricas orçamentárias ou mera destinação de verbas. “O ‘fundo’ não se constitui em sujeito de direito autônomo. Trata-se de um conjunto de bens e recursos, de titularidade de um determinado sujeito. Portanto, o fundo é objeto de direito, não sujeito”¹. Nesse caso o dever de licitar não é do fundo especial e sim do ente que realiza a sua gestão. Entretanto, excepcionalmente, esses fundos podem ser personificados como autarquias ou fundações públicas, incluindo-se na estrutura da Administração Indireta. Nas hipóteses em que o fundo não tem personalidade, ele não poderá celebrar contrato, sendo parte o gestor do fundo.

Por fim, também estavam sujeitos à licitação, pela égide da Lei n. 8.666/93, os **demais entes controlados** direta ou indiretamente pelo Poder Público. A expressão “controle” deve ser interpretada da forma mais ampla possível.

Para as **organizações sociais** (OS), instituídas pela Lei n. 9.637/98, havia previsão de dispensa de licitação no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93. No entanto, a doutrina sempre interpretou com cautela esse dispositivo, estabelecendo que o texto não afastava a necessidade de licitação para a celebração do contrato principal, denominado contrato de gestão ou contrato-mãe, celebrado com as entidades públicas, dispensando-as, no entanto, para os demais contratos dele decorrentes e já preestabelecidos.

A Lei n. 9.637/98 foi objeto de controle de constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923. Na ação, o Partido dos

1. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 33.

Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionam a disposição sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, bem como o inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações), com a redação dada pela Lei n. 9.648/98, que introduziu uma dispensa de licitação para essas organizações. Apesar da grande divergência, o plenário da Casa decidiu indeferir a medida cautelar reconhecendo a ausência dos pressupostos necessários para seu deferimento, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, especialmente em razão do longo intervalo entre sua publicação em 1998 e o julgamento da medida. Julgado o mérito, a Suprema Corte por maioria de votos, deu interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação para a celebração desses contratos de gestão. Entretanto, tais convênios devem ser conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal. Eis a decisão publicada em 17.12.2015:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI N. 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI N. 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI N. 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. **CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, § 3º, DA LEI N. 9.637/98.** FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. **IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS.** OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (...) **12. A figura do contrato**

de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). 14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei n. 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, 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. 15. **As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei n. 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (...)** 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF,

arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei n. 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais. (...) (ADI 1.923, STF – Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, julgamento 16-04-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe* 17-12-2015) (grifos da autora).

Para as **organizações da sociedade civil de interesse público** (OSCIPI), aplica-se o mesmo raciocínio utilizado para o contrato de gestão nas organizações sociais, pois são instrumentos de natureza similar.

Ocorre, no entanto, que é necessário registrar que a Lei 14.133/2021 não trouxe no rol das hipóteses de dispensa de licitação a mesma previsão contida no art. 24, inciso XXIV da Lei n. 8.666/93.

Importante consignar, ainda, que a Lei n. 13.019/2014 introduziu em nosso ordenamento jurídico as denominadas **parcerias**. Essa lei permite que a administração pública realize, em regime de mútua cooperação, um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de uma relação jurídica estabelecida formalmente entre o poder público e organizações da sociedade civil, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

O marco regulatório havia estabelecido inicialmente um procedimento obrigatório denominado “chamamento público” para selecionar a organização da sociedade civil, tornando-a apta a receber recursos públicos. O chamamento público está conceituado na Lei, em seu art. 2º, XII, que assim dispõe:

(...)

XII – chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

No entanto, com o advento da Lei n. 13.204/2015, as regras para o chamamento público foram flexibilizadas, mantendo-se, entretanto, a sua essência, como por exemplo o rol no art. 30 das situações em que a Administração poderá dispensar o procedimento e, no art. 31, as hipóteses de inexigibilidade, determinando em qualquer desses casos uma justificativa detalhada. O diploma legislativo também define todas as regras para a realização do chamamento desde a elaboração do edital até o julgamento das propostas, dispondo de normas que se assemelham em muito ao processo licitatório.

No caso dos serviços sociais autônomos – segundo entendimento do TCU – essas pessoas jurídicas, se realmente tiverem natureza de serviço social, não sendo um mero uso da terminologia, estão sujeitas à licitação. Entretanto, não precisariam obedecer, na íntegra, à Lei n. 8.666/93, sendo possível a definição de um regulamento próprio de licitações e contratações administrativas, com regras próprias simplificadas, previamente aprovadas pelo TCU (o Regulamento Simplificado do Sistema “S” foi aprovado no julgamento dos autos TC – 001.620/98-3, publicado no *DOU* de 07-08-1998)².

2. A doutrina reconhece o dever de licitar conforme exigências da Lei n. 8.666/93. Entretanto, o Tribunal de Contas da União tem orientação contrária, quando se tratar de verdadeiros serviços sociais autônomos. Para esse órgão “a partir da *Decisão 907/97 – Plenário – Ata 53/97, firmou-se o entendimento de que os Serviços Sociais Autônomos não se subordinam aos estritos termos da Lei n. 8.666/93 e sim aos regulamentos próprios*” (Acórdão 1.337/2003 – 1ª Câmara, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, *DOU* 02-07-2003). O TCU adotou uma solução de consenso, admitindo a adoção de um regulamento próprio para licitações e contratações administrativas, com regras próprias simplificadas, previamente aprovadas pelo próprio órgão, o que denominou Regulamento Simplificado do Sistema “S”, que foi aprovado no julgamento dos autos TC-001.620/98-3, publicado no *DOU* 07-08-1998. Confirmam decisão do TCU que reafirma tal entendimento: “As entidades integrantes do Sistema S (Serviços Sociais Autônomos) não estão obrigadas a utilizar a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. Embargos de Declaração interpostos pelo Conselho Nacional do Sesc contra o Acórdão 1.751/2012-Plenário, prolatado em sede de Recurso de Revisão, buscaram reverter decisão proferida no Acórdão 2.841/2011-Primeira Câmara, que determinara ao referido Conselho que promo-vesse a adequação do seu regulamento de licitações e contratos de forma a tornar obrigatória, sempre que possível, a utilização da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. O relator registrou que **‘o TCU tem o entendimento pacificado de que as entidades do Sistema S, entre elas o Serviço Social do Comércio (Sesc), não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei n. 8.666/1993 e não são alcançadas pelo comando contido no art. 4º do Decreto n. 5.450/2005, que impõe a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União. Tais entidades (...) estão obrigadas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, caput, da Constituição Federal’**. Por fim, destacou que, para resguardar o poder discricionário dos integrantes do Sistema S, ‘as determinações deste Tribunal para modificação das normas próprias dessas entidades devem se restringir aos casos em

Para esclarecer a necessidade de licitação nessas pessoas jurídicas elucidativas são as palavras de Marçal Justen Filho³: “é problemático identificar as atividades por elas desenvolvidas àquela atuação peculiar e própria do Estado, inclusive porque sua submissão aos postulados inerentes à organização administrativa poderia resultar na frustração de seus fins institucionais”.

No mesmo sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴ orienta que o mesmo raciocínio aplicado aos serviços sociais autônomos deve ser utilizado nessas entidades, reconhecendo que, na medida em que são gestores de recursos de origem pública, deveriam prestar contas ao TCU e deveriam submeter-se à Lei n. 8.666/93, enquanto não adotassem regulamento simplificado próprio.

O tema volta a ser discutido a partir do advento da Lei n. 14.133/2021. Tem-se entendido que o novo diploma legal não traz reflexos diretos e imediatos ao Sistema “S”, com exceção na hipótese em que houver eventual transferência voluntária de recursos através de convênios, afinal, neste caso aplica-se o previsto no art. 184, da novel lei. Nesse sentido, o prof. Edgar Guimarães, aborda a temática com as seguintes palavras:

As entidades integrantes do denominado Sistema “S” são qualificadas como Serviços Sociais Autônomos, não integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Brasileira e, portanto, não se submetem aos rigores da disciplina jurídica das licitações constante da legislação aplicável à Administração Pública brasileira. Tais entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que, em razão de gerirem recursos provenientes de contribuições parafiscais e possuem alguns privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, não têm ampla liberdade para contratar bens e serviços, devendo, para tanto, instaurar um processo prévio denominado licitação, como forma de atender os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, dentre outros. Embora estejam obrigadas a licitar, sustentamos que não se sujeitam

que, efetivamente, verificar afronta, ou risco de afronta, aos princípios regentes da administração pública’, o que não era o caso dos autos. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu dar provimento ao recurso, tornando insubsistente a determinação recorrida” (**Acórdão 1.392/2013-Plenário**, TC 028.450/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 05-06-2013) (grifos da autora).

3. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 33.

4. Regulamentos próprios de licitação, Fórum Administrativo, maio 2001, p. 258-263.

aos rigores da ordem jurídica regedora da matéria aplicada à Administração Pública, mas, a regulamentos próprios devidamente publicados, consoante manifestação do Tribunal de Contas da União vazada na Decisão nº 907/1997. Desta forma, em meados de 2006, os Conselhos Nacionais de tais entidades, baixaram atos aprovando Regulamentos de Licitações e Contratos, estabelecendo a disciplina jurídica a ser observada por ocasião das suas contratações. Tais regulamentos, assim como a própria lei federal das licitações, não esgotam totalmente a matéria, sendo possível encontrar algumas lacunas, espaços em branco que, de acordo com nosso entendimento, deverão ser colmatados com a aplicação dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto e não com a adoção obrigatória do regime jurídico da Administração Pública. A aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021 aos processos licitatórios instaurados por entidades do Sistema “S” é, portanto, absolutamente facultativa, tendo em vista a inexistência de norma jurídica que as obrigue a se submeterem às regras da Administração Pública, exceção feita nas hipóteses de transferência voluntária de recursos da União à título de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos. Em que pese a Lei nº 14.133/2021 não ter causado nenhum impacto nos Regulamentos das Entidades do Sistema S, esta é uma boa hora para se promover uma atualização no regime jurídico licitatório e contratual vigente no âmbito do Sistema S. Considerando que tais regramentos datam de 2006, com algumas poucas alterações ocorridas ao longo dos últimos anos, faz-se necessário adequá-los aos avanços sociais, tecnológicos e econômicos da sociedade. Para tanto, sugerimos subtrair da Lei nº 14.133/2021 disposições que possam tornar o processo de contratação mais célere, eficiente e, sobretudo, propiciar o verdadeiro desiderato de uma licitação que é a seleção da melhor proposta para o atendimento de certa necessidade.⁵

Decerto que, não se pode olvidar as novas diretrizes da Lei 14.133/2021 estabelecem boas práticas que poderão ser incorporadas à realizada dos Sistema “S”, cujo atuação é de fundamental importância para gestão pública.⁶

5 GUIMARÃES, Edgar. Nova Lei de Licitações e Contratos. Competência legislativa, âmbito de incidência, vigência e impacto nas leis estaduais, municipais e Regulamentos do Sistema “S”. In: Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações: Lei 14.133/2021 [livro eletrônico]. VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (coordenadora). Pinhais: Editora JML, 2021, p. 21-22.

6 O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro E Pequenas Empresas – SEBRAE tem regulamento próprio para licitações e contratos e, inclusive, em 22 de dezembro de 2021, aprovou Resolução alterando as normas para adequar-se à nova Lei n. 14.133/2021, passando a prever, por exemplo, o diálogo competitivo como modalidade licitatória aplicada. Trata-se da Resolução

Com a edição do novo Marco Legal das Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, os sujeitos à licitação também estão elencados no art. 1º da lei, observe a nova regra:

▼ Lei n. 8.666	▼ Lei n. 14.133/2021
<p>Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.</p> <p>Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.</p>	<p>Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:</p> <p>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;</p> <p>II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.</p> <p>§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.</p>

Com a leitura do novo dispositivo é possível observar que o legislador se utilizou de dois critérios para definir a incidência à Administração Pública e a verificação de qualquer um deles conduz à aplicação das suas normas.

O primeiro é o critério orgânico ou subjetivo, oportunidade em que o texto legal enumera todos os entes da Administração Pública, salvo a existência de norma especial em contrário, como no caso das empresas estatais, sujeitam-se às suas disposições, independentemente de sua natureza.

O segundo é o critério material ou objetivo, nesse caso a norma estabelece a sua incidência a quem exerce função administrativa, ainda que em caráter anômalo ou secundário, como acontece com o Poder Judiciário e Legislativo, que a exercem em caráter auxiliar de suas funções típicas. Observe que essa orientação coaduna com a previsão do art. 37, caput, da Constituição que não se utiliza do conceito subjetivo e abarca, a princípio, todas as relações administrativas, entendidas essas de modo amplo.

CDN Nº 391, que alterou e consolidou o regulamento de licitações e contratos do sistema SEBRAE.

Assim, mesmo estruturas que a princípio não estariam alcançadas pela literalidade do texto, como é o caso do Ministério Público, devem seguir as mesmas regras.

Dessa forma, continuam obrigados a licitar os entes da Administração Direta, ou seja, os entes políticos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, aqui incluídos os órgãos de todos os Poderes, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Para esses dois últimos a norma observa que eles estão sujeitos à licitação quando do desempenho de função administrativa, o que me parece óbvio porque quando esses órgãos estão no exercício de suas funções típicas, estão legislando ou julgando, não há que se falar em procedimento licitatório.

Também estão na lista dos sujeitos à licitação as autarquias e as fundações, os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, orientação que se repete do normativo anterior.

No que tange às empresas públicas e as sociedades de economia mista a nova lei afastou expressamente a sua aplicação considerando que essas empresas ganharam um estatuto próprio através da Lei nº 13.303/16. Entretanto, a norma reconhece a subordinação dessas empresas no que concerne aos crimes praticados em licitações e contratos administrativos, previsão da parte final do § 1º, do art. 1º repetida no art. 185 do novo regramento.

Além dessa situação específica dos crimes, também é interessante alertar a norma prevista no art. 189 que estabelece a aplicação da Lei nº 14.133/2021 para todas as hipóteses previstas na legislação que façam referência à Lei nº 8.666/93, à Lei nº 10.520/02 e à Lei nº 12.462/11, realidade que podemos perceber no estudo de diversos dispositivos da Lei das Estatais (Lei nº 13.303). Dessa forma, considerando que a Lei nº 14.133/2021 passa a ser a norma geral de licitações e contratos naturalmente ela será utilizada quando do silêncio da norma específica.