

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

JULIANA ELEUTÉRIO CARVALHO PISETTA

**LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A RELEVÂNCIA DO
INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES E SUA APLICABILIDADE DIANTE
DA HETEROGENEIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS**

**RIO DO SUL
2023**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

JULIANA ELEUTÉRIO CARVALHO PISETTA

**LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A RELEVÂNCIA DO
INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES E SUA APLICABILIDADE DIANTE
DA HETEROGENEIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo
Centro Universitário para o Desenvolvimento do
Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador: Prof. Me. Carlos Alberto Moraes

RIO DO SUL

2023

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada **“LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES E SUA APLICABILIDADE DIANTE DA HETEROGENEIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS”**, elaborada pelo(a) acadêmico(a) JULIANA ELEUTÉRIO CARVALHO PISETTA, foi considerada

() APROVADA

() REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

_____, _____ de _____ de _____.

Profa. Vanessa Cristina Bauer
Coordenadora do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 5 de novembro de 2023.

Juliana Eleutério Carvalho Pisetta
Acadêmica

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de conclusão de curso, como o próprio nome sugere, representa o encerramento de uma caminhada que não seria possível sem o apoio e o incentivo de pessoas essenciais.

Agradeço, acima de tudo, à Deus, àquele que é meu alicerce e minha fortaleza em todos os momentos.

Ao Ricardo, meu esposo e pai dos meus filhos. Pelo apoio diário, e por tornar mais simples e leve a vida. Obrigada pela paciência, pela presença e pela nossa caminhada juntos.

À minha mãe, que é minha primeira e mais sólida formação, que, apesar das suas limitações, me auxilia com todo o apoio possível, a conciliar a maternidade e as funções de esposa, profissional e estudante.

Ao meu pai, *in memoriam*, que sempre me incentivou e auxiliou na vida escolar e acadêmica.

Aos meus filhos, Ana Clara e Gabriel, por serem a razão do meu cansaço ao mesmo tempo em que renovam minhas forças, por serem o motivo da minha alegria, da minha motivação, a razão da minha vida.

À Reitoria, Coordenação, Equipe de Docentes e todos os Funcionários do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí que com competência e excelência elevam o nome da Instituição.

À Câmara Municipal de Rio do Sul, que por meio da sua Diretoria e Mesa Diretora incentivam constantemente a qualificação e profissionalização de seus servidores.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Prof. Me. Carlos Alberto Moraes, pelo entusiasmo e tranquilidade com que transmite o seu conhecimento nos orientando na construção desse trabalho de curso.

Minha sincera gratidão.

“Tudo o que você vê de bom em mim é Cristo. Tudo de mau, sou eu mesmo.”

João Calvino

RESUMO

O presente trabalho de curso tem como objeto a análise da relevância do instituto da segregação de funções no âmbito das licitações e contratos administrativos e da sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes federativos. Inicialmente, apresenta-se uma abordagem teórica do Direito Administrativo, quanto a sua origem, conceito e objeto, suas formas de expressão e princípios, por se tratar de ramo que disciplina a atuação e o controle da Administração Pública, englobando as Licitações e Contratos Administrativos. Na sequência, passa-se a analisar aspectos diversos do âmbito das licitações e contratos administrativos com o exame dos fundamentos constitucionais e legais, conceitos e princípios específicos bem como sua estrutura com ênfase nas disposições da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com o fim de propor um panorama da matéria e a compreensão do contexto em que o objeto do presente trabalho está inserido. Procede-se após à análise do instituto da segregação de funções, com uma abordagem prévia ainda acerca do controle da administração e das contratações públicas, e por fim, à discussão quanto à relevância do instituto para o controle e probidade das licitações e contratos administrativos bem como sua aplicabilidade frente a heterogeneidade dos entes federativos. O método de abordagem utilizado na elaboração do presente trabalho de curso foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi realizado através da técnica de pesquisa bibliográfica. O ramo de estudo é na área do Direito Administrativo. Nas considerações finais, buscou-se apresentar os pontos essenciais do tema proposto, comprovando-se ao final a hipótese apontada quanto a relevância do instituto da segregação de funções no âmbito das licitações e contratos administrativos e, por sua vez, comprovando-se parcialmente a hipótese relativa à sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes federativos.

Palavras-chave: administração pública; controle administrativo; licitações; segregação de funções.

ABSTRACT

The purpose of this course work is to analyze the relevance of the institute of segregation of functions in the context of bidding and administrative contracts and its applicability given the heterogeneity of federative entities. Initially, a theoretical approach to Administrative Law is presented, regarding its origin, concept and object, its forms of expression and principles, as it is a branch that regulates the performance and control of Public Administration, encompassing Tenders and Administrative Contracts. Next, we analyze different aspects of the scope of bidding and administrative contracts with an examination of the constitutional and legal foundations, specific concepts and principles as well as their structure with an emphasis on the provisions of Law 14,133/2021 – New Law on Tenders and Contracts Administrative, with the aim of proposing an overview of the matter and understanding the context in which the object of this work is inserted. It proceeds after analyzing the institute of segregation of functions, with a preliminary approach also regarding the control of administration and public contracts, and finally, the discussion regarding the relevance of the institute for the control and probity of bidding and administrative contracts as well as its applicability given the heterogeneity of federative entities. The approach method used in the preparation of this course work was inductive and the procedure method was monographic. Data collection was carried out using the bibliographic research technique. The field of study is in the area of Administrative Law. In the final considerations, we sought to present the essential points of the proposed theme, ultimately proving the hypothesis raised regarding the relevance of the institute of segregation of functions within the scope of bidding and administrative contracts and, in turn, partially proving the hypothesis regarding its applicability given the heterogeneity of federative entities.

Keywords: public administration; tenders; segregation of duties; administrative control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

NLLCA	Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos
§	Parágrafo
§§	Parágrafos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
EC	Emenda Constitucional
DL	Decreto Lei
TCU	Tribunal de Contas da União
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
P.	Página
V.	Volume
Ed.	Edição

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. DO DIREITO ADMINISTRATIVO	16
2.1 ESTADO DE DIREITO, DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.2 CONCEITO E OBJETO.....	18
2.3 FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	21
2.3.1 Constituição	22
2.3.2 Lei.....	22
2.3.3 Atos administrativos.....	24
2.3.4 Jurisprudência	25
2.3.5 Doutrina	27
2.4 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	28
2.4.1 Princípio da Legalidade	31
2.4.2 Princípio da Impessoalidade (ou Finalidade)	32
2.4.3 Princípio da Moralidade.....	33
2.4.4 Princípio da Publicidade.....	34
2.4.5 Princípio da Eficiência.....	36
2.4.6 Princípio da Autotutela Administrativa	36
2.4.7 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público	37
3. DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	39
3.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO	40
3.2 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	41
3.2.1 Caput do artigo 5º da Constituição Federal.....	42
3.2.2 Inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal	42
3.2.3 Inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.....	44

3.2.3.1 Da obrigatoriedade de licitação pública e excepcionalidade da contratação direta.....	45
3.2.3.2 Intangibilidade da equação econômica e financeira.....	46
3.2.3.3 Princípio da competitividade	47
3.2.4 Inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal.....	47
3.2.5 Caput do artigo 175 da Constituição Federal.....	48
3.3 DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	49
3.4 DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÉGIDE DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 (NLLCA).....	51
3.4.1 Dos princípios das licitações e contratos administrativos na NLLCA	53
3.4.1.1 Governança.....	55
3.4.1.2 Vinculação ao edital	56
3.4.1.3 Dever de probidade administrativa.....	57
3.4.1.4 Devido processo administrativo.....	58
3.4.1.5 Motivação.....	58
3.4.2 Da estrutura do procedimento licitatório na NLLCA.....	60
3.4.2.1 Fase preparatória (Fase Interna).....	60
3.4.2.2 Fase Externa.....	62
3.4.2.3 Da Fase Contratual	63
4. DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	64
4.1 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	64
4.2 DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA NLLCA.....	66
4.3 SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES: DE BOA PRÁTICA A PRINCÍPIO.....	68
4.4 A LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 (NLLCA) E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	71

4.5 DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES DIANTE DA HETEROGENEIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS	75
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Curso, na área de Direito Administrativo, tem como objeto: A relevância do instituto da segregação de funções no âmbito das licitações e contratos administrativos e sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes federativos.

O seu objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI.

As contratações públicas representam um dos instrumentos utilizados pelo Estado para o atendimento de interesses públicos e coletivos, como atividade inerente à Administração Pública disciplinada pelo Direito Administrativo.

Em razão do impacto das contratações públicas na sociedade, a busca por um processo íntegro, contratos eficientes e economicamente vantajosos é de interesse geral da população e um dever inafastável do Estado, de modo que refletem diretamente na prestação dos serviços públicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 37, inciso XXI, ao reservar espaço às contratações públicas, ratificou a relevância da matéria licitatória, ao estabelecer, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, que as contratações públicas devem ser precedidas de processo licitatório.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que instituiu o novo diploma legal de Licitações e Contratos Administrativos consolidou diversas leis, unificou o regime jurídico relacionado ao tema e introduziu inovações no âmbito das compras públicas, a exemplo da ênfase no planejamento, governança, gestão de competências e o acréscimo de novos princípios elencados no art. 5º da Lei, sobre os quais se destaca a positivação e operacionalização do princípio da segregação de funções no seu artigo 7º, §1º ao vedar a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos.

É neste contexto que na delimitação do tema do presente trabalho levanta-se o seguinte problema: O instituto da segregação de funções é relevante para o controle administrativo e probidade das licitações e contratos administrativos? É aplicável frente a heterogeneidade dos entes federativos?

Para o equacionamento do problema levantam-se as seguintes hipóteses:

a) supõe-se que o instituto da segregação de funções é relevante no âmbito das licitações e contratos administrativos à medida que estabelece relação essencial com o sistema de controle das contratações públicas e a probidade das licitações e da gestão e fiscalização dos contratos administrativos; b) supõe-se que é aplicável frente à heterogeneidade dos entes federativos.

Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho de curso é analisar a relevância do instituto da segregação de funções no âmbito das licitações e contratos administrativos e sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes federativos.

Assim, a conformação deste objetivo geral se desdobra em três objetivos específicos, cada qual analisado em um dos capítulos deste trabalho de curso.

O primeiro objetivo específico se propõe a compreender o Direito Administrativo e alguns dos elementos concernentes ao ramo.

Para tanto, no Capítulo 1, principia-se com a abordagem teórica da origem do Direito Administrativo, seu conceito e objeto, suas formas de expressão e princípios, enquanto ramo que disciplina a Administração Pública, a qual engloba as Licitações e Contratos Administrativos.

O segundo objetivo específico consiste em analisar aspectos diversos do âmbito das licitações e contratos administrativos, com ênfase nas disposições da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Desta forma, o Capítulo 2, trata de examinar os fundamentos constitucionais e legais, conceitos e princípios específicos das licitações e contratos administrativos bem como sua estrutura de conformidade com a NLLCA, com o fim de propor um panorama da matéria em que está inserido o tema proposto.

Como terceiro objetivo específico, pretende-se discutir o instituto da segregação de funções, sua relevância no âmbito das licitações e contratos bem como sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes da federação.

Para tanto, o Capítulo 3 dedica-se ao exame do instituto da segregação de funções, com uma abordagem prévia ainda acerca do controle da administração e das contratações públicas, e por fim, a discussão quanto à relevância do instituto para o controle e probidade das licitações e contratos administrativos bem como sua aplicabilidade frente a heterogeneidade dos entes federativos.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizadas, confirmando-se ou não as hipóteses neste apontadas quanto a relevância do instituto da segregação de funções no âmbito das licitações e contratos administrativos e sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes da federação.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

2. DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito administrativo está intimamente relacionado ao desenvolvimento do Estado de Direito, e tem como escopo a disciplina da atuação da Administração Pública, inclusive das licitações e contratos administrativos, razão pela qual se vislumbra neste Capítulo 1 o estudo sobre referido ramo.

2.1 ESTADO DE DIREITO, DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Precipuamente, importa a compreensão da essência do Direito Administrativo, o qual, historicamente, encontra relação com a concepção de Estado de Direito.

A ideia do Estado de Direito, ao longo da história, foi conduzida pela reação ao arbítrio, construída pelos pensadores alemães do século XIX sob três premissas fundamentais, quais sejam: a tripartição de poderes, o princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição.¹

Quanto ao que consistem referidos postulados, Marçal Justen Filho erude:

A tripartição de poderes consiste na dissociação da organização estatal, de modo a produzir a diferenciação de competências (funções), que são atribuídas a órgãos diversos. Isso produz a limitação do poder pelo modo de sua estruturação (o sistema de “freios e contrapesos”), evitando que um único órgão concentre todos os poderes estatais.

A legalidade significa a submissão dos poderes do Estado ao direito, exigindo autorização normativa para atuação estatal.

A universalidade da jurisdição assegura o controle de validade dos atos estatais, permitindo a responsabilização dos sujeitos que atuarem de modo inadequado.²

O Direito Administrativo tem origem nas Revoluções que acabaram com o antigo regime absolutista oriundo da Idade Média. Integra disciplina própria do Estado Moderno, ou, do denominado Estado de Direito, pois somente a partir deste se passou

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 11 set. 2023.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 11 set. 2023.

a cogitar a delimitação da organização do Estado-poder e da sua ação por meio de normas no que tange as prerrogativas dos governantes, quanto as suas relações recíprocas, e do mesmo modo, nas relações com os governados. O Direito Administrativo, somente se formou como disciplina autônoma, na verdade, quando o processo jurídico para atuação do Estado-poder foi prescrito.³

Anteriormente à afirmação do Estado de Direito, a atividade do Estado era alheia ao direito. A prevalência do ordenamento jurídico, cujo topo figura a Constituição, sobre a vontade dos governantes, se deu, portanto, em razão da necessidade de controle do poder estatal.⁴

A necessidade de controle da atividade estatal revela a essência do Direito Administrativo, que consiste em disciplinar a atuação da Administração Pública, motivo pelo qual, necessária a breve exposição sobre esta.⁵

Para tanto, utiliza-se da doutrina de Odete Medauar, a qual erude:

A Administração Pública, como objeto precípua do Direito Administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo. Pode ser considerada sob o ângulo funcional e sob o ângulo organizacional.

No aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. [...] Sob o ângulo organizacional, a Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo.⁶

Sob uma concepção mais extensiva, sustenta-se que a Administração Pública é inerente ao exercício da função administrativa, ainda que esta seja acessória, abrangendo deste modo, todos os entes estatais. Assim, a Administração Pública não estaria atrelada somente ao Poder Executivo, mas ao Judiciário e Legislativo haja vista que estes também desempenham, ainda que secundariamente, atividades

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 12 set. 2023. p. 33.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43.

⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43.

administrativas. Administração Pública e Poder Executivo, portanto, não são sinônimos.⁷

Ainda, no que concerne a Administração Pública, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona:

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparta a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.⁸

Em um comparativo ainda, entre Administração e Governo, Hely Lopes Meirelles, ao citar que: “[...] governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica”⁹, aponta para uma questão relevante, qual seja, a neutralidade e a vinculação ao ordenamento em que se pauta, ou deveria se pautar a atividade administrativa.

De modo geral, não se verifica uma definição unânime e absoluta quanto a Administração Pública, e é neste sentido que Odete Medauar aduz que: “Sempre houve dificuldade de fixar com precisão o conceito de Administração Pública. Diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações.”¹⁰

2.2 CONCEITO E OBJETO

De modo objetivo, conforme alude Odete Medauar: “Em essência, o Direito Administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública.”¹¹

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 12 set. 2023.

⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 12 set. 2023. p.93.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

A Administração Pública, por sua vez, se constitui de pessoas e órgãos que exercem a função administrativa, para tanto, o Direito Administrativo, como ramo do direito público, visa discipliná-los.¹²

O direito administrativo compreende, primordialmente, a atuação da Administração Pública inserida no Poder Executivo, cujo detém o poder e atribuição de exercer atividade administrativa com repercussão imediata na coletividade, como sua atividade inerente e típica. Como exemplo cita-se o calçamento de ruas, coleta de lixo, ensino público, construção de estradas. Quanto ao Poder Legislativo, sua função típica é a elaboração da lei e fiscalização do Executivo, contudo, há uma estrutura de apoio que executa atividades administrativas que visam propiciar o exercício da sua função típica, sem que reflitam imediatamente na coletividade. Tal qual ocorre com o Poder Judiciário, visto que sua função típica é a atuação do direito objetivo e a pacificação social; sendo necessário, para tanto, uma estrutura administrativa de apoio.¹³

Além do Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem, portanto, atividades administrativas, ainda que de apoio, sendo regidas pelo Direito Administrativo. Desse modo, as compras de materiais para suprimento de suas necessidades e respectivos contratos de fornecimentos firmados por cada Poder, por exemplo, submetem-se às mesmas normas, e, portanto, devem ser, em regra, precedidas de licitação.¹⁴

Em se tratando ainda da definição de Direito Administrativo, diversos autores adotam o critério da Administração Pública sob o entendimento de que o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem aquela. Entre os quais, Zanobini, Cino Vitta, Laubadère, Gabino Fraga, Otto Mayer, Jean Rivero. Da mesma forma, no direito brasileiro, adotam o critério; Ruy Cirne Lima, Fernando Andrade de Oliveira, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, e outros.¹⁵

¹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p.33.

¹³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 32-33.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 32.

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 13 set. 2023. p.89.

Igual critério é adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual assevera:

Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o Direito Administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.¹⁶

Elenca-se ainda os temas regulados pelo Direito Administrativo, entre os quais o processo de licitação e o controle da administração pública, conforme se depreende da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

- a) Administração Pública, em sentido subjetivo, para abranger as pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que exercem a função administrativa do Estado; aí entram os órgãos administrativos que integram a Administração Direta, as entidades da Administração Indireta, os agentes públicos;
- b) Administração Pública em sentido objetivo, ou seja, as funções administrativas do Estado, a saber, serviço público, polícia administrativa, fomento, intervenção e regulação;
- c) as entidades paraestatais (como os serviços sociais autônomos) e as entidades do chamado “terceiro setor”, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPS, as organizações da sociedade civil, as entidades filantrópicas, as declaradas de utilidade pública e outras modalidades com as quais a Administração Pública tenha algum tipo de vínculo;
- d) o regime jurídico administrativo, abrangendo as prerrogativas, privilégios e poderes da Administração (a chamada *puissance publique* dos franceses), necessários para a consecução do interesse público, bem como as restrições necessárias à garantia dos direitos individuais, em especial as representadas pelos princípios da Administração Pública;
- e) os vários desdobramentos do poder de polícia e do princípio da função social da propriedade, incidentes sobre a propriedade privada, como as diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada (limitações administrativas, tombamento, desapropriação, requisição, servidão administrativa, dentre outras);
- f) a discricionariedade administrativa, especialmente sob o aspecto dos limites de sua apreciação pelo Poder Judiciário;
- g) os meios de atuação da Administração Pública, abrangendo os atos e contratos administrativos, inclusive o processo da licitação; aí se incluem as várias modalidades de acordos de vontade firmados pela Administração Pública, como as diferentes formas de concessão (de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, patrocinadas e administrativas, estas duas últimas como espécies de parcerias público-privadas), os convênios, os termos de parceria, os contratos de gestão e outros instrumentos congêneres;
- h) os bens públicos das várias modalidades e respectivo regime jurídico, inclusive quanto às formas de sua utilização por particulares;
- i) o processo administrativo e respectivos princípios informadores;
- j) a responsabilidade civil do Estado;

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559646784/>. Acesso em: 13 set. 2023. p.90.

- k) a responsabilidade das pessoas jurídicas que causam danos à Administração Pública;
- l) o controle da Administração Pública, nas modalidades de controle administrativo, legislativo e jurisdicional;
- m) a improbidade administrativa.¹⁷

O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas que disciplinam a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais investidas da função administrativa estatal e da gestão dos bens públicos e privados necessários, visando a realização dos direitos fundamentais da generalidade do povo e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹⁸

Quanto a definição supra, adotada por Marçal Justen Filho, este procede à avaliação crítica do conceito ao discorrer que é suficiente para diferenciá-lo dos demais ramos do direito, mas que apresenta limitações no tocante a uma definição mais precisa haja vista a realidade dinâmica na qual o Estado e as atividades desempenhadas por este estão inseridos bem como a modificação da relação Estado e Sociedade.¹⁹

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que: “Hoje, o Direito Administrativo – de base essencialmente constitucional – foi enriquecido pelos ideais de centralidade e dignidade da pessoa humana, de participação, de transparência, de exigência de motivação, de processualização, de controle social.”²⁰

2.3 FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Não obstante as variações doutrinárias quanto ao tratamento e divisão da matéria, e de alguns autores optarem por utilizar o termo “fontes” enquanto outros adotam o termo “formas de expressão”, o que se objetiva é conhecer as principais

¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 22 set. 2023. p.70.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 19 set. 2023.

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 22 set. 2023. p.38.

formas pelas quais o Direito Administrativo é produzido e constituído como força imperativa no ordenamento pátrio.²¹

2.3.1 Constituição

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, sobretudo após a Constituição de 1988 e respectivas Emendas, se vislumbra a importância da Carta Magna como principal fonte do Direito Administrativo, falando-se em substituição da legalidade por constitucionalidade.²²

Conforme alude Odete Medauar: “A Constituição Federal fornece as bases e preceitos em diversos dispositivos que não se limitam tão somente ao Capítulo dedicado à Administração Pública [...]”.²³

Quanto aos institutos do Direito Administrativo grande parte destes tem fundamento na Constituição, a exemplo da desapropriação, tombamento, requisição, regime do servidor público, regime previdenciário do servidor público, princípios da Administração Pública, licitação, administração pública direta e indireta, controle, direito à informação, serviço público.²⁴

2.3.2 Lei

A Lei, é de modo geral, um dos principais meios de procedência do Direito Administrativo, a exemplo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, Constituição e Lei seriam as únicas fontes primárias do Direito Administrativo:

[...] Atualmente, diante da evolução do Direito Administrativo, em razão dos princípios da legalidade constitucional (CF, art. 5º, II) e da legalidade

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 38.

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 23 set. 2023. p. 75.

²³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 38.

²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 23 set. 2023. p. 75.

administrativa (CF, art. 37, caput), na realidade as únicas fontes primárias do Direito Administrativo são a Constituição e a Lei em sentido estrito. Os demais atos normativos expedidos pelo Poder Público constituem fontes secundárias.²⁵

Na Constituição de 1988 a legalidade é prevista como um dos princípios a que a Administração Pública (direta e indireta) é submetida. Não poderia ser diferente, considerando que o Estado de Direito, referido já no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º, tem o princípio da legalidade como um dos seus fundamentos, ao lado do princípio da judicialidade. Sem ambos não há que se falar em Estado de Direito, ao passo que a Lei, ao mesmo tempo em que trata da garantia de direitos individuais também estabelece os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.²⁶

Conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “No artigo 5º, inciso II, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em vários dispositivos, exige-se lei”.²⁷

Quando se trata de lei como fonte do Direito Administrativo, consideram-se diversas espécies normativas, e conforme o art. 59 da Constituição Federal, incisos II a IV, há as Leis Ordinárias, as quais são as que mais sobressaem quanto a emanção de normas do Direito Administrativo; há também as Leis Complementares, que se diferenciam das Leis Ordinárias pelo quórum de aprovação no Legislativo bem como as matérias objeto destas estão indicadas na Constituição; tem-se a Lei Delegada, a qual é emitida pelo Presidente com o consentimento prévio do Poder Legislativo que irá determinar ainda o conteúdo e prazo para edição; e as Medidas Provisórias que podem ser adotadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, possuindo força de lei, conforme prevê o art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 32/2001, sendo esta comumente utilizada para expedição de normas de Direito Administrativo.²⁸

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p 45.

²⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 75.

²⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 27 set. 2023. p. 76.

²⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 38-39.

No âmbito municipal, a lei orgânica e as leis ordinárias são os principais meios legais de expressão das normas do Direito Administrativo. A primeira é a lei fundamental do município que contém normas de organização e funcionamento.²⁹

Quanto a Lei Orgânica Municipal, cita-se como exemplo, a Lei Orgânica do município de Rio do Sul, a qual possui capítulo específico que trata dos bens públicos municipais, disciplinando institutos como alienação, concessão, permissão e autorização, conforme disposições constantes dos artigos 86 a 88, Capítulo VI – Do Patrimônio Municipal.³⁰

O Decreto-Lei 4657/42 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB -, é elencado ainda como uma importante fonte do Direito Administrativo e de interpretação de outras normas bem como a Lei 13.655/2018 que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657/42, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.³¹

2.3.3 Atos administrativos

Diversos atos administrativos expedidos pela Administração Pública estão inseridos entre as fontes do Direito Administrativo. Embora o poder regulamentar caiba ao Chefe do Poder Executivo nos três níveis federativos, de conformidade com o art. 84, IV, da Constituição Federal bem como respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, mediante decreto, existem outros atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, entre os quais resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa. Menciona-se ainda pareceres normativos e as súmulas editadas no âmbito administrativo, com efeitos vinculantes para toda a Administração

²⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 39.

³⁰ RIO DO SUL (SC). **Lei Orgânica do município de Rio do Sul/SC**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-rio-do-sul-sc>. Acesso em: 20 set. 2023.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 45.

Pública. Todos esses atos têm em comum o fato de produzirem normas com efeitos gerais e abstratos, internos ou externos.³²

Dentre os atos administrativos que revelam o direito administrativo, destaca-se o decreto e a resolução, sendo que o primeiro é privativo do Chefe do Executivo em todos os níveis federativos e utilizado principalmente para regulamentar a lei além de disciplinar matérias não privativas de lei; enquanto as resoluções têm o condão de expressar decisões de autoridades com elevado grau hierárquico ou deliberações de órgãos colegiados como os conselhos.³³

Os atos normativos, desde que expedidos com observância da Constituição e das leis, vinculam as autoridades administrativas. Os atos que os contrariem padecem do vício de ilegalidade, sendo passíveis de correção pelos órgãos de controle, inclusive pelo Poder Judiciário. No entanto, os próprios atos normativos baixados na esfera administrativa são passíveis de apreciação judicial, quando eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade.³⁴

Portanto, os atos normativos estão subordinados à Constituição e à Lei e, portanto, devem ser editados em consonância com estes.

2.3.4 Jurisprudência

No que se refere a jurisprudência como fonte de direito administrativo, apontam-se distinções entre o direito brasileiro e o direito francês ou sistema do *common law*.

Neste sentido, é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No direito francês, de dualidade de jurisdição, o órgão de cúpula da jurisdição administrativa – o Conselho de Estado –, bem como o Tribunal de Conflitos (que resolve os conflitos de atribuição entre as duas jurisdições) criam princípios, teorias e institutos, preenchendo as lacunas da lei. Principalmente na origem da jurisdição administrativa francesa, o seu papel foi muito mais de integração do direito do que de interpretação de legislação, ainda

³² PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 76.

³³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 39-40.

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 79.

praticamente inexistente em matéria de Administração Pública. O seu papel foi de criação do direito. Também no sistema do *common law*, a jurisprudência desempenha importante papel como fonte do direito, uma vez que os precedentes judiciais têm força obrigatória para os casos futuros (princípio do *stare decisis*). No direito brasileiro, o papel da jurisprudência como fonte do direito ainda é mais modesto. O juiz atua muito mais como intérprete do direito positivo do que como criador do direito.³⁵

Contudo, a jurisprudência ganhou relevância no direito brasileiro à medida em que são exaradas decisões judiciais de observância obrigatória, conhecidas como sentenças com efeito *erga omnes*. Há ainda as decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, para as quais, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – Emenda da Reforma do Judiciário – ao art. 102, §2º da Constituição atribuiu-se efeito vinculante às decisões relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, das três esferas.³⁶

Ainda, em relação à natureza da jurisprudência como fonte de Direito Administrativo, como regra geral, a jurisprudência se trata de fonte obrigatória do Direito Administrativo pátrio, mas somente indicativa, facultativa ou orientadora para futuras decisões da Administração Pública e Judiciário, constituindo-se como fonte material do direito. Contudo, nas situações em que produz efeito vinculante, a jurisprudência tem a natureza de fonte formal, pois integra o direito a ser aplicado pelos juízes e pela Administração Pública.³⁷

Demais autores ratificam ainda a relevância da jurisprudência na construção do direito administrativo, a exemplo do que assevera Hely Lopes Meirelles:

A jurisprudência, com destaque para os precedentes, traduzindo a reiteração dos julgamentos num mesmo sentido, influencia poderosamente a construção do direito, e especialmente a do Direito Administrativo que se resente de sistematização doutrinária e de codificação legal. A jurisprudência tem um caráter mais prático, mais objetivo, que a doutrina e a lei, mas nem por isso se aparta de princípios teóricos que, por sua

³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 79.

³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 80.

³⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 81.

persistência nos julgados, acabam por penetrar e integrar a própria Ciência Jurídica.³⁸

A jurisprudência se apresenta como relevante expressão do direito administrativo, exercendo importante papel na sua formação, através das reiteradas decisões do Poder Judiciário em determinados temas. Um exemplo são as decisões do Tribunais nos temas da anulação e revogação do ato administrativo.³⁹

Verifica-se, portanto, o posicionamento da doutrina no sentido de ratificar a relevância da jurisprudência, como fonte material, em regra, para o Direito Administrativo.

Acrescenta-se ainda que, a exemplo do que ocorreu com a Nova Lei de Licitações, vários institutos e procedimentos foram deduzidos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

2.3.5 Doutrina

A doutrina não integra o direito aplicável e por isso tem natureza de fonte material, servindo de fundamentação e de orientação para as decisões administrativas e judiciais bem como para o legislador.⁴⁰

A doutrina se revela a partir de livros, artigos, pareceres, elaborados por especialistas do Direito Administrativo, que através do seu trabalho fornecem, muitas vezes, bases para textos legais, para sentenças e acórdãos e para interpretações.⁴¹

No que toca a influência da doutrina, Hely Lopes Meirelles explicita sua relevância, inclusive na ordenação do Direito Administrativo:

A doutrina, formando o sistema teórico de princípios aplicáveis ao Direito Positivo, é elemento construtivo da Ciência Jurídica à qual pertence a disciplina em causa. A doutrina é que distingue as regras que convêm ao Direito Público e ao Direito Privado, e mais particularmente a cada um dos sub-ramos do saber jurídico. Influi ela não só na elaboração e na

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 45

³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 40.

⁴⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 81.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 40.

interpretação da lei, como nas decisões contenciosas e não contenciosas, ordenando assim, o próprio Direito Administrativo.⁴²

O papel da doutrina para a construção do Direito Administrativo pátrio é de suma importância visto que doutrinadores trouxeram do direito estrangeiro, princípios, teorias e institutos que não eram previstos pelo direito positivo mas que eram amplamente analisadas pelos doutrinadores e aplicadas pelos tribunais, antes mesmo de uma legislação de licitações e contratos como a Lei nº 8.666/93, a exemplo da teoria dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes, bem como das teorias paralelas do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, da imprevisão, do fato do príncipe, do fato da Administração.⁴³

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que: “Embora sem caráter vinculante, a doutrina desempenhou importante papel como fonte material do Direito Administrativo, na medida em que as construções doutrinárias foram sendo incorporadas pelo direito positivo.”⁴⁴, ressaltando, uma vez mais, a importância da doutrina na formação do Direito Administrativo.

2.4 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Duas ideias opostas sustentaram a formação do Direito Administrativo: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, o qual fundamenta o princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; do outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios à Administração Pública.⁴⁵

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia em relação ao particular, com o objetivo de atingir os

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 45.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 81.

⁴⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 24 set. 2023. p. 81.

⁴⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 103.

interesses da coletividade; as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, quando não observados implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração. Diversas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.⁴⁶

Os dois princípios fundamentais decorrentes da bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, os quais informam não somente o Direito Administrativo, mas todos os ramos do direito público; pois a partir deles, todos os demais são construídos.⁴⁷

Por outro lado, Odete Medauar, sustenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular estaria ultrapassado e para tanto, aponta as razões:

Em alguns cursos ou manuais de Direito Administrativo encontra-se a menção ao chamado “princípio” da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esse “princípio” se algum dia existiu, está ultrapassado, por várias razões, aqui expostas de modo sucinto:

a) Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico e incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio do Direito Administrativo.

b) Mostra-se pertinente à Constituição de 1988 e à doutrina administrativa contemporânea a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes numa determinada situação, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo desta função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios.

Até os autores que se afeiram a este princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, da sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses.

c) O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.

d) Tal “princípio” não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas. [...]⁴⁸

No que tange aos princípios, duas importantes fontes ratificam a sua relevância para o Direito, quais sejam, a Constituição Federal de 1988, conforme o §2º do art. 5º,

⁴⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 104.

⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 19 set. 2023. p. 103.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 123.

dispondo que os direitos e garantias expresso naquela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados; e o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que por sua vez, no art. 4º, assegura aos princípios gerais de Direito a “condição de autêntica forma de expressão do direito normativo”.⁴⁹

Na concepção de Odete Medauar: “No Direito Administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de construção recente e não codificado, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação dos seus institutos.”⁵⁰

Os princípios ainda desempenham relevante função na limitação da discricionariedade administrativa quanto a aspectos de oportunidade e conveniência que lhe foram conferidos pela lei. Trata-se de liberdade limitada pela legalidade, que considerada em sentido amplo, abrange princípios e os valores consagrados de forma implícita ou expressa no ordenamento jurídico.⁵¹

Quanto à tipologia o rol de princípios do Direito Administrativo pode variar nos diversos ordenamentos e na doutrina, havendo princípios de maior abrangência, a exemplo do princípio da impessoalidade bem como princípios mais “setorizados”.⁵²

Na Constituição Federal de 1988 há princípios explícitos, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e outros implícitos extraídos pelos doutrinadores. Há também os princípios do Direito Administrativo decorrentes da construção jurisprudencial e doutrinária.⁵³

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito.”⁵⁴

E é sob esta compreensão que se passa ao exame de alguns dos princípios que norteiam o Direito Administrativo e que são inerentes ao objeto do presente

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 123.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 123.

⁵¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 6 dez. 2023. p. 85.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 124.

⁵³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 124.

⁵⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 6 dez. 2023. p. 85.

estudo, ressalvados princípios específicos no que toca às Licitações e Contratos Administrativos, que serão estudados nos capítulos que cuidam da matéria.

2.4.1 Princípio da Legalidade

Originariamente, o princípio da legalidade está vinculado à separação de poderes e a oposição às práticas do período absolutista. A submissão da Administração à Lei e não a vontade da autoridade, proporcionou um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder.⁵⁵

Contudo, segundo Odete Medauar: “Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se uma evolução na ideia genérica de legalidade.”⁵⁶

E neste sentido, se buscou assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, submetendo-se às atividades da Administração, além da Lei, também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988, no caput do artigo 37 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade; e para tanto, a interpretação desse princípio deve abarcar a observância da lei formal como também dos preceitos derivados de um Estado Democrático de Direito de acordo com o que reza o artigo 1º, *caput*, da Constituição; e ainda os demais fundamentos e princípios de ordem constitucional.⁵⁷

Ainda, no tocante ao propósito do princípio em exame, inequívoca a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.⁵⁸

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 125.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 125.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 125.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 85.

Por fim, conforme aduz Hely Lopes Meirelles: “Na Administração Pública não há liberdade, nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a Lei autoriza.”⁵⁹

2.4.2 Princípio da Impessoalidade (ou Finalidade)

Também previsto no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, o princípio da impessoalidade, na concepção de Hely Lopes Meirelles: “[...] nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal.”⁶⁰

Visa-se com o princípio da impessoalidade dificultar atuações geradas por motivações pessoais, represálias, favorecimentos diversos, muito comuns nas licitações, concursos públicos e exercício do poder de polícia. Busca-se, portanto, que a atuação administrativa tenha como fim o interesse de toda a coletividade.⁶¹

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles sustenta que: “A finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público.”⁶²

Como o princípio da finalidade demanda que haja finalidade pública na prática dos atos, impede-se que se busque outro objetivo ou que se o pratique no interesse próprio ou de terceiros. Contudo, o interesse público poderá coincidir com o de particulares, a exemplo dos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, sendo nestes casos lícita conjugação da pretensão do particular com o interesse coletivo.⁶³

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 79.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 82.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 127.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 82.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 83.

2.4.3 Princípio da Moralidade

Sobre o princípio da moralidade administrativa, encontra-se dificuldades para defini-lo tendo em vista a impossibilidade de enquadrar em um ou dois vocábulos o amplo rol de condutas e práticas deturpadoras das legítimas finalidades da Administração Pública.⁶⁴

A imoralidade administrativa teria se desenvolvido atrelada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública, por meio da intenção imoral do agente, se utiliza de meios lícitos para atingir fins irregulares.⁶⁵

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz:

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.⁶⁶

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 que rege a Ação Popular, consagrou a tese que insere o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, ao defini-lo, no art. 2º, parágrafo único, alínea e, como aquele que se constata “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.⁶⁷

Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre ao se considerar o contexto em que ocorre a decisão, quando esta, em regra, destoa do conjunto de regras de conduta regidas pela disciplina geral da Administração. Tem-se como exemplo, a decisão em adquirir veículos de “luxo” destinados a autoridades. Mesmo que esta esteja revestida de legalidade, diante de um contexto de crise financeira,

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p. 120.

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p. 120.

⁶⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p. 120.

redução de gastos e agravamento de problemas sociais, configuraria como imoralidade.⁶⁸

Ademais, tal princípio não está restrito ao administrador, mas também engloba o particular na sua relação com a Administração Pública. Em matéria de licitação por exemplo, são comuns os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa ao referido princípio.⁶⁹

Em síntese, sempre que se constatar, no âmbito da Administração, comportamento desta ou do administrado nas relações jurídicas entre ambos, ainda que revestido de legalidade, que ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, haverá, portanto, ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁷⁰

2.4.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade da atuação administrativa, conjugado ao tema da transparência ou visibilidade está associado à reivindicação geral de democracia administrativa.⁷¹

Ao abordar a temática, Odete Medauar cita que: “Ao discorrer sobre democracia e poder invisível, Bobbio caracteriza a democracia, sob tal prisma, como o “governo do poder público em público”, atribuindo a este último vocábulo o sentido de “manifesto”, “visível” (O futuro da democracia, 1986, p.84).⁷²

Em uma concepção objetiva, Hely Lopes Meirelles conceitua o princípio em exame, no que toca aos atos que produzem efeitos externos:

É a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos. Daí porque as Leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

⁶⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p.121.

⁷⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p.121.

⁷¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 134.

⁷² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 134.

publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.⁷³

Contudo, em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, pois pública é a Administração que o realiza, admitindo-se tão somente sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração previstos na Lei 12.527/2011.⁷⁴

A Lei 12.527/2011, conforme informa o seu artigo 1º dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.⁷⁵

Acrescenta ainda, Hely Lopes Meirelles, que:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), ação popular (art. 5º, LXXIII), “habeas data” (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, §4º) – e para tanto a mesma Constituição assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos “informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da Lei, sob pena de responsabilidade”, ressalvados os casos de sigilo “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (Art. 5º, XXXIII) [...]”⁷⁶

Por fim, a omissão ou desatendimento a publicidade necessária além de deixar de produzir seus regulares efeitos fica sujeita a invalidação em decorrência da falta desse requisito de eficácia e moralidade bem como na falta de publicação não fluem prazos para possíveis impugnações administrativas, anulações judiciais, ou mesmo de decadência ou prescrição para demais ações cabíveis.⁷⁷

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 84-85.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 85.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 12.527, de 12 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 1º out. 2023.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 85.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 88.

2.4.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi inserido entre os princípios constitucionais da Administração Pública previstos no artigo 37, caput, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1988. Também a Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito federal fez referência ao princípio no artigo 2º, *caput*. A Lei nº 14.133, de 2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o inseriu no rol de princípios do seu artigo 5º.⁷⁸

O princípio da eficiência impõe que o exercício da atividade administrativa se dê com presteza, perfeição e rendimento funcional, tratando-se do mais contemporâneo princípio da função administrativa, que já não se limita somente a legalidade, mas a busca por resultados positivos para o serviço público e o atendimento satisfatório em relação às necessidades da sociedade.⁷⁹

2.4.6 Princípio da Autotutela Administrativa

Este princípio impõe que a Administração deve zelar pela legalidade e adequação ao interesse público de seus atos e condutas. Para tanto, verificando a Administração possíveis ilegalidades em seus atos poderá anulá-los por si própria, ou revogá-los quando da inoportunidade ou inconveniência.⁸⁰

Esse entendimento foi consolidado a partir da Súmula 473, editada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual assim prescreve:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁸¹

⁷⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p. 80.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 88-89.

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 140.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>. Acesso em: 1º out. 2023.

Enquanto pela tutela o exercício do controle se dá pela Administração sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se dá em relação aos próprios atos, possibilitando a anulação ou convalidação dos ilegais e a revogação dos inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.⁸²

2.4.7 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Em razão de sua relação com o princípio em foco, cumpre inicialmente elucidar a expressão princípio do interesse público, que conforme define Odete Medauar: “[...] pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Esse princípio vem apresentado tradicionalmente como o fundamento de vários institutos e normas do Direito Administrativo e, também, de prerrogativas e decisões.”⁸³

Do princípio do interesse público, deriva o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor do interesse coletivo, nem renunciar aos poderes que a lei lhe concede, isto porque ela não é titular do interesse público, mas o Estado enquanto representante da coletividade.⁸⁴

Ainda no que tange ao princípio da indisponibilidade do interesse público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, faz referência a Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) para o qual o princípio em comento:

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera)

⁸² PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 1º out. 2023. p. 114.

⁸³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 137.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 99.

em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.⁸⁵

Por não poder dispor dos interesses públicos cuja lei lhe atribui a guarda, os poderes conferidos à Administração têm o caráter de poder-dever. Desta forma a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei a exemplo do poder de sanção quando da constatação de algum ilícito na administração, do exercício do poder de polícia para coibir direitos individuais que confrontam com o bem-estar coletivo, bem como não permitir a liberalidade do dinheiro público. O interesse público é prejudicado à medida que há omissão no exercício de tais poderes.⁸⁶

Neste sentido também é a doutrina de Diogenes Gasparini:

Não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são seus senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA, 107:278) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública. É a ordem legal, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 65), que dispõe sobre essas atividades, possibilitando ou proibindo a disponibilidade dos bens, direitos, interesses e serviços públicos.⁸⁷

A necessidade, por exemplo, de se licitar, via de regra, para as contratações públicas, é obrigação que atende não somente à legalidade, mas ao interesse público. A inobservância desta imposição, fere o interesse público que, sendo indisponível, não poderia ser descumprida.

Neste sentido, dedica-se o Capítulo seguinte ao estudo das Licitações e Contratos Administrativos contemplando os elementos que se coadunam com o objeto do presente estudo.

⁸⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 2 out. 2023. p. 111.

⁸⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 2 out. 2023. p. 111.

⁸⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. *E-book*. ISBN 9788502149236. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149236/>. Acesso em: 02 out. 2023.

3. DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quando um particular efetua uma compra de dado valor econômico, mesmo que intuitivamente, realiza procedimentos de planejamento e seleção antes de contratar o objeto pretendido. Quando da aquisição de um automóvel, por exemplo, ele identifica a sua necessidade, define o objeto apto a tal satisfação, afere os eventuais custos, avalia sua disponibilidade financeira, e por fim, seleciona, no mercado, a melhor proposta para a respectiva aquisição. Para tanto, em razão da indisponibilidade do interesse público, buscando consagrar a isonomia e a impessoalidade, o legislador optou por estabelecer procedimentos formais prévios para a realização desta contratação, objetivando a escolha da melhor proposta possível. Tal procedimento é denominado de licitação.⁸⁸

Frente ao extenso rol de atribuições da Administração Pública, a Constituição prevê a possibilidade de participação de terceiros para a consecução dos objetivos inerentes à atividade estatal. Desta forma, o Estado, além de subsidiado pela arrecadação de tributos oriundos da atividade privada, é também auxiliado por esta quanto ao desempenho de suas atividades, mediante os contratos que celebra, que em regra, devem ser precedidos de licitação conforme adiante se ratifica.

Não há consenso sobre a exata dimensão da participação das compras públicas no país⁸⁹. Contudo, em pesquisa realizada por Ribeiro e Inácio Júnior, pesquisadores visitantes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA -, a mesma apresentou volume médio anual de 12,5% do PIB nacional em compras públicas entre os anos de 2006 e 2017.⁹⁰

Em outro estudo oriundo do IPEA, analisando-se o período de 2008 a 2019 chegou-se à média anual de 12% do PIB nacional⁹¹.

⁸⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 40-41.

⁸⁹ COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20a%20da%20economicidade.pdf. Acesso em: 4 out. 2023. p. 7.

⁹⁰ RIBEIRO, Cássio Garcia; JÚNIOR, Edmundo Inácio. **O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

⁹¹ THORSTENSEN, Vera; et al. **Brasil na OCDE: Compras Públicas**. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

É relevante e expressiva a participação do Estado na economia nacional por meio das contratações públicas, e, portanto, é dever inafastável deste assegurar processos íntegros, contratos eficientes e economicamente vantajosos, os quais irão também refletir na prestação dos serviços públicos, razão pela qual, passa-se ao estudo das normas e princípios que regem as Licitações Públicas, com ênfase na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Um dos meios pelo qual a Administração Pública atua para a consecução de suas atribuições é através da celebração de contratos, contudo, entre a verificação da necessidade de contratar e a formalização do contrato, é por meio da licitação que fornecedores interessados são selecionados, haja vista que a Administração não pode contratar livremente, mas promover os meios para assegurar a contratação da proposta mais vantajosa ao interesse público.⁹²

Objetivamente, Rafael Carvalho Rezende Oliveira define a licitação como: “procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública.”⁹³

Contudo, alinhado a tal finalidade, outros objetivos devem ser observados.

Neste sentido, aponta Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de selecionar e contratar o interessado que apresente a melhor proposta, cumpridos, ainda, os objetivos de garantir a isonomia, de incrementar a competição, de promover o desenvolvimento nacional sustentável, de incentivar a inovação e de prevenir o sobrepreço, os preços manifestamente inexequíveis e o superfaturamento.⁹⁴

⁹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 189.

⁹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 6 out. 2023. p. 27.

⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 6 out. 2023. p. 26.

Por meio da licitação dá-se a possibilidade que interessados apresentem suas propostas, desde que em observância às condições fixadas no Instrumento Convocatório e as normas que regem o contrato a ser celebrado. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com as exigências editalícias, sob pena de desclassificação ou inabilitação.⁹⁵

Por fim, enquanto no Direito Privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, no qual para quem deseja contratar basta a vontade e escolha de quem quer contratar, desde que este também o queira; no Direito Administrativo, a licitação ocorre pela oferta dirigida a uma coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e editalícios; e dentre estas, as que apresentarem propostas, cabendo à Administração a seleção que seja mais conveniente para resguardar o interesse público dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.⁹⁶

3.2 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS

No Brasil, a Constituição é o diploma normativo máximo, e sendo assim, todos aqueles que exercem poder político, que se valem da autoridade do Estado, devem buscar arrimo naquela que os legitima e delinea os contornos de suas atividades. O detalhado regramento da Administração Pública, incluído disposições inerentes ao regime de licitações e contratos, que embora não remetam à essencialidade da estruturação do poder político, fazem parte da Constituição, e por efeito, recebem toda a autoridade dela. Desta forma, qualquer análise que se faça das licitações e contratos administrativos deve partir das disposições constitucionais.⁹⁷

⁹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 6 out. 2023. p. 407.

⁹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 6 out. 2023. p. 407.

⁹⁷ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

3.2.1 *Caput* do artigo 5º da Constituição Federal

Previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal o princípio da isonomia é um dos princípios estruturantes do ordenamento jurídico pátrio, assegurando que os iguais recebam o mesmo tratamento por parte do Estado, o que representa a razão da obrigatoriedade da licitação pública.⁹⁸

A relevância da aplicação de tal princípio no âmbito das licitações e contratos é, de modo inteligível, contextualizada por Joel Niebuhr:

Ocorre que o contrato administrativo implica benefício econômico ao contratado. Então, se a Administração Pública, quer celebrar contrato, por força do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, todos os interessados no benefício econômico dele decorrente devem ser tratados com igualdade, pelo que se lhe impõe a implementação de certos atos e a observância de certas formalidades. Por exemplo, para tratar com igualdade todos os interessados nos benefícios econômicos do contrato administrativo, é necessário que todos eles tenham condições razoáveis de tomar ciência da pretensão da Administração Pública de celebrá-lo e dos termos em que ele está firmado, compreendendo a definição do seu objeto e o esclarecimento das condições que o envolvem. [...] Tudo isso deve ser feito formalmente, valendo-se de processo que se inicia com estudos prévios a respeito das necessidades da Administração Pública, posteriormente com a elaboração de instrumento que convoque os interessados, elucidando todas essas questões, com a publicação dele, com a verificação dos documentos exigidos e com a comparação de propostas.⁹⁹

Verifica-se, portanto, que o princípio da isonomia consubstancia o fundamento da obrigatoriedade, em regra, da licitação, como garantia de que os interessados possam competir entre si com iguais oportunidades.

3.2.2 Inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal

O Inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal determina a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto

⁹⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

⁹⁹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.¹⁰⁰

Contudo o dispositivo em comento deveria ter seu lugar no artigo 24 da Constituição, que trata da competência concorrente, haja vista que a União, dispondo de competência para editar normas gerais, pressupõe-se a competência concorrente dos demais entes para edição de normas específicas de conformidade com as características de cada qual.¹⁰¹

Conforme observa Marçal Justen Filho: “A solução legislativa, que exclui a aplicação da disciplina do art. 24, acarreta um regime jurídico peculiar para essas normas gerais. Ou seja, as normas gerais do art. 22, XXVII, não se confundem com aquelas do art. 24.”¹⁰²

Ademais, Marçal Justen Filho discorre sobre o tratamento peculiar dado a disciplina das normas gerais sobre licitação e contratação administrativa, a saber:

O modelo diferenciado para disciplina das normas gerais sobre licitação e contratação administrativa decorre da relevância do tema.

As contratações administrativas envolvem recursos financeiros muito vultuosos e são o instrumento para assegurar a satisfação de necessidades coletivas de grande relevo. Os problemas políticos, sociais, e financeiros gerados por práticas reprováveis relativamente a licitações e contratações administrativas são notórios.

[...]

A atribuição à União da competência privativa para editar normas gerais sobre licitações e contratações administrativas é uma outra providência para combater a ineficiência e a corrupção. Usualmente, os controles políticos e sociais no âmbito da União são muito mais intensos e rigorosos, reduzindo risco de desvios propiciados por uma legislação local inexistente, insuficiente ou mal elaborada.¹⁰³

O dispositivo ainda divide o fundamento da competência para legislar sobre licitação pública e contrato administrativo, ao dispor que para órgãos da administração direta, autarquias e fundações, busque-se amparo no inciso XXI do art. 37 da

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 de out. de 2023.

¹⁰¹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 18.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 18.

Constituição Federal; e para as sociedades de economia mista e empresas públicas; obedeça ao disposto no inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal.¹⁰⁴

3.2.3 Inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal

Entre os dispositivos constitucionais, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição é o dispositivo de maior densidade para o regime de licitação pública e do contrato administrativo.¹⁰⁵

O dispositivo em apreço, inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, assim determina:

Art. 37. ...

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁰⁶

Em que pese a divisão tratada no Inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, entre Administração direta, autarquia e fundações das empresas públicas sociedades de economia mista quanto aos dispositivos constitucionais, cuja legislação deve defluir, Joel Niebuhr elucida:

Nesse contexto, tende-se, com pressa, a concluir que, afora a Administração direta, autarquias e fundações, os demais órgãos integrantes da Administração Pública não devem obediência às normas estampadas no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, mormente as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que, destarte, se sujeitariam estritamente aos termos do inciso III do §1º do artigo 173.

Todavia, o inciso XXI faz parte do artigo 37 da Constituição Federal, cujo caput indica princípios regentes de toda a Administração Pública, não importando se centralizada ou descentralizada. Por consequência, não é correto excluir, da incidência das normas do inciso XXI do artigo 37 da

¹⁰⁴ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁰⁵ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2023.

Constituição Federal, qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública. Deve-se, nada obstante isso, procurar compatibilizar as normas alinhavadas pelo referido dispositivo com as de outros, entre os quais o inciso III do §1º do artigo 173, do mesmo modo inserto na Constituição Federal, cujo escopo importa em afeiçoar às normas do inciso XXI do artigo 37 às características especiais dos órgãos ou entidades que mereceram, aos olhos do constituinte ou do poder reformador, atenção diferenciada.¹⁰⁷

Trata-se de dispositivo constitucional, portanto, que contém uma série de normas, entre as quais, regras, princípios e normas programáticas de grande relevância para a compreensão sistêmica da licitação pública e do contrato administrativo, sobre as quais passa-se ao estudo.¹⁰⁸

3.2.3.1 Da obrigatoriedade de licitação pública e excepcionalidade da contratação direta

Verifica-se que a CRFB/1988 dispõe de forma expressa sobre dever de licitar como regra geral com vistas a assegurar princípios que norteiam as contratações públicas a exemplo do princípio da isonomia.

Sobre o dispositivo em apreço, transcrito em subitem anterior, Joel Niebuhr procede a uma análise fragmentada, conforme se depreende de sua doutrina:

A parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal é de extrema importância porque reitera o princípio da isonomia, ligando-o umbilicalmente à obrigatoriedade de licitação pública, o que já se extraía dos princípios administrativos. Com esse timbre, o dispositivo também admite a contratação direta, mas assenta que ela deve ser concebida como exceção, jamais como regra, o que por si representa uma espécie de norma programática cuja expressão vincula a atuação do Legislativo e da Administração Pública em licitação pública e contrato administrativo.¹⁰⁹

Ressalta-se ainda que o dispositivo em comento preceitua obrigatoriedade de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Deixa

¹⁰⁷ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁰⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁰⁹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

claro que para o constituinte a licitação pública obrigatória é a que assegura igualdade de condições e não outra qualquer.¹¹⁰

3.2.3.2 Intangibilidade da equação econômica e financeira

A segunda parte do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal sob análise, refere-se às obrigações de ordem econômica e financeira pela Administração Pública nas suas relações contratuais.

Prosseguindo-se com o exame do referido dispositivo Joel Niebuhr, traz elucidações quanto a obrigação de pagamento pela Administração:

O constituinte, após ter confirmado a exigência de obrigatoriedade de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvadas as hipóteses especificadas pelo legislador, preocupou-se com a contraparte da Administração Pública, isto é, com o principal direito do contratado que se resume em receber aquilo que lhe é devido, nas mesmas condições que informaram a elaboração da sua proposta. Daí vem à colação a intangibilidade da equação econômica e financeira, sob a prescrição de que a licitação pública deve ser realizada “com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta [...]”.¹¹¹

Em que pese, os contratos administrativos, em regra, sejam desequilibrados em razão da posição privilegiada da Administração Pública, tal superioridade não alcança a parte econômica e financeira do contrato.¹¹²

Veja-se que a intangibilidade da equação econômica e financeira não se trata de um princípio, mas de regra jurídica. Sendo assim, havendo alterações que afetem de modo imprevisível as condições da proposta, esta deve ser restabelecida independente de ponderações tal qual é feito com os princípios.¹¹³

¹¹⁰ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹¹¹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹¹² NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹¹³ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

3.2.3.3 Princípio da competitividade

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal ainda traz relevante redação no tocante ao princípio da competitividade ao indicar que o legislador no processo licitatório “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”¹¹⁴

O Constituinte buscou desse modo ampliar a competitividade, impedindo que exigências sem quaisquer propósitos sejam aplicadas, devendo-se exigir os documentos conforme prevê o dispositivo, que sejam indispensáveis à garantia do futuro contrato. O que desviar disso é inconstitucional.¹¹⁵

A competitividade atribuída pelo legislador como princípio, enquanto tal, nem sempre pode ser concebido de forma absoluta, permitindo, por vezes, sua relativização em confronto com outro princípio, como o da legalidade. Restando claro, contudo, que a competitividade deve nortear a elaboração do edital e a condução do certame.¹¹⁶

3.2.4 Inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal

Verifica-se a autorização constitucional para que o Estado atue e intervenha na economia, contudo, em situações específicas e observados os fundamentos que norteiam a administração pública.

Tal permissão é verificada na redação do inciso III do §1º do artigo 173 da CRFB/1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

¹¹⁴ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹¹⁵ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹¹⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 96.

[...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [...]¹¹⁷

Apesar de as empresas públicas e sociedades de economia mista estarem vinculadas a restrição consignada no inciso XXVII do artigo 22, que as submete ao inciso III do §1º do artigo 173, a norma contida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição abrange toda a Administração Pública, com princípios constantes do *caput* que regem toda a atividade administrativa, incluídas as empresas públicas e sociedade de economia mista. O próprio inciso III do §1º do art. 173 é claro quanto ao dever de observância aos princípios da Administração Pública pela lei editada com base naquele, neste caso, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016¹¹⁸, remetendo desta forma diretamente ao artigo 37.¹¹⁹

Evidente, por fim, que as normas consignadas no inciso XXI do artigo 37, constituem os fundamentos da licitação pública e do contrato administrativo, vinculando as empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, a título de exemplo, não pode uma Lei editada com fundamento no inciso III do §1º do artigo 173 passar a tratar a contratação direta como regra e a obrigatoriedade de licitação pública como exceção, pois confrontaria não só com o inciso XXI do artigo 37, mas sobretudo, com o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da isonomia.¹²⁰

3.2.5 *Caput* do artigo 175 da Constituição Federal

O *caput* do artigo 175 da Constituição Federal prescreve que é de incumbência do Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público.¹²¹

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

¹¹⁹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹²⁰ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de out. de 2023.

Sobre o dispositivo, evoca-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello com o fim de elucidar as duas modalidades naquele elencadas.

A concessão de serviço público consiste na atribuição da prestação de um serviço público pelo Estado à alguém que admite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e passíveis de alteração unilateral pelo Poder Público, contudo mediante a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, por meio de tarifas cobradas diretamente do usuário do serviço.¹²²

O Estado, vale-se ainda da modalidade de permissão da prestação de serviço público por meio de pessoas de direito privado, tal qual prevê o dispositivo em comento, sobre a qual Celso Antônio Bandeira de Mello, propõe a seguinte definição:

Segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas de usuários.¹²³

Por fim, em ambas as modalidades, tendo em vista que acarretam vantagem econômica ao permissionário ou concessionário, demanda-se a realização de prévia licitação pública, em homenagem ao princípio da isonomia.¹²⁴

3.3 DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Há uma diversidade de normas infraconstitucionais que tratam da licitação, as quais destaca-se: a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei 8.666/1993 (Normas gerais de licitações e contratos administrativos), a Lei 10.520/2002 (Pregão), a Lei Complementar 123/2006, alterada pela LC 147/2014 (Tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte), Lei 8.987/1995 (Concessão de serviços públicos), Lei 11.079/2004

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 678.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 730.

¹²⁴ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

(PPPs), Lei 9.427/1996 (ANEEL), Lei 9.472/1997 (ANATEL), Lei 9.478/1997 (ANP), Lei 12.232/2010 (Licitações de publicidade), Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), entre outras.¹²⁵

Dentre as referidas normas, algumas, passam a constituir o “antigo regime” de licitação pública, quais sejam, a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei 12.462, de 2011) e a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002), isso porque serão revogadas pela Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos -, conforme o disposto em seu artigo 193.¹²⁶

Salienta-se, contudo, que a validade de tais normas foi prorrogada até 30 de dezembro de 2023 por meio de Medida Provisória 1.167/2023¹²⁷ editada pelo atual Presidente.

De modo geral, as referidas leis são regulamentadas por um arcabouço de normas divididas entre decretos, portarias, instruções normativas e outros, o que impõe dificuldades quanto a interpretações e a consequente tomada de decisões em meio aos diversos diplomas normativos, muitos inclusive, contraditórios.¹²⁸

Em um breve resgate histórico, não obstante a existência de marcos normativos mais remotos, o DL 2.300/1986 foi a primeira norma a estabelecer o “estatuto jurídico” das licitações e contratos administrativos, o qual, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que constitucionalizou o tema das licitações e contratos administrativos a exemplo dos arts. 22, XXVII e 37, XXI, foi revogado pela Lei 8.666 de 1993, que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e

¹²⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 26. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

¹²⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 1167, de 31 de março de 2023**. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202011. Acesso em: 12 out. 2023.

¹²⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*

locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹²⁹

No tocante ao “antigo” regime, em especial a Lei 8.666 de 1993, Joel Niebuhr tece suas críticas:

O regime “velho” de licitação pública e contrato administrativo tem como grande protagonista a Lei nº 8666/1993, cuja apresenta modelo de licitação excessivamente burocrático, formalista, engessado e desconfiado. [...] As licitações arrastam-se por meses, é bastante usual que a Administração selecione propostas desvantajosas sob o prisma da qualidade e do preço, contratos não são adequadamente executados, há muitos casos de corrupção e a maioria das pessoas que atuam com licitação pública e contrato administrativo tem medo de sofrer questionamentos de órgãos de controle e acabar respondendo processos administrativos, civis ou criminais. Essas mazelas não podem ser todas atribuídas à Lei n. 8666/1993, mas o que fato é que ela oferece contributo relevante. Um outro modelo de licitação pública e contrato administrativo, que precisa ser fundamento em lei, poderia abrir novos horizontes e perspectivas.¹³⁰

Por fim, a evolução da realidade do mercado, alterações das necessidades da Administração e as inovações tecnológicas provocaram o descompasso entre a Lei nº 8666/1993 e seu objeto, razão pela qual a necessidade de atualização da Lei Geral de Licitações e Contratos, tendo como resposta a esta antiga demanda a sanção da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021¹³¹, sobre a qual, passa-se ao estudo.

3.4 DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÉGIDE DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 (NLLCA)

Após aproximadamente oito anos de tramitação no Congresso Nacional, no dia 1º de abril de 2021, a Lei nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos

¹²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 26. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹³⁰ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*

¹³¹ ZYMLER, Benjamin. Prefácio. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.27.

Administrativos, foi sancionada, constituindo o novo marco normativo do regime geral de contratações da Administração direta, autárquica e fundacional.¹³²

Neste sentido discorre Augusto Coutinho, relator do projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos na Câmara dos Deputados:

Como é esperado em um Estado Democrático de Direito, a Lei nº 14.133/2021 reflete todo o esforço de conciliação de interesses que é inerente ao processo legislativo, compatibilizando, em meio a muitas polêmicas, controvérsias e divergências, especialmente por envolver recursos públicos significativos, contribuições de diversos segmentos do setor privado, da sociedade civil e de representantes de diferentes órgãos e entidades públicos, das esferas administrativa, controladora e judicial. [...] Por isso, ainda que suscetível a críticas e aperfeiçoamentos posteriores, os méritos da NLLC devem ser valorizados, sobretudo por se preocupar com todas as atividades, internas e externas, que determinam os resultados das contratações públicas, com incentivos inequívocos à melhoria da governança e gestão pública.¹³³

Destaca-se uma nova visão do legislador com relação às contratações públicas, o que levou a redução da intitulada “marginalização da legalidade” com sua materialização em regras que permearão todo o “sistema de contratações públicas”, inclusive relações e atividades *internas* da administração pública, juridicamente relevantes para o alcance dos objetivos esperados nas contratações públicas, em especial prover bens e serviços necessários para a consecução dos serviços públicos de modo cada vez mais célere, íntegra, econômica, eficiente e sustentável.¹³⁴

Por sua vez, na concepção de Joel Niebuhr em relação a Lei 14.133/2021:

“Há avanços pontuais, entretanto, a nova lei reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei 8.666/1993. Esse é o maior pecado de uma lei que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.”

¹³² AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021. p. 32.

¹³³ COUTINHO, Augusto. Prefácio. In: MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p.11-12.

¹³⁴ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. Nota dos organizadores. In: MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p.11-12.

Por fim, a Nova Lei de Licitações e Contratos, concebida após anos de debates e aperfeiçoamentos, como todo diploma normativo, foi submetida a aplausos e críticas. Contudo, constitui sem dúvidas um importante avanço às compras públicas, calcando-se basicamente em três pressupostos: cidadania, transparência e tecnologia.¹³⁵

Verifica-se, de modo geral, dois desígnios claros com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quais sejam, a consolidação de normas esparsas relativas às contratações públicas com a busca da sistematização orgânica de procedimentos e a positivação de jurisprudência do Tribunal de Contas da União concernente a matéria.¹³⁶

3.4.1 Dos princípios das licitações e contratos administrativos na NLLCA

Uma das novidades da NLLCA é o extenso rol de princípios elencados no art. 5º, os quais deverão ser observados na aplicação da Lei.

São 22 princípios, entre os quais, os replicados do art. 37 da Constituição Federal e do art. 3º Lei 8.666/1993, acrescentando-se outros além destes, conforme se infere do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).¹³⁷

¹³⁵ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. Nota dos organizadores. In: MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p.11-12.

¹³⁶ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021. p. 33.

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

Os princípios jurídicos são fundamentos básicos que alicerçam o sistema normativo, constituindo a sua essência; mesmo porque, etimologicamente, entende-se como princípio, o início, a base, o ponto de partida, o começo de tudo.¹³⁸

Nenhum sistema ou microssistema normativo será integrado exclusivamente por regras, mas também pelos princípios jurídicos. E o microssistema normativo das contratações públicas é um sistema normativo aberto, composto por normas-regras e normas-princípios – os princípios da contratação pública elencados no art. 5º -, mas também por outros princípios previstos expressamente em dispositivos esparsos da Nova Lei de Licitações e Contratos e outros ainda explícitos ou implícitos no sistema normativo, inclusive, constitucional.¹³⁹

Diante de um aparente conflito entre princípios, há flexibilização, na qual um cede em relação ao outro para se alcançar a solução harmônica. Diante desta tensão dialética, o intérprete deve se valer da ponderação de interesses, frente ao caso concreto, para realizar a aferição do peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas e, preservando o máximo de cada um, na medida do possível, sem que seja afastada por completa a aplicação de um deles.¹⁴⁰

Ainda quanto aos princípios, acrescenta-se o posicionamento crítico de Marçal Justen Filho em relação ao que define como “principiologismo”:

O art. 5º reflete uma concepção que se difundiu amplamente no Brasil, especialmente depois da edição da CF/1988, no sentido de que uma disciplina legislativa recheada de princípios seria a solução mais adequada para os problemas da realidade. [...]

A presente obra consagra posicionamento contrário a essa orientação.

Não se trata de negar a importância normativa dos princípios constitucionais, nem de ignorar que os valores compõem a estrutura do direito.

Adota-se entendimento de que a disciplina infraconstitucional de licitações e contratos administrativos faz-se preponderantemente por meio de regras. Nesses temas, é fundamental reduzir a indeterminação normativa.

A multiplicação de princípios reduz a segurança jurídica. A potencial contradição de soluções propiciadas por múltiplos e diversos princípios amplia o risco de interpretações distintas e conflitantes entre os órgãos administrativos e as instituições de controle. Ainda que a Lei 13.655/2018 tenha introduzido restrições a esse posicionamento abstrato, o “principiologismo” continua a se constituir em uma solução simplista para

¹³⁸ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 68.

¹³⁹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 69.

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. In: TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 77.

problemas jurídicos relevantes. Esse é o fundamento para uma severa crítica ao art. 5º, que é um amontoado não sistemático de princípios e que se presta a fundamentar as mais diversas conclusões a propósito dos assuntos disciplinados pela Lei 14.133/2021.¹⁴¹

Por fim, observa-se que o rol de princípios contido no art. 5º da Nova Lei de Licitações, é meramente exemplificativo, não existindo hierarquia entre eles, incumbindo ao agente público, a observância a todos os princípios, explícitos e implícitos, que formam o microssistema normativo das contratações públicas.¹⁴²

Com o fito de propor breve noção dos princípios que norteiam as contratações públicas, passa-se a um ligeiro exame de alguns deles, já que impossível esgotá-los, destacando-se os explícitos no art. 5º ou implícitos em outros dispositivos da Lei 14.133/2021.

Cumprir observar que alguns dos demais princípios que regem a administração pública e por consequência o regime de contratações públicas, são abordados em outros tópicos do presente estudo.

3.4.1.1 Governança

Na Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - , a governança vem estampada no art. 11, parágrafo único como o mecanismo para que a Administração alcance os objetivos da licitação, prescrevendo que 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* do artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 92.

¹⁴² FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 80.

ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.¹⁴³

A governança engloba processos e estruturas inter relacionadas capazes de viabilizar o alinhamento e a coesão de ações e atores, a redução de conflitos de papéis e pretensões, a eficiência nas atividades e condutas, em vista do alcance de objetivos previamente definidos bem como a otimização do desempenho organizacional.¹⁴⁴

Na sistemática da Nova Lei de Licitações e Contratos a governança das contratações é fundamental, impondo-se à alta administração uma visão estratégica e orientada na estruturação dos processos de aquisição, considerando a gestão de riscos (organizacionais e dos processos de contratação) e a gestão de competências dos agentes públicos envolvidos conforme previsto no art. 7º, *caput* e §1º, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.¹⁴⁵

3.4.1.2 Vinculação ao edital

Conforme clássica lição de Meirelles, citada por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira e Tatiana Camarão: ““O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu”, sendo o “princípio básico de toda licitação”, formando assim, com as demais normas, o bloco de legalidade que regerá a licitação.”¹⁴⁶

Por outro lado, Joel Niebuhr, posiciona-se em sentido diverso quanto a equiparação do edital à Lei:

Acontece que o edital é ato administrativo. Edital não é lei, não tem força de lei, não se equipara à lei, em nenhuma hipótese. Talvez se pretendesse com a expressão explicar que o edital disciplina a licitação pública por meio de normas, nesse sentido comparando-o com a lei. No entanto, essa comparação não é precisa, bem longe disso, causa confusão enorme,

¹⁴³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 81.

¹⁴⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência.** 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021. p. 66.

¹⁴⁵ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência.** 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021. p. 67-68.

¹⁴⁶ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 95.

porque, repita-se, edital é ato administrativo e não é lei. [...]. A consequência prática é que o edital, sendo ato administrativo e não lei, submete-se ao princípio da legalidade, está abaixo da lei. Se o edital se opõe à lei, deve prevalecer a lei. A Administração não goza de autonomia para prever em edital regras que não se compadeçam com a legalidade. [...] O edital é ato administrativo e a vinculação ao edital princípio jurídico-administrativo.¹⁴⁷

O edital, uma vez publicado, vincula as partes, Administração Pública e licitantes que não podem abdicar dos seus termos. À Administração não cabe a realização de exigências não previstas no edital nem deixar de fazer aquilo que fora prescrito nele. Os licitantes, devem o cumprimento dos estabelecido no edital. Trata-se, portanto, do princípio da vinculação do edital.¹⁴⁸

3.4.1.3 Dever de probidade administrativa

De acordo com definição contida no Dicionário Michaelis a probidade pode ser definida como: “Qualidade do que é probo; integridade de caráter; honestidade, honradez, retidão ou integridade que deve ter aquele no exercício público.”¹⁴⁹

A probidade administrativa é um preceito que vincula todo o administrador público, tendo a Lei incluído este princípio, expressamente, entre aqueles específicos da licitação.¹⁵⁰

Para abordar o princípio em apreço é essencial a compreensão do que se considera improbidade e neste sentido é a lição de Anderson Pedra e Rodrigo Monteiro, segundo os quais:

Não se pode considerar como improbidade administrativa um comportamento (ato) simples apenas em desconformidade com a letra da Lei. Improbidade Administrativa não é sinônimo de ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade administrativa qualificada pela desonestidade, pela má-fé.¹⁵¹

¹⁴⁷ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁴⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁴⁹ PROBIDADE. In: DICIONÁRIO Michaelis Online de Português. . São Paulo: Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=probidade>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁵⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 87.

¹⁵¹ PEDRA, Anderson Sant’Ana; MONTEIRO, Rodrigo. **Improbidade Administrativa**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 5.

Improbidade administrativa não se configura, necessariamente, por uma certa irregularidade decorrente de uma inabilidade administrativa em razão de negligência, imperícia e/ou imprudência, pois a Improbidade Administrativa exige o elemento volitivo doloso (arts. 9º e 11) ou culposo, mas com comprovação de efetivo dano ao erário (art. 10, inc. VIII), todos da Lei nº 8.249/1992.¹⁵²

3.4.1.4 Devido processo administrativo

A Administração Pública deve obedecer a demarcação do percurso (procedimento) estabelecido – o devido processo administrativo, o qual sua exigência se apresenta como um elemento que decorre da estrutura de um sistema normativo complexo, sendo necessário que a decisão administrativa adotada seja concebida e tenha sido delineada em um enquadramento instrumental que a legitime.¹⁵³

Entre a verificação das normas envolvidas e das circunstâncias fáticas que estão a exigir a decisão administrativa, há um *iter* a ser percorrido, uma forma a ser obedecida, ou seja, um processo pela qual a decisão é produzida.¹⁵⁴

O devido processo administrativo nos processos de contratação pública deve contar com uma regulamentação adequada, sendo possível somente se houver conhecimento das funções administrativas a serem desempenhadas pela Administração nas contratações públicas.¹⁵⁵

3.4.1.5 Motivação

A motivação consiste na obrigação do agente administrativo externar os fatos e os fundamentos legais que foram considerados para a produção de dado ato

¹⁵² FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 108.

¹⁵³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 117.

¹⁵⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 117.

¹⁵⁵ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 117.

administrativo. Pretende-se, com a motivação, expor o que está por trás, as razões de fato e de direito que conduzem à tomada de decisão dos agentes administrativos e que importam na produção de atos administrativos.¹⁵⁶

Trata-se de critério obrigatório no processo administrativo, que sejam indicados os pressupostos de fato e de direito determinantes da decisão.¹⁵⁷

Contudo, Joel Niebuhr tece suas considerações quanto a obrigação de se motivar a totalidade dos atos administrativos no âmbito da Administração Pública:

A motivação é um dos requisitos para formação válida de determinados atos administrativos de acordo com as prescrições e condicionantes legais. Não existe, a propósito, uma obrigação geral e universal no sentido que todos os atos administrativos ou que todas as escolhas discricionárias da Administração Pública devem ser motivadas. [...] O artigo 2º da Lei 9784/1999 enuncia, entre os princípios do processo administrativo, o da motivação. Contudo, o artigo 50 da Lei 9784/1999 exige a motivação para os seguintes atos administrativos que:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

O artigo 5º da Lei 14133/2021, seguindo mesmo passo da Lei 9784/1999, também incluiu entre os seus princípios o da motivação. Tal qual ocorre com a Lei 9784/1999 deve-se entender que a afirmação do princípio não autoriza reconhecer uma espécie de obrigação geral e universal de motivar os atos administrativos pertinentes às licitações e aos contratos administrativos.¹⁵⁸

Para as licitações e contratos administrativos, o princípio da motivação deve ser compreendido em harmonia com a feição que lhe é dada pela Lei 14.133/2021. Sendo assim, é necessário motivar os atos que refletem sobre a esfera jurídica de terceiros e dentro das demais hipóteses elencadas pelo artigo 50 da Lei 9784/1999, bem como sobre os atos específicos, para os quais, na Lei 14.1333/2021, exigiu-se motivação.¹⁵⁹

¹⁵⁶ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁵⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 87.

¹⁵⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁵⁹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

3.4.2 Da estrutura do procedimento licitatório na NLLCA

A Lei nº 14.133/2021 (NLLCA), assim como a Lei 8.666/1993 propõe uma estrutura segmentada do procedimento licitatório, constituindo na redação da nova lei a delimitação dos dispositivos que correspondem a fase preparatória: Capítulo II do Título II; fase externa: Capítulos IV ao VII do Título II; e fase contratual: Título III.¹⁶⁰

O procedimento licitatório se estrutura por meio das seguintes etapas, elencadas no artigo 17 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
I - preparatória;
II - de divulgação do edital de licitação;
III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
IV - de julgamento;
V - de habilitação;
VI - recursal;
VII - de homologação.¹⁶¹

De modo geral, em conformidade com a doutrina brasileira clássica, o rito de uma licitação constitui duas grandes etapas: uma etapa interna e outra externa.¹⁶²

3.4.2.1 Fase preparatória (Fase Interna)

Reconheceu-se expressamente de que as atividades preparatórias para a elaboração do edital, no âmbito interno da Administração, integram o procedimento licitatório.¹⁶³

A primeira fase é a preparatória (ou de planejamento), prevista no inciso I do art. 17 da NLLCA. Trata-se de fase interna, porque de um modo geral, seus efeitos repercutem somente no âmbito do órgão ou da entidade que intenciona realizar a

¹⁶⁰ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021. p. 63.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁶² FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312.

contratação. Não há, ainda, compromisso firmado do Poder Público com o mercado.¹⁶⁴

Conforme previsto no art. 17 da NLLCA, a abrangência do procedimento licitatório, implica que a validade do edital sucede não somente da sua compatibilidade com as normas jurídicas. Também é impreterível que as regras e soluções contempladas no edital tenham respaldo pelas atividades e atos praticados ao longo da fase preparatória.¹⁶⁵

Em relação a fase preparatória, esta é pormenorizada no art. 18 da Lei Federal nº 14133/2021, conforme se transcreve:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

¹⁶⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312.

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. [...].¹⁶⁶

Ressalta-se a relevância da fase preparatória, no que diz respeito à construção do certame bem como da execução contratual. Por fim, o artigo 18 da Nova Lei de Licitações e Contratos demonstra a importância dessa fase, indicando que as decisões tomadas nesta etapa impactarão ao longo de todo processo de licitação e execução do contrato.¹⁶⁷

3.4.2.2 Fase Externa

Com o início da fase externa, a Administração sinaliza a sua pretensão de contratar por meio da divulgação oficial do edital da licitação, com o fim de convocar os interessados a apresentarem as suas propostas.

A etapa externa se constitui pela divulgação do edital de licitação, perpassa pela apresentação de propostas e lances, quando for o caso; pela fase de julgamento; habilitação; fase recursal e se encerra com a homologação do certame pela autoridade superior, conforme elenca o art. 17, incisos II ao V da Lei 14.133/2023.¹⁶⁸

Acrescenta-se que o art. 8º da Lei 14.133/2021 traz ainda a novidade do responsável pela condução do processo licitatório, o agente de contratação, cuja participação é vinculada à fase externa da contratação.¹⁶⁹

Ressalva-se que o agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio, poderá ser substituído por equipe de contratação, ou ainda ser designado como pregoeiro a depender da ocorrência das situações elencadas no art. 8º na NLLCA.¹⁷⁰

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁶⁷ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229.

¹⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁶⁹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos." Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

3.4.2.3 Da Fase Contratual

Após a fase externa e findo o procedimento licitatório, vislumbra-se, por fim, a fase contratual, haja vista que a licitação não é fim em si mesmo, mas um instrumento apto ao alcance de uma finalidade, qual seja, a contratação pública.

De plano, cumpre-se uma breve exposição acerca do contrato administrativo.

Nesta toada, inteligível a definição de Odete Medauar:

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da Lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato em meio de sua execução. Essas peculiaridades é que caracterizam o contrato administrativo e o distinguem do contrato privado [...].¹⁷¹

O contrato administrativo pode ser entendido ainda como uma espécie de avença entre a Administração e terceiros, na qual, a manutenção do vínculo e as condições preestabelecidas se submetem a imposições de interesse público passíveis de alterações, seja por força de lei, em razão das cláusulas pactuadas ou em razão do objeto, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁷²

Quanto ao acompanhamento da execução do contrato, este envolve a verificação da conformidade (fiscalização) da prestação do objeto e a supervisão (gestão) da relação contratual, de forma a assegurar o perfeito cumprimento das obrigações estabelecidas.¹⁷³

Para tanto, Ronny Charles Lopes de Torres assevera, diante da complexidade das relações contratuais pactuadas pelo Poder Público, que: “vem se exigindo que esse acompanhamento seja dividido em funções de gestão e de fiscalização para que se respeite a segregação da função de supervisão e tomada de decisão das funções de acompanhamento mais direto.”¹⁷⁴

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 205.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 577.

¹⁷³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 671.

¹⁷⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 671.

Haja o exposto, adentra-se por fim, ao último Capítulo, no qual, objetiva-se investigar o instituto da segregação de funções e sua relevância no âmbito das licitações e contratos administrativos, razão pela qual se propôs, no Capítulo que se finda, um panorama geral das licitações e contratos, com fulcro na Constituição Federal de 1988 e Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quanto às disposições, que julga-se como pertinentes à problemática apontada na presente monografia.

Busca-se ainda, ao final, a análise da aplicabilidade do instituto da segregação de funções frente a heterogeneidade dos entes federativos.

4. DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para a compreensão da íntegra do contexto em que o tema do presente Capítulo está inserido, propõe-se ainda, previamente, uma breve abordagem sobre o controle da administração e das contratações públicas, a fim de estabelecer uma ordem lógica acerca da solução do problema apontado na introdução desta monografia. Adentrando-se na sequência, ao bojo do presente estudo.

4.1 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, na sua atuação, deve se pautar na legitimidade, tendo como base as normas concernentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo, inclusive quanto à conduta de quem pratica os atos discricionários. Há situações em que o interesse público impõe a verificação da eficiência ou utilidade do serviço ou ato administrativo, exigindo sua modificação ou supressão, ainda que revestida de legalidade, porém inútil, ineficiente, inoportuna ou inconveniente à coletividade. Sendo assim, os Estados de Direito, quando da organização de sua Administração, fixam, portanto, a competência de seus órgãos e agentes e

estabelecem os tipos e formas de controle de toda a atuação administrativa, visando a defesa da própria Administração e dos direitos dos administrados.¹⁷⁵

Em sua doutrina, Odete Medauar, aponta a relação do controle com a democracia e para tanto cita que: “Bobbio vincula a possibilidade de controle – controlabilidade – com democracia e incontrolabilidade com arbítrio (cf. O futuro da democracia, 1986).”¹⁷⁶

Nesta toada, Odete Medauar assevera ainda que: “O tema controle também se liga à questão da visibilidade ou transparência no exercício do poder Estatal, sobretudo da Administração, inserida no Executivo, hoje o poder hegemônico.”¹⁷⁷

O tema possui, ainda, relação profunda com a corrupção na medida que quanto mais efetivos se mostrem os mecanismos de controle sobre a Administração, mais reduzidos seriam os índices de corrupção. É inequívoca a necessidade de controles inseridos no processo de poder, os controles institucionalizados. Sobre tal, lembra-se a afirmação de Montesquieu de que “É necessário, que pela natureza das coisas, o poder detenha o poder”.¹⁷⁸

Quanto às tipologias do controle, em que pese as clássicas indicadas por Seabra Fagundes, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, as quais expressam o cuidado e reflexão dos autores com o tema, adota-se o critério do agente controlador para distinguir as espécies de controle incidentes sobre a Administração.¹⁷⁹

No tocante, portanto, a distinção das espécies de controle com fundamento no critério apontado acima, Odete Medauar leciona:

Quando o agente controlador integra a própria Administração, está-se diante de um controle interno, exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades da Administração indireta. Se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à Administração, qualifica-se como controle externo, situando-se nesta espécie, o controle realizado por instituições políticas, por instituições técnicas e por instituições precipuamente jurídicas.

O controle da Administração pode revestir-se das seguintes modalidades:

a) Quanto ao aspecto em que incide: a1) controle da legalidade, visando À legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; a2) controle do mérito; a3) controle da “boa administração” (eficiência, produtividade, gestão);

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 675.

¹⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 391.

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 391.

¹⁷⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 391.

¹⁷⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 391.

- b) Quanto ao momento em que exerce: b1) controle prévio, por realizar-se antes da eficácia da medida ou decisão; b2) controle concomitante, que se efetua durante a realização da medida ou ato; b3) controle sucessivo ou a posteriori, realizado após a edição do ato ou adoção da medida;
- c) Quanto a amplitude: c1) controle de ato, por incidir sobre atos específicos, considerados isoladamente; c2) controle de atividade, por abranger um conjunto de atuações;
- d) Quanto ao modo de desencadear: d1) controle de ofício, por iniciativa do próprio agente; d2) controle por provocação, quando pessoas, entidades, associações, solicitam a atuação do agente controlador; d3) controle compulsório, que se realiza necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.¹⁸⁰

Em relação a sua finalidade, o controle visa assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios oriundos do ordenamento jurídico, como o da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrangendo ainda o controle chamado de mérito que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.¹⁸¹

4.2 DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA NLLCA

No tocante ao controle das contratações públicas, conforme salienta Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “A nova Lei de Licitações estabelece normas específicas sobre a gestão e o controle das licitações e contratações públicas, o que representa relevante avanço em relação à Lei 8.666/1993.”¹⁸²

Verifica-se que a NLLCA destina um capítulo específico para tratar sobre o tema, no qual, para fins de estudo concernente ao objeto desta monografia, examina-se o art. 169 e seu teor sobre o controle interno, englobando tanto os órgãos de controle interno como a atuação dos agentes públicos que exercem suas funções dentro do órgão.

¹⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020 p. 392.

¹⁸¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 out. 2023. p. 931.

¹⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 21 out. 2023. p.502.

A NLLCA, instituiu, portanto, três linhas de frente para atuação dos órgãos e agentes, conforme se depreende do art. 169, abaixo transcrito:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.¹⁸³

O art. 169, da NLLCA ainda prevê, em seus §§1º, 2º, 3º e incisos I e II a responsabilidade da alta administração pela implementação das práticas constantes do *caput* bem como das medidas e observações dos órgãos e agentes para o cumprimento dos dispositivos.¹⁸⁴

Dá-se, portanto, ênfase, além do controle social, ao controle preventivo das contratações públicas como atividade permanente e contínua, permeando o planejamento das contratações públicas até a execução do contrato.

Na doutrina de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, este expressa seu posicionamento positivo em relação às disposições contidas no art. 169 da NLLCA:

De forma positiva, verifica-se a maior preocupação legislativa com a governança pública, destacando-se a relevância da gestão de riscos e do controle preventivo que auxiliam para eficiência e diminuem os riscos da prática de irregularidades nas contratações públicas. Destaca-se que as hipóteses de controle institucional elencadas no art. 169 da nova Lei não são taxativas, uma vez que não impedem outras formas de controle preventivo, inclusive por parte do Ministério Público.¹⁸⁵

Por fim, a NLLCA supera a ideia da existência nas contratações públicas de haver na Administração Pública uma zona subtraída do domínio legal e suprime

¹⁸³ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 out. 2023

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 22 out. 2023. p. 502.

espaços marginalizados da Lei, com a delimitação de normas que contemplam todo o sistema de contratações públicas, desde a estrutura organizacional, processos de trabalho, recurso humanos por exemplo a questões pontuais, a exemplo da fase interna, fase externa e execução contratual do processo de contratação. Portanto, a NLLCA subordina à lei toda a atividade administrativa, interna e externa, decisivas para os resultados das contratações públicas.¹⁸⁶

4.3 SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES: DE BOA PRÁTICA A PRINCÍPIO

Apesar de não haver disposição expressa na Lei nº 8666/1993 relativa a Segregação de Funções, é possível encontrar o seu antecedente no Decreto-lei nº 2.300/86, norma reguladora das licitações no período anterior à Constituição Federal de 1988. O artigo 57 do Decreto-lei nº 2.300/86 dispunha sobre um “representante da administração”, com a atribuição de acompanhar a execução e fiscalização de contrato administrativo.¹⁸⁷

Há também, previsão expressa da segregação de funções na Instrução Normativa nº 1, de 6 de abril de 2001, do Ministério da Fazenda, a qual estabelece que é obrigatória a “separação entre as funções de autorização/aprovação de operações, execução, controle e contabilização, de tal forma que nenhuma pessoa detenha competências e atribuições em desacordo com este princípio”. Visualiza-se, a partir daí, uma semente do que vem a ser a segregação de funções.¹⁸⁸

Cumprе esclarecer que a segregação de funções nunca foi norma legal, regra nem princípio jurídico, mas considerada como uma espécie de boa prática contábil, em especial para efeito de controle, separando-se quem autoriza e controla dada despesa de quem a executa. A premissa é que a produção de certos atos gera conflito de interesse e, portanto, para evitar desvios, os tais atos devem ser designados a

¹⁸⁶ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** v.02. Belo Horizonte: Fórum, 2022.p. 559-560.

¹⁸⁷ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 276.

¹⁸⁸ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 276.

peessoas diversas. Uma das novidades da Lei 14.133/2021 foi a de tornar a segregação de funções um princípio jurídico, elencando de forma expressa no *caput* do artigo 5º.¹⁸⁹

Contudo, antes de ser alçada a um dos princípios das contratações públicas na NLLCA, a segregação de funções já era tema presente também no Tribunal de Contas da União, conforme Joel Niebuhr assinala em sua doutrina:

Registra-se que, bem antes da Lei 14.133/2021, o Tribunal de Contas da União resolveu por mão própria promover a segregação de funções de boa prática a princípio jurídico. O fato é que, mesmo sem fundamento legal, passou a tratar a segregação de funções como princípio jurídico. Nesta toada, diante dos casos concretos que lhe foram sendo submetidos, O Tribunal de Contas da União tomou para si a tarefa de decidir quais atividades poderiam ser acometidas ao mesmo agente administrativo e quais não poderiam. A casuística é fértil, como se percebe com alguns exemplos entre outros: (i) quem participa da fase preparatória da licitação, inclusive da elaboração do edital, não pode ser pregoeiro, membro da equipe de apoio ou comissão de licitação (Acórdão n. 1.278/2020, Plenário); (ii) a mesma pessoa não pode ser pregoeira e fiscal do contrato (Acórdão n. 1.375, Plenário); (iii) o assessor jurídico não pode estar lotado na área responsável pela contratação (Acórdão n.1.682/2013, Plenário); e (iv) a comissão de licitação não pode fazer solicitação de compra (Acórdão n. 4.227/2014, Primeira Câmara).¹⁹⁰

Depreende-se ainda da jurisprudência do Tribunal de Contas da União demais casos em que se aponta a ausência de segregação de funções:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO. CONHECIMENTO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVAS. AFASTAMENTO DA MAIORIA DAS IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE AS DUAS IRREGULARIDADES REMANESCENTES IMPACTARAM O RESULTADO DA LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

[...]

9.4.4. falta de segregação de funções do pregoeiro em sua atuação múltipla de solicitar o serviço/licitação, elaborar o termo de referência, estimar os preços e elaborar o edital, contrária à jurisprudência deste Corte (Acórdãos 2.829/2015, 3.381/2013 e 747/2013, do Plenário e 5.840/2012, da 2ª Câmara);

[...].¹⁹¹

¹⁸⁹ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁹⁰ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2908/2016**. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 16/11/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2908%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 out. 2023.

Neste mesmo sentido:

REPRESENTAÇÃO. EVENTUAIS IRREGULARIDADES NOS PREGÕES ELETRÔNICOS 05/2014 E 06/2015, PROMOVIDOS PELO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO. NÃO CONFIRMAÇÃO DE SOBREPREGO, DE SUPERFATURAMENTO E DAS IRREGULARIDADES NO PREGÃO ELETRÔNICO 05/2014. IRREGULARIDADES NO PREGÃO ELETRÔNICO 06/2015 QUE NÃO ENSEJARAM DANO AO ERÁRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO E À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO.

[...]

9.2.1. participação de Emanuel Vitor de Souza Pinheiro e de Ali Veggi Atala Junior na fase interna da licitação e na condução do Pregão Eletrônico 06/2015, o que evidencia falha na segregação de funções do Instituto, além de afrontar o princípio da moralidade, insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal c/c art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993;

[...].¹⁹²

O princípio da segregação de funções vem sendo apontado na jurisprudência administrativa e na doutrina como um mecanismo que visa tutelar a ideia da especialização e da eficiência, pois cada agente público exercerá uma determinada competência; e também de controle, visto que o processo tramita por diversos agentes, contribuindo (preventiva ou repressivamente) para a redução de oportunidades por qualquer pessoa que esteja em posição de praticar ou ocultar irregularidades ou fraudes na execução de suas competências no processo de contratação pública.¹⁹³

Em sua doutrina Marçal Justen Filho recorre ao reconhecido “Sistema de freios e contrapesos” para aduzir que: “o princípio da segregação de funções reflete a concepção da limitação do poder pelo próprio poder.”¹⁹⁴

Além da consagração como princípio, o instituto da segregação de funções foi introduzido como dispositivo na NLLCA, conforme se depreende do art. 7º, §1º da

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1278/2020**. Primeira Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 18/02/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1278%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 23 out. 2023.

¹⁹³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 126-127

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 128.

NLLCA, sobre a qual passa-se ao exame, portanto, da sua relevância, enfim, para o âmbito das licitações e contratos.

4.4 A LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 (NLLCA) E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para fins de conhecimento acerca do contexto legal em que o instituto da segregação está inserido, oportuna a transcrição do art. 7º da NLLCA:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.¹⁹⁵

Conforme lembra Sidney Bittencourt, citado por Ronny Charles Lopes de Torres: “A norma jurídica exige avaliação, pela autoridade competente dos agentes públicos que desempenharão as funções, promovendo a devida “gestão por competências.”¹⁹⁶

Cabe à autoridade superior a competência para escolher e determinar os agentes públicos encarregados de competências para conduzir licitações e

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

¹⁹⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 108.

contratações, razão pela qual a ausência da implantação de gestão por competências no âmbito do órgão ou entidade, a inobservância da separação de funções e a designação de agentes sem observância do art. 7º incorrem em infração e dever legal expresso.¹⁹⁷

Não obstante, o mérito de todas as disposições contidas no art. 7º anteriormente transcritas, vislumbra-se, deveras, o exame do constante no seu §1º, e sobre o dispositivo em comento Joel Niebuhr aponta um certo “alargamento” em relação a definição do conteúdo do princípio da segregação de funções:

A Lei nº14.133/2021, no §1º do seu artigo 7º, foi além e sinalizou o conteúdo jurídico do princípio da segregação de funções ao vedar “[...] a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.” Ou seja, na formulação do §1º do artigo 7º da Lei nº 14.133/2021, o princípio da segregação de funções não demanda apenas que se separe quem autoriza e quem controla de quem executa. O conteúdo do princípio foi definido de modo mais alargado, para que se atribuam a pessoas diferentes “as funções mais suscetíveis a riscos”. O conteúdo do princípio está centrado no risco e não apenas na vedação da concentração na mesma pessoa do controle e da execução.¹⁹⁸

A vedação ora disposta também é estendida aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração conforme o constante do §2º do artigo em comento.¹⁹⁹

De forma pragmática, Ronny Charles Lopes de Torres, aborda a segregação de funções no desempenho das funções inerentes às contratações públicas ao citar como exemplo que: “Não se deve confundir a função de supervisão do contrato (gestor) com a função de acompanhamento do contrato (fiscal). Nem se deve reunir em uma só pessoa a função de autorizar a contratação, executá-la e realizar seu controle.”²⁰⁰

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 195.

¹⁹⁸ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

²⁰⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 91.

O sentido da segregação de funções decorre do “fato” de que uma única pessoa que atua em diferentes momentos do *iter* procedimental da licitação aumenta de forma exponencial o risco de erros, fraudes, abusos de poder ou de conflitos de interesses, com efeitos danosos à contratação. Razão pela qual é essencial à lisura e à eficiência das contratações que os procedimentos sejam conduzidos por pessoas distintas nas suas diversas fases. Relaciona-se à eficiência, na medida em que propicia que erros cometidos nas contratações sejam detectados, quando as várias funções relacionadas sejam distribuídas a distintos agentes. E a relação com a lisura decorre da maior probabilidade de que irregularidades cometidas por um agente sejam detectadas por outro.²⁰¹

Sob a mesma ótica é a lição constante da obra de Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira e Tatiana Camarão:

Por meio da segregação de funções deve ocorrer a distribuição e a especialização de funções entre os agentes públicos que atuam no processo de contratação pública, com o objetivo de alcançar maior especialização e eficiência no exercício das respectivas funções administrativas relacionadas à contratação pública.²⁰²

A importância do princípio da segregação de funções como mecanismo de controle e combate a atos fraudulentos também é inequívoca e consolidada. Desta forma, a Administração deve identificar o exercício das funções administrativas que envolvam decisões críticas e segregá-las, de modo a evitar que as decisões se concentrem em um único agente ou instância administrativa.²⁰³

No tocante ainda ao princípio da segregação de funções, verifica-se que há uma relação fundamental com o sistema de controle da Administração Pública, haja vista a ideia em comum quanto a possível ocorrência de conflito de interesses na execução de certos atos administrativos e a consequente ocorrência de desvio de finalidade. Dessa forma, pretende-se com a segregação de funções prevenir a

²⁰¹ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 276.

²⁰² FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 39.

²⁰³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 39.

ocorrência de tais desvios, e caso se concretizem, que o agente não esteja em posição que lhe permita que sejam ocultados.²⁰⁴

Além do exposto, conforme sustenta Carlos Nitão: “[...] é importante perceber que a divisão de atribuições entre os agentes que participam do procedimento de contratação pública implica também o delineamento do campo de eventual responsabilização pelos atos praticados.”²⁰⁵

Sob este prisma Ronny Charles Lopes de Torres aponta que: “[...] é necessário avançar muito ainda, em relação a segregação de responsabilidades, definindo de forma muito clara, no processo, quais os agentes públicos responsáveis por cada etapa do processo de contratação”²⁰⁶

Para melhor delinear as responsabilidades pertinentes, é fundamental que haja uma normatização interna do processo licitatório e da gestão de contratos pelos órgãos e entidades que irão, não somente facilitar a prática administrativa, mas resguardar a segurança jurídica e fomentar as atuações administrativas.²⁰⁷

Por fim, no que tange ainda a segregação de funções, Marçal Justen Filho aponta a relação desta com a governança pública, diretriz da NLLCA, ao discorrer que:

A segregação de funções é uma exigência inerente à governança pública das licitações e contratações administrativas. É necessário reconhecer que os riscos envolvidos nessas espécies de atuações exigem que os serviços estatais sejam organizados de modo a reduzir práticas reprováveis, observando procedimentos norteados pela transparência e pela publicidade. A segregação de funções é uma providência essencial à boa governança pública.²⁰⁸

Isto posto, a NLLCA impõe que seja adotado um novo olhar para as contratações públicas: direcionado ao planejamento, à governança, à transparência e

²⁰⁴ NITÃO, Carlos. **Reflexões sobre o princípio da segregação de funções na Lei nº 14.133/2021.** Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. FÓRUM Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/30/reflexoes-sobre-o-principio-da-segregacao-de-funcoes-na-lei-no-14-133-2021/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

²⁰⁵ NITÃO, Carlos. **Reflexões sobre o princípio da segregação de funções na Lei nº 14.133/2021.** Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. FÓRUM Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/30/reflexoes-sobre-o-principio-da-segregacao-de-funcoes-na-lei-no-14-133-2021/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

²⁰⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 109.

²⁰⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 110.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129.

à profissionalização das licitações. Cuida-se de grande desafio, sobre o qual o legislador estava diligente, embora não pareça, e compreendeu como o preço a ser pago para que a Lei cumprisse sua vocação de provocar o incremento da eficiência e da lisura nas contratações públicas.²⁰⁹

Enfim, não obstante a relevância inequívoca do instituto da segregação de funções para o âmbito das licitações e contratos, por todas as razões apontadas no decorrer do estudo, conforme se depreende da bibliografia levantada, a doutrina aponta outra questão concernente a segregação de funções, qual seja, a sua aplicabilidade frente a “heterogeneidade” dos entes federativos e a diversidade estrutural de órgãos e entidades; razão pela qual, conclui-se o presente trabalho com o exame da problemática ora apontada.

4.5 DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES DIANTE DA HETEROGENEIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

Inobstante a nobre intenção do legislador, tanto em relação ao incremento da eficiência como quanto a preservação da probidade nas contratações, a implementação prática do instituto em alguns órgãos ou entidades, principalmente em pequenos municípios, representa uma questão que tem preocupado aos que conhecem mais profundamente as distintas realidades observadas no país.²¹⁰

Apesar da sua relevância, a aplicação do princípio da segregação de funções de forma absoluta e plena como em administrações mais modestas, com reduzida estrutura de pessoal, pode representar algo impossível ou que confronta outros princípios publicistas igualmente importantes.²¹¹

Muitas críticas foram dirigidas à “voracidade legislativa” da União, que, mediante a competência para estabelecer normas gerais de licitações e contratos vinculantes a todos os entes da federação, teria detalhado de forma minudente todo

²⁰⁹ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 279.

²¹⁰ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 277.

²¹¹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 39.

o procedimento licitatório, deixando pouco espaço para os entes exercerem sua competência legislativa complementar.²¹²

Há posicionamentos ainda no sentido de que seriam inconstitucionais as disposições sobre os agentes públicos envolvidos nas contratações, por se tratar de matéria concernente à organização administrativa e não a regras gerais de licitações e contratos, desatendendo as repartições de competências federativas constitucionais.²¹³

Quanto a discussão, Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves e Rafael Amorim de Amorim, registram em sua obra colocação do senador Antônio Anastasia, relator do projeto de lei no Senado Federal, o qual defende que: “O intento do legislador ao dar uma feição mais analítica à norma foi o de guarnecer os gestores de segurança jurídica e espantar quaisquer dúvidas que poderiam advir quando da sua aplicação aos procedimentos licitatórios.”²¹⁴

Ainda, conforme aponta-se na obra de Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves e Rafael Amorim de Amorim: “Ao incorporar ao texto legal decisões jurisprudenciais do TCU e instruções normativas do Executivo Federal, o Legislativo demonstrou um escopo de internalização para os entes subnacionais de orientações já consagradas na esfera federal.”²¹⁵

Em relação a jurisprudência do TCU, sobretudo, incorporada pela Nova Lei de Licitações, Joel Niebuhr, por sua vez, manifesta seu posicionamento crítico:

A percepção do Tribunal de Contas é excessivamente burocrática, excessivamente desconfiada, como se a maior parte dos agentes administrativos fosse de criminosos à espreita por uma oportunidade, diante da realidade da Administração Pública nacional e, para muitos órgãos e entidades administrativas, difícil de ser implementada.²¹⁶

²¹² MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 278.

²¹³ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 278.

²¹⁴ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 278.

²¹⁵ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 278.

²¹⁶ NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle*.

Evidente o caráter minudente e analítico da nova Lei. Em relação a invasão da competência legislativa dos demais entes da Federação constitui uma questão complexa, no que tange a análise do que se trata de norma geral em sede de contratações públicas. A matéria, em que pese, já tenha sido objeto de decisões judiciais e com alguns avanços em relação à definição do que constitui norma geral, ainda é passível de discussões que provavelmente levarão algum tempo para alçarem posição consolidada da doutrina e da jurisprudência.²¹⁷

A intenção do legislador consistiu em impulsionar uma verdadeira mudança de cultura administrativa nas contratações públicas, ao constituir disposições direcionadas à profissionalização das licitações, englobando para tanto os entes federativos menores, a despeito de ter estabelecido um prazo de adaptação diferenciado para os pequenos municípios, com até 20 mil habitantes, os quais terão o prazo de 6 anos para adaptação às disposições da NLLCA.²¹⁸

Observa-se que, de acordo com informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, referente ao ano de 2021, estima-se que 3770 municípios, o que corresponde a 67,7% do total de municípios no país, possuem menos de 20 mil habitantes e concentram 31,6 milhões de habitantes, o que corresponde a apenas 14,8% da população.²¹⁹

Quanto a aplicação do instituto da segregação de funções, considerando as desigualdades estruturais, sobretudo nos municípios, registra-se o posicionamento contido na obra de Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves e Rafael Amorim de Amorim:

A segregação de funções requer corpo técnico especializado, capaz de atender às demandas intrínsecas aos diversos momentos do *iter* procedimental das contratações, entretanto, diversos municípios nem de longe contam com tal estrutura de pessoal. A despeito de a Constituição de 1988 ter estabelecido o concurso público como principal forma de recrutamento para os quadros administrativos em todo o país, como ferramenta para a concretização do princípio da moralidade e da eficiência administrativa, fato é que boa parte das municipalidades brasileiras

²¹⁷ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023, p. 278.

²¹⁸ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 279.

²¹⁹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativa da população dos municípios para 2021**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31461-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2021>. Acesso em: 31 out. 2023.

permanecem ancoradas em valores da administração patrimonialista, contando com estruturas de pessoal bastante politizada e voltada para interesses paroquiais dos gestores de ocasião. Mudar esta cultura administrativa constitui um desafio que a NLLC com certeza pretendeu enfrentar.²²⁰

Contudo, conforme assevera Carlos Nitão:

A partir das disposições previstas na LINDB, seria possível justificar a construção de um modelo próprio para realização do princípio da segregação de funções, admitindo o acúmulo de atribuições em mais de uma fase, sem, no entanto, deixar de estabelecer mecanismo para realização do controle para os fins de evitar ou reduzir a ocorrência de erros ou fraudes no processo de contratação.²²¹

O artigo 5º, da Lei Federal nº 14.133/2022, determina a observância às disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, constituindo-se como uma ferramenta para a aplicação do princípio da segregação de funções considerando a estrutura organizacional de cada órgão ou entidade. A LINDB dispõe no artigo 20 que na “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”. E neste sentido é inequívoco que dentre os possíveis obstáculos e dificuldades de gestão, estão inseridas questões de estrutura como a carência de servidores para desempenhar as funções relativas às fases da contratação, tratando-se, assim, de uma dificuldade material.²²²

A utilização, na prática, do princípio da segregação de funções deverá, portanto, considerar a diversidade e multiplicidade de realidades estruturais das administrações públicas, aplicando-se, assim em cada caso concreto, considerando-se as situações fáticas e jurídicas de cada órgão ou entidade, buscando-se afastar qualquer disfunção do princípio.²²³

²²⁰ MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. p. 277.

²²¹ NITÃO, Carlos. **Reflexões sobre o princípio da segregação de funções na Lei nº 14.133/2021**. Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. FÓRUM Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/30/reflexoes-sobre-o-principio-da-segregacao-de-funcoes-na-lei-no-14-133-2021/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

²²² NITÃO, Carlos. **Reflexões sobre o princípio da segregação de funções na Lei nº 14.133/2021**. Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. FÓRUM Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/30/reflexoes-sobre-o-principio-da-segregacao-de-funcoes-na-lei-no-14-133-2021/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

²²³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 128.

Diante do exposto, conforme se infere da ampla doutrina, verifica-se que o instituto da segregação de funções é, parcialmente aplicável quando considerada a diversidade estrutural de órgãos e entidades nos três níveis da federação, devendo, para tanto, ser verificado e aplicado em cada caso concreto de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, conquanto, a mudança cultural administrativa que se intenta através da NLLCA deva ser o escopo em todos os entes federativos.

Trata-se de questão que demandará ainda vastas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, eis que os municípios terão o prazo de 6 anos para cumprimento dos dispositivos da NLLCA, incluindo-se o art. 7º da Lei, conforme elencado no art. 176²²⁴.

Passa-se, portanto, na sequência, às considerações finais acerca da relevância do instituto da segregação de funções e sua aplicabilidade diante da heterogeneidade dos entes federativos no âmbito das licitações e contratos administrativos.

²²⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o instituto da segregação de funções é possível identificar a sua relevância no âmbito das licitações e contratos administrativos, contudo, também o desafio quanto a sua aplicabilidade frente a heterogeneidade dos entes federativos.

A expressiva atuação do Estado enquanto agente comprador e prestador de serviços públicos, demonstram o impacto das contratações públicas na sociedade e a necessidade de se estabelecer processos íntegros, contratos eficientes e economicamente vantajosos.

Para tanto, exige-se a observância legal e de uma diversidade de princípios, gerais e específicos, que norteiam a Administração Pública, entre os quais, o da segregação de funções.

Ao longo do trabalho, portanto, os capítulos trataram de aspectos concernentes ao tema proposto, fornecendo um panorama em matéria de direito administrativo, administração pública, controle da administração e contratações públicas, e de licitações e contratos administrativos, buscando-se a compreensão da “razão de ser” da licitação como regra no exercício das contratações pela Administração Pública, partindo-se, por fim, para a central discussão sobre a relevância e aplicabilidade do instituto da segregação de funções para a concretização do propósito da matéria licitatória.

Na construção do Capítulo 1, com a abordagem teórica sobre o Direito Administrativo, ficou evidenciada a relação essencial desse ramo com o surgimento do Estado de Direito, o qual se deu em razão da necessidade de controle da atividade do Estado como reação ao arbítrio dos governantes. Nesta lógica ficou demonstrado que o Direito Administrativo visa disciplinar e controlar a atuação da Administração Pública, englobando as Licitações e Contratos Administrativos, por meio de normas, em cujo topo figura a Constituição, e princípios, destacando-se, sem demérito dos demais, o princípio da indisponibilidade do interesse público visto que se verifica que a necessidade de se licitar, via de regra, para as contratações públicas, é obrigação que atende não somente à legalidade, entre outros princípios, mas também ao interesse público, sobre o qual a Administração Pública e seus agentes não podem dispor livremente e de acordo com seus interesses.

No Capítulo 2, analisaram-se os principais elementos que abarcam as licitações e contratos administrativos, verificando-se que, diferente do que ocorre no

processo de aquisição por um particular, em razão da indisponibilidade do interesse público, a observância da isonomia e a impessoalidade, o legislador optou por instituir procedimentos formais prévios para a realização das contratações públicas, a licitação.

Foram abordadas ainda as bases constitucionais que fundamentam o regime de licitações e contratos bem como elencadas diversas normas infraconstitucionais que tratam de licitações e contratos, com ênfase ao novo marco normativo, a Lei Federal nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verificando-se que a norma em comento suprimiu espaços marginalizados da Lei, com a delimitação de normas que englobam todo o sistema de contratações públicas, representando assim relevante avanço em relação ao regime “antigo”, com ênfase no controle preventivo das contratações públicas desde o planejamento até a execução contratual.

Abordou-se ainda alguns dos princípios específicos e explícitos na NLLCA, destacando-se a Governança que, ao que se conclui, se consagra como fundamental à medida que impõe à alta administração uma visão estratégica e orientada na estruturação dos processos de contratações, considerando a gestão de riscos e a gestão de competências dos agentes públicos envolvidos, conforme previsto no art. 7º, *caput* e §1º, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no qual é positivada a segregação de funções.

Além disso, apurou-se, a partir do exame da estrutura do procedimento licitatório, que este engloba diversas fases, as quais demandam a atuação de diferentes agentes, ou, ao menos, deveriam demandar, vindo ao encontro, portanto, da discussão central sobre o instituto da segregação de funções.

Para tanto, no Capítulo 3, inicialmente foram examinados aspectos relativos ao controle da Administração e das Contratações Públicas evidenciando a sua relação com a segregação de funções e a inequívoca necessidade de controles inseridos no processo de poder.

Passou-se, por fim, ao estudo e discussão sobre a segregação de funções, verificando-se que o instituto ganhou evidência no âmbito das licitações e contratos administrativos a partir da NLLCA que tratou de, além de consagrá-lo como princípio, também o instituir como objetivo de disciplina específica no seu art. 7º, §1º; embora já presente na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Por meio da doutrina e jurisprudência referenciada neste, possibilitou-se o conhecimento do instituto da segregação como um mecanismo que visa tutelar a ideia da especialização e da eficiência, de modo que cada agente público deverá exercer uma determinada competência; e de controle, na medida que o processo tramita por diversos agentes, refletindo o sistema de freios e contrapesos consistente na ideia do “controle do poder pelo próprio poder”, que inspirou a concepção do estado de direito.

O desenvolvimento da presente pesquisa permitiu, portanto, a verificação de que a NLLCA promoveu inovações legislativas concernentes a instituição de diversos mecanismos de planejamento, de controle, de gestão de competências, dentre os quais se insere a segregação de funções, com vistas a reduzir problemáticas relativas a fraudes, a conflito de interesses, a ocorrência e ocultação de erros e a própria insegurança jurídica dos agentes que atuam neste âmbito, em razão da ausência da delimitação de responsabilidades, confirmando-se para tanto, a hipótese apontada na introdução deste trabalho, de que o instituto da segregação de funções é relevante à medida que estabelece relação essencial com o sistema de controle das contratações públicas e a probidade das licitações e da gestão e fiscalização dos contratos administrativos, considerando-a ainda, como uma providência essencial à boa governança pública.

Por sua vez, a hipótese quanto a aplicabilidade do instituto da segregação de funções se confirmou parcialmente quando considerada a diversidade estrutural de órgãos e entidades nos três níveis da federação, devendo, para tanto, ser verificado e aplicado em cada caso concreto de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, considerando ainda os obstáculos e dificuldades reais do gestor conforme disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, eis que a própria NLLCA determina a sua observância, conquanto, ratifica-se que a mudança cultural administrativa que se intenta através da NLLCA deva ser o escopo em todos os entes federativos.

Trata-se, por fim de questão que não se pretende esgotar, eis que demandará ainda discussões doutrinárias e jurisprudenciais, além de que os municípios com até 20 mil habitantes, o que corresponde, conforme apurado no decorrer deste, a aproximadamente 67% dos municípios do país, terão o prazo de 6 anos para o cumprimento dos dispositivos da NLLCA, incluindo-se o art. 7º da Lei, o qual, determina o instituto da segregação de funções.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4ª ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas Senado Federal, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 12 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1167, de 31 de março de 2023**. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 433**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2908/2016**. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 16/11/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2908%2520ANOACORDAO%253A2016%2520C

OLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1278/2020**. Primeira Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 18/02/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1278%2520ANOACORDAO%253A2020%2520OLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0.

COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf.

COUTINHO, Augusto. Prefácio. In: MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.01. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. v.02. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. *E-book*. ISBN 9788502149236. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149236/>.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativa da população dos municípios para 2021**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31461-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2021>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>.

MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de (Organizadores.). **Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei**

nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

NIEBUHR, João Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book Kindle.*

NITÃO, Carlos. **Reflexões sobre o princípio da segregação de funções na Lei nº 14.133/2021.** Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. FÓRUM Conhecimento Jurídico. Disponível em: < <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/30/reflexoes-sobre-o-principio-da-segregacao-de-funcoes-na-lei-no-14-133-2021/>>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book.* ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; MONTEIRO, Rodrigo. **Improbidade Administrativa.** Salvador: Juspodivm, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo.** 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book.* ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>.

PROBIDADE. *In:* DICIONÁRIO Michaelis Online de Português. São Paulo: Melhoramentos, 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=probidade>. Acesso em: 16 out. 2023.

RIBEIRO, Cássio Garcia; JÚNIOR, Edmundo Inácio. **O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): mensuração e análise.** Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf.

RIO DO SUL (SC). **Lei Orgânica do município de Rio do Sul/SC.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-rio-do-sul-sc>.

THORSTENSEN, Vera; et al. **Brasil na OCDE: Compras Públicas.** Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 14ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.