

Os preceitos e princípios aplicáveis aos contratos na Lei nº 14.133/2021

Precepts and principles applicable to contracts in Law No. 14.133/2021

Maira Coutinho Ferreira Giroto¹

RESUMO

Este artigo teve como objetivo contribuir para a interpretação do art. 89 da Lei nº 14.133/2021, por meio do estudo dos preceitos de direito público, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado mencionados nesse dispositivo legal, considerando a doutrina jurídica e a legislação em vigor, e de leis e decretos de outras matérias a serem considerados no contexto de sua aplicação nas relações contratuais entre o Poder Público e particulares. Como resultado, além do panorama conceitual das regras gerais e supletivas evocadas pelo art. 89, foram apresentados exemplos de pontos de convergência e de contrariedade entre eles e disposições da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Palavras-chave: preceitos de direito público; princípios da teoria geral dos contratos; disposições de Direito Privado; nova lei de licitações e contratos administrativos.

ABSTRACT

This paper aimed at contributing to the interpretation of art. 89 of Law No. 14.133/2021, by the studying of the precepts of public law, the principles of the general theory of contracts and the provisions of private law mentio-

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp), especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Araraquara (Uniar), especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC – MG), mestre em Estudos Linguísticos pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e doutora em Linguística e Língua Portuguesa pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp). Atuou como professora no curso de Letras na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp) – Campus Araraquara e é agente de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE – SP). E-mail: maira@adv.oabsp.org.br

ned in this legal provision, considering the legal doctrine and legislation in force, and laws and decrees of other matters to be considered in the context of its application in contractual relations between the Public Power and private parties. As a result, in addition to the conceptual overview of the general and supplementary rules evoked by art. 89, examples of points of convergence and contradiction between them and provisions of the new Law of Public Bidding and Administrative Contracts were presented.

Keywords: public law precepts; principles of general contract theory; private law provisions; new law on public tenders and administrative contracts.

Recebido: 09-11-2021

Aprovado: 08-03-2022

1 INTRODUÇÃO

O art. 89 da Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem o mesmo teor do art. 54 e do art. 61 da Lei nº 8.666/1993 quanto às regras a serem observadas nas relações contratuais em que o Poder Público é parte. No entanto, algumas alterações e inovações legislativas ocorridas nos quase trinta anos que separam os dois estatutos, assim como dispositivos da nova lei inexistentes na primeira, implicam diferenças na interpretação e na aplicação do art. 89 em relação àquelas do art. 54 e art. 61.

Este artigo teve como principal objetivo contribuir para a interpretação do art. 89 da nova lei, desdobrando-se nos objetivos específicos de apresentar aspectos conceituais dos princípios e preceitos mencionados nesse dispositivo legal, considerando a doutrina jurídica e a legislação em vigor, e de pontuar leis e decretos de outras matérias a serem considerados no contexto da aplicação desse dispositivo pela Administração Pública.

O art. 89, *caput* e § 2º dispõem que os contratos administrativos devem regular-se pelas suas cláusulas, que devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, definir os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do

edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

O *caput* do art. 89 também estabelece como regra geral que os contratos se regulem pelos preceitos de direito público e que a eles sejam aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. As seções 1 a 3 deste artigo se dedicam aos preceitos de direito público, inerentes a qualquer ato administrativo, e à teoria geral dos contratos e disposições de Direito Privado, de aplicação somente supletiva às contratações públicas.

Por fim, a seção 4 aborda, especificamente, a obrigatoriedade de todo contrato mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, sob o ponto de vista da possibilidade de adoção do nome social, nos moldes do Decreto Federal nº 8.727/2016, inovação legislativa voltada à inclusão de minorias no âmbito da Administração Pública federal.

2 OS PRECEITOS DE DIREITO PÚBLICO

A palavra *preceito* é empregada com diferentes sentidos na doutrina jurídica, ora como regra emanada de uma lei, um regulamento, uma cláusula contratual etc., ora como parte de um dispositivo legal (o preceito primário, que define a conduta, e o secundário, que associa uma sanção à conduta), ora como sinônimo de *princípio*.

São princípios do direito público (os quais podemos também chamar de *preceitos*, pela sinonímia com a palavra *princípio* e porque parte deles são regras emanadas de dispositivos legais):

2.1 PRINCÍPIO DA AUTORIDADE PÚBLICA

Segundo o princípio da autoridade pública, para a ordem jurídica, o interesse público tem prioridade em relação ao privado; por isso, é conferida ao Estado, curador dos interesses públicos, a *autoridade pública*.

Essa autoridade se manifesta, principalmente, pela imposição unilateral de comportamentos aos particulares e pela atribuição de direitos aos particulares, por meio de vínculo não obrigacional (SUNDFELD, 2009).

A edição de leis, decretos e regulamentos, a criação de tributos e a alteração e a extinção unilateral de contratos administrativos pela Administração são exemplos de imposição unilateral de deveres aos particulares em nome do interesse público. São exemplos da atribuição de direitos pela autoridade pública aos particulares as autorizações para explorações de certas atividades econômicas e o reconhecimento judicial da propriedade por usucapião (SUNDFELD, 2009).

Barros (2020) pondera que, se, por um lado, a Administração Pública sustentou, durante muitos anos, a necessidade da manutenção de princípios como o da autoridade pública e da preservação dos denominados poderes administrativos, considerando-os essenciais ao desempenho de suas funções, enquanto gestora dos interesses dos cidadãos,

[p]or outro lado, considerando as bases democráticas do Estado do século XXI, voltado mais para o respeito aos direitos fundamentais e à tomada de decisões pautada no consenso, vozes na doutrina destacam que a dita supremacia do interesse público não deve ser invocada genericamente e como verdade absoluta pela Administração Pública. (BARROS, 2020, p. 37)

Sob esse prisma, a Lei nº 14.133/2021 evoca, em seu art. 5º, a observância ao princípio da *segurança jurídica*, que se concretiza pelo estabelecimento, pelas autoridades públicas, de regras que sejam claras quanto à aplicação da nova lei às licitações e aos contratos administrativos, por meio de regulamentos e outras espécies de atos normativos, propiciando uma perspectiva de confiança e de estabilidade a todos os envolvidos.

2.2 PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO DO ESTADO À ORDEM JURÍDICA

Por força do princípio da submissão do Estado à ordem jurídica, todo ato do Poder Público deve ter fundamento legal. “O princípio determina não só que o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica como, principalmente, que todo poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica” (SUNDFELD, 2009, p. 158).

Decorrem do princípio da submissão do Estado à ordem jurídica os princípios *da legalidade*, previsto no art. 37 da Constituição Federal, e *da tipicidade dos atos estatais* (somente são válidos os atos praticados dentro da tipologia prevista na legislação) e opõe-se a ele o *princípio da liberdade dos indivíduos*: o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto o Estado só pode fazer o que a lei autoriza expressamente (SUNDFELD, 2009).

Outro aspecto desse princípio diz respeito ao controle jurisdicional dos atos administrativos como consequência lógica da submissão da Administração Pública à lei.

Moura (2019) oferece um olhar sobre o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal sobre atos administrativos discricionários após a Constituição Federal de 1988, especificamente sobre casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. A partir da análise de pronunciamentos do STF, a autora concluiu que:

o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa, entendendo possível e juridicamente aceitável sua intervenção em casos de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, se que isso caracterize violação ao princípio da separação dos Poderes. (MARTINS DE MOURA, 2019)

Sobre esse aspecto, a Lei 14.133/2021 inovou ao prever diversos mecanismos de controle da legalidade dos procedimentos de planejamento e realização do processo licitatório e de acompanhamento contratual, entre os quais se destacam as três linhas de defesa, e ao exigir a governança das contratações públicas e a promoção da efetividade e a eficácia nas licitações e contratos administrativos.

A governança consiste em mecanismos postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade², enquanto a eficácia se refere ao grau de alcance das metas programadas em termos de produtos, ou seja, da obtenção do resultado pretendido com a contratação, e a efetividade se refere ao impacto daquele resultado sobre a demanda da Administração, por exemplo, o aumento de vagas de Ensino Infantil (impacto) proporcionado pela conclusão da construção de nova escola (resultado do contrato de obra pública)³.

Portanto, as contratações públicas se constituem ferramentas para a implementação de políticas públicas, necessárias ao cumprimento, pelo Estado, dos deveres que lhe impõe a ordem jurídica, em especial a Constituição Federal de 1988.

2.3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO

De acordo com o princípio da função, os agentes públicos desempenham função, que é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da finalidade específica que gerou sua atribuição ao agente (SUNDFELD, 2009).

Um dos aspectos do princípio da função consiste em que o exercício de poder estatal é um dever, não uma faculdade do agente, ou seja, os pro-

2 Conforme o art. 2º, inciso IV, da Instrução Normativa nº 24/2020 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

3 Segundo a INTOSAI: norma para auditoria operacional, a eficácia é um conceito relacionado ao grau de alcance das metas programadas em termos de produtos e a efetividade é um conceito relacionado aos impactos (BRASIL, 2017).

cessos judiciais devem ser julgados, os serviços públicos devem ser prestados, as infrações devem, necessariamente, ser punidas, os tributos devem ser exigidos, o legislador deve legislar para tornar efetivas as normas constitucionais que conferem direitos individuais etc. (SUNDFELD, 2009).

Outro aspecto consiste em que o ato de direito público praticado com base em poder legalmente atribuído só é válido se alcançar a finalidade almejada pela lei. Constitui desvio de finalidade a realização de um ato para alcançar fim diverso daquele ao qual está preordenado, por exemplo, a remoção de funcionário de uma cidade para outra com a finalidade de puni-lo, a declaração de utilidade pública visando à desapropriação de imóvel pertencente a inimigo pessoal do prefeito etc. (SUNDFELD, 2009).

Decorrem do princípio da função os princípios *da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da boa-fé*, que devem identificar a finalidade dos atos inclusive nos casos em que a lei confere discricionariedade ao agente público, e ao princípio da função se opõe o *princípio da autonomia da vontade*, do Direito Privado, que confere liberdade aos particulares para produzir atos nos termos de sua vontade (SUNDFELD, 2009).

Além da natureza de dever jurídico e da vinculação à finalidade prevista em lei, a atuação dos agentes públicos deve pautar-se pelo *princípio da eficiência*. Ensina a doutrina jurídica que:

Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas, mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido. (MENDES; BRANCO, 2021, p. 991)

Não por outra razão, a Lei nº 14.133/2021 estabelece que o processo licitatório tem por objetivo, entre outros, “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a

Administração Pública” (art. 11, inciso I) e que os órgãos de controle, na fiscalização dos atos nela previstos, considerem “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação” (art. 170).

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS PARTICULARES PERANTE O ESTADO

Do art. 5º, *caput* e incisos I e XLI, e do *caput* do art. 37 (que consagra o *princípio da impessoalidade*) da Constituição Federal, extraem-se que os particulares são iguais perante o Estado. Esse princípio está na base de inúmeros institutos e regras de direito público, como a exigência de licitação para contratar com o Estado, a obrigatoriedade de concurso público para a admissão de servidores, a igualdade dos litigantes nos processos judiciais (SUNDFELD, 2009).

Segundo Sundfeld (2009), esse princípio não quer dizer que o Estado deva tratar a todos de modo idêntico, pois pode tratar desigualmente os particulares desde que o faça justificadamente. É o caso, por exemplo, da possibilidade de ser estabelecida margem de preferência, em licitações, para bens e serviços que atendam a normas técnicas brasileiras e para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, e do tratamento diferenciado, em licitações, para as microempresas e empresas de pequeno porte, disciplinado pelos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006.

Ao instituir o tratamento diferenciado e favorecido, a Lei Complementar não viola o princípio da isonomia, porque parte da premissa de que as ME e EPP não são iguais às grandes empresas do ponto de vista jurídico e econômico. Além disso, o tratamento desigual se funda em hipóteses constitucionalmente admitidas, o que constitui um dos requisitos elementares para a validade de qualquer discriminação (SANTOS, 2011).

Quanto à aplicação dos arts. 42 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inovou

ao limitá-la às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

2.5 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO

O processo é o modo normal de agir do Estado e unicamente o que se convencionou chamar de *devido processo*, dotado de um complexo de características fundamentais e que serve à produção de atos estatais (SUNDFELD, 2009).

No processo legislativo, o princípio do devido processo concerne à observância da autoridade competente para editar a norma e os trâmites, prazos e quóruns para a edição de atos legislativos; no processo judicial, o princípio se concretiza pelas garantias do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da motivação e publicidade das decisões e do devido processo legal (entendido como o realizado pelo Poder Judiciário); e, na esfera administrativa, o princípio também se realiza pelas garantias do contraditório e da ampla defesa (SUNDFELD, 2009).

O princípio do devido processo também engloba o direito de ação, ou seja, de provocar o Poder Judiciário e dele receber uma decisão, e o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (SUNDFELD, 2009).

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 1012):

Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo o processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam. A regra, aliás, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais,

a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam.

São exemplos de processos administrativos, previstos na Lei nº 14.133/2021, os processos licitatórios, de natureza não litigiosa, que devem seguir as fases e demais regras preestabelecidas para cada modalidade de disputa, de contratação direta ou de procedimento auxiliar, conforme o caso, e o processo de responsabilização do licitante ou contratado pela prática das infrações elencadas no art. 155, este de natureza litigiosa.

2.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Por força do princípio da publicidade, o Estado deve divulgar seus atos, como condição para sua existência e validade, e tem também o dever de agir de modo transparente, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar, mesmo quando o objetivo não seja a notificação de atos aos seus destinatários diretos. “A ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial do Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos” (SUNDFELD, 2009, p. 178).

Esse princípio está expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV e LX; art. 37, *caput*; e art. 93, inciso IX; e o sigilo só é possível, em caráter excepcional, quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado ou quando a publicidade violar a intimidade de algum particular (SUNDFELD, 2009).

O § 1º do art. 91 da Lei nº 14.133/2021 autoriza a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, condicionando-o à observância da legislação que regula o acesso à informação. Ou seja, o órgão ou entidade pública contratante deve atender às exigências e aos critérios da Lei nº

12.527/2011 e de seus atos normativos internos quanto ao correto procedimento para a classificação de contratos e aditamentos como sigilosos.

2.7 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal estabelece que: “as pessoas jurídicas de direito público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Sundfeld (2009) ensina que o Poder Público responde tanto por seus atos administrativos quanto por seus atos legislativos e jurisdicionais, *independentemente de culpa*, ou seja, a responsabilidade estatal é *objetiva*. O autor explica que, em decorrência de sua submissão à ordem jurídica, o Estado é obrigado a reparar os danos que cause por atos ilícitos (em desacordo com a lei) e, em decorrência do princípio da igualdade, é obrigado a reparar os danos que cause por atos lícitos (praticados em observância à lei), pois um indivíduo não pode suportar, sozinho, o prejuízo gerado no interesse de todos (SUNDFELD, 2009).

O Estado responde tanto por danos causados por comportamento positivo quanto por ação, quando há nexo de causalidade entre esta e o dano. No caso de dano causado por comportamento negativo, segundo Sundfeld (2009) o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas, pois o conceito de omissão, em direito, está ligado ao de ilicitude: só há omissão quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte.

É por essa razão que, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá por encargos previdenciários e trabalhistas somente se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, pois essa fiscalização é dever estatal previsto nos arts. 104 e 117 da Lei nº 14.133/2021.

2.8 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PESSOAS POLÍTICAS

O Estado brasileiro não é unitário, pois suas atribuições legislativas e administrativas são descentralizadas entre a União, estados, Distrito Federal e municípios, que são pessoas políticas absolutamente iguais entre si, cada qual com uma esfera irreduzível e impenetrável de competências, exercidas com toda independência, inexistindo qualquer hierarquia entre as esferas (SUNDFELD, 2009).

Cada ente federativo tem, portanto, *autonomia* para criar seu diploma constitutivo, organizar seu governo, eleger seus dirigentes, organizar seus próprios serviços (CARVALHO FILHO, 2014). Por exemplo, temos como desdobramento dessa autonomia a previsão, em vários dispositivos da Lei nº 14.133/2021, de que cada órgão ou entidade da Administração Pública disponha de regulamento próprio a respeito de:

- regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos;
- elaboração de plano de contratações anual a partir de documentos de formalização de demandas;
- catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras a ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto;
- dos limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo;
- definição do valor estimado nos processos licitatórios para aquisição de bens e contratação de serviços em geral;
- pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas como parâmetro para a definição do valor estimado nos processos licitatórios para aquisição de bens e contratação de serviços em geral;
- definição do valor estimado nos processos licitatórios para contratação de obras e serviços de engenharia;

- medidas a serem adotadas, forma de comprovação e penalidades pelo seu descumprimento na implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto;

- percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação a ser constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional;

- margens de preferência, em processos licitatórios, para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis;

- procedimentos operacionais do leilão;

- do cômputo dos custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis;

- inclusão do desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública como critério de pontuação técnica, nos julgamentos por técnica e preço;

- contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado, com definição do processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução;

- desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como critério de desempate entre duas ou mais propostas;

- condução da negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado no certame por agente de contratação ou comissão de contratação;

- realização da habilitação por processo eletrônico de comunicação a distância;

- documentação comprobatória de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional aceitável como alternativa a atestado de responsabilidade técnica e certidões ou atestados emitidos por conselho profissional;

- documentos a serem apresentados por empresas estrangeiras que não funcionem no país para fins de habilitação em processo licitatório;
- procedimentos especiais para dispensa de licitação de produtos para pesquisa e desenvolvimento;
- procedimentos auxiliares das licitações e das contratações públicas (credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral);
- forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos;
- requisitos para os modelos de gestão de contratos;
- vedações, restrições e/ou condições para a subcontratação;
- procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos para extinção do contrato;
- prazos e métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo dos objetos contratados;
- pagamento ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa e correndo à conta dos mesmos créditos orçamentários;
- competência exclusiva para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar no âmbito dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública;
- forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos;
- implementação de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das contratações públicas;
- comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado, no âmbito do sistema de gestão compartilhada da execução contratual;
- divulgação de relatório final no âmbito do sistema de gestão compartilhada da execução contratual;
- realização de contratações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de Direito Privado;

- aplicação das disposições à Lei nº 14.133/2021, no que couber e na ausência de norma específica aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres.

O art. 187 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos autoriza que estados, Distrito Federal e municípios apliquem os regulamentos editados pela União. Porém, se um município, por exemplo, editar regulamento próprio sobre determinada matéria, não haverá qualquer relação de hierarquia entre esse regulamento municipal e o regulamento da União que verse sobre a mesma matéria, devendo cada qual ser observado pelo ente federativo que o editou.

Contrariamente ao princípio da igualdade das pessoas políticas, entretanto, o § 3º do art. 86 da nova lei permite a adesão de órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, na condição de não participantes, a atas de registro de preços de órgãos ou entidades gerenciadoras federais, estaduais ou distrital, mas não a atas de registro de preços de órgãos ou entidades gerenciadoras municipais.

Além disso, o § 8º do mesmo artigo veda expressamente órgãos e entidades da Administração Pública federal aderirem a atas de registro de preços gerenciadas por órgãos ou entidades estaduais, distrital ou municipais, conduzindo ao entendimento de que a autorização do § 3º para órgãos e entidades federais só se refere à adesão a atas gerenciadas por órgãos ou entidades também federais.

3 OS PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Segundo Fiuza (2003), a principiologia do Direito Contratual tem, atualmente, como base a Teoria Preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos são válidas porque as partes as assumiram e também porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais. Assim, a partir de uma releitura dos princípios clássicos *da autonomia da vontade, da obrigato-*

riedade contratual e do consensualismo, nesse novo paradigma, os princípios da teoria geral dos contratos podem ser sintetizados nos princípios *da autonomia da vontade, da boa-fé e da justiça contratual*.

3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada consiste na liberdade de as partes regularem seus interesses por meio de contratos, respeitados os limites legais, e condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais (FIUZA, 2003).

Desse princípio, derivam os princípios: *da liberdade de contratar* – de celebrar ou não o contrato; *da liberdade contratual* – de estabelecer o conteúdo do contrato; *da relatividade contratual* – o contrato, em princípio, vincula somente as partes; *do consensualismo* – basta o acordo de vontades para que o contrato se considere celebrado; *da autorresponsabilidade* – ao se impor normas de conduta, o indivíduo se autorresponsabiliza por elas; *da imutabilidade* – o contrato só pode ser alterado por mútuo acordo; e *da intangibilidade ou obrigatoriedade* – celebrado o contrato, as partes não podem, em princípio, voltar atrás (FIUZA, 2003).

No âmbito da Administração Pública, o *princípio da relatividade contratual* nem sempre se imporá de forma absoluta. Na contratação de obras e serviços de engenharia, por exemplo, há a possibilidade de previsão de que a seguradora assumirá a execução e concluirá o objeto do contrato em caso de inadimplemento pelo contratado. Nesse caso, a seguradora é signatária do contrato e dos aditivos como interveniente anuente, ou seja, o vínculo se estabelece entre a Administração, o contratado e a seguradora.

Outro exemplo é o dos contratos de concessão de serviço público que, segundo Di Pietro (2012), produzem efeitos trilaterais, ou seja, que se operam sobre poder concedente, empresa concessionária e terceiros estranhos à celebração do ajuste, que são os usuários do serviço concedido. A relação contratual entre a concessionária e os usuários pode ser mais

nítida, como nos serviços de telefonia, ou menos nítida, como ocorre com o pagamento de pedágio das rodovias sob concessão (DI PIETRO, 2012).

No mesmo sentido estabelecer-se-ão efeitos trilaterais nos contratos de fornecimento de refeições nos restaurantes populares instituídos pelo Poder Público para fornecer refeições a preços unitários acessíveis à população de baixa renda. Parte do valor de cada refeição é paga pela Administração contratante à empresa, contratada por licitação, e outra parte é paga pelo usuário do serviço. Temos como exemplo dessa modalidade o Restaurante Comunitário, criado pela Lei nº 4.208/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 29.975/2009, ambos do Distrito Federal, no qual o usuário paga R\$ 1,00 pelo almoço e R\$ 0,50 pelo café da manhã e pelo jantar.

Além do cumprimento das disposições contratuais afetas às condições de fornecimento das refeições (horários de funcionamento do restaurante, exigências nutricionais etc.), estabelecidas no edital da respectiva licitação, aos usuários dos serviços de restaurantes populares são também garantidos os direitos previstos na Lei Federal nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública, assim como deles se exige o cumprimento dos deveres elencados na mesma lei.

Há de se lembrar, ainda, que, em razão da noção de interesse difuso e coletivo, que amplia o número de sujeitos que intervêm na relação jurídica de Direito Administrativo, frequentemente tornando-a uma relação pluripessoal (SILVA, 1997), o contrato administrativo para construção de obra pública, por exemplo, pode causar impacto ambiental, legitimando terceiros a discutir a matéria em âmbito judicial.

O *princípio do consensualismo*, por sua vez, encontra limitações na obrigatoriedade da forma escrita dos contratos administrativos e na vedação ao contrato verbal. Conforme já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais,

[a] disposição legal impõe, portanto, a redução a termo das obrigações assumidas pela Administração Pública, como corolário dos princípios constitucionais do caput do art. 37, notadamente os da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Essa medida visa, ademais, conferir ao órgão público e, em última instância, à própria sociedade a garantia contra riscos ínsitos às contratações não formalizadas, como o desvio de objeto, a atribuição de preço superior ao de mercado, a deficiência de qualidade, entre tantos outros. (TCE-MG – Representação nº 859176, Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Data de Julgamento: 02/05/2019, Segunda Câmara, Data de Publicação: Diário Oficial de Contas do dia 21/05/2019)

O contrato escrito pode ter como suporte tanto o papel quanto a forma eletrônica, autorizada pelo § 3º do art. 91 da Lei nº 14.133/2021 e a única possibilidade de contrato verbal, prevista no § 2º do art. 95, consiste nas pequenas compras ou prestações de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a dez mil reais.

Por fim, o *princípio da imutabilidade* é mitigado pelas prerrogativas da Administração de modificar unilateralmente e de extinguir unilateralmente seus contratos, nos termos do art. 104 da Lei nº 14.133/2021.

3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Por força do princípio da boa-fé, as partes devem agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade; os contratos devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente (salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante); a boa-fé tem função integrativa dos direitos e deveres primários e secundários impostos pelo contrato e função de controle da liberdade contratual, da autonomia da vontade e do abuso de direito (FIUZA, 2003).

Desse princípio derivam os princípios: *da transparência* – dever de uma das partes informar à outra tudo o que julgar importante para a boa execução contratual; e *da confiança* – a atuação das partes deve corresponder à confiança mútua (FIUZA, 2003).

Saliente-se que a Lei nº 14.133/2021 elencou, entre os princípios que regem as contratações públicas, o *princípio da probidade*, que, segundo Carvalho Filho (2015), tem o sentido de honestidade, boa-fé e moralidade por parte dos agentes públicos, em sua interação com os licitantes e contratados e, sobretudo, com a própria Administração, de modo que sua conduta esteja voltada para o interesse administrativo.

Além disso, o art. 169, *caput* e § 1º da nova lei, estabelece que a implementação das práticas de gestão de riscos e de controle preventivo das contratações públicas leve em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam *relações íntegras e confiáveis*, com segurança jurídica para todos os envolvidos.

A *integridade* é definida como “agir honestamente, confiavelmente, de boa fé e no interesse público” (BRASIL, 2017) e a *confiança*, como já dito, é corolário do princípio da boa-fé, de modo que esse princípio está claramente consagrado na nova lei de regência das licitações e contratos públicos.

3.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

Segundo o princípio da justiça contratual, nenhuma das partes deve dar mais ou menos do que o que recebeu, ou seja, trata-se de modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar as partes em uma relação que deve ser de paridade (FIUZA, 2003). A justiça pode ser formal, voltada à igualdade de oportunidades no momento da contratação, e deve também ser substancial, ou material, voltada ao efetivo equilíbrio do contrato com base no princípio objetivo da equivalência entre prestação e contraprestação e no princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos (FIUZA, 2003).

Do princípio da justiça contratual, derivam os princípios: *de proteção ao hipossuficiente* – na dúvida, a interpretação deve ser mais favorável à parte mais fraca; e *de proteção genérica ao devedor* – na dúvida, a interpretação deve tender para quem suporta o ônus da prestação, o devedor (FIUZA, 2003).

As exigências da Lei nº 14.133/2021 quanto ao planejamento e à estipulação contratual de alocação de riscos entre as partes e quanto à implantação de práticas institucionalizadas de gerenciamento de riscos, respectivamente em seus arts. 103 e 169, entre outros dispositivos, são exemplos de busca pela justiça contratual e por sua preservação até a conclusão do objeto.

4 AS DISPOSIÇÕES DE DIREITO PRIVADO

Com a consagração da noção de Estado de Direito, perdurou, no Direito alemão, a concepção do caráter de desigualdade que ostenta as relações jurídicas disciplinadas pelo direito público, em contraste com a igualdade em que se situam as partes nas relações jurídicas instituídas no âmbito do Direito Privado (SILVA, 1997). Esse é um critério que atenta para os meios unilaterais e coercitivos de que o Estado se utiliza, e não para os fins, como acontece com o critério do serviço público do Direito francês, decisivo para a formação do conceito de contrato administrativo (SILVA, 1997).

Com o advento do Estado Social, o Poder Público assume o papel de intervir nas relações econômicas e sociais para aproximá-las o mais possível da justiça material, passando o Direito Público, em especial o Direito Administrativo, a ocupar espaços que eram preenchidos pelo Direito Privado e, nesse sentido, a teoria francesa do serviço público inscreve na esfera do Direito Público os vínculos dos particulares com o Estado quando estabelecidos diretamente em função de um serviço público (SILVA, 1997).

O Estado contemporâneo, com maior ou menor intensidade, busca demitir-se das funções comerciais e industriais que assumiu e fazer-se mais leve e ágil, mas, ao mesmo tempo, está atento para impedir danos a bens de interesse comum e não pode deixar de ter, entre seus fins, a realização da justiça material, sob pena de desqualificar-se como Estado de Direito (SILVA, 1997, p. 70).

Nesse contexto, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional é informado pela ordem de valores abrigada pela Constituição (SILVA, 1997), entre os quais destacamos: a segurança pública; a saúde; a educação; a preservação do meio ambiente e a proteção à criança, ao adolescente e aos idosos como deveres do Estado; e os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a serem observados pela Administração Pública.

Por essa razão, a aplicação supletiva de disposições de Direito Privado aos contratos administrativos estará sempre subordinada àqueles valores e princípios.

Entre as hipóteses de aplicação de disposições de Direito Privado expressamente previstas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, temos: a obrigatoriedade de que o planejamento das compras públicas observe as condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado (art. 40, *caput* e inciso I); a dispensa de licitação para a alienação de bens móveis da Administração Pública no caso de venda de ações, que podem ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica (art. 76, inciso II, alínea c); a observância da legislação aplicável à execução do contrato estabelecida por cláusula necessária em todo instrumento (art. 92, *caput* e inciso III).

Por exemplo, no caso de contratação de instituição financeira para gerenciamento da folha de pagamento e de administradora de plano de saúde para os servidores públicos, a execução contratual estará sujeita à legislação de Direito Privado aplicável aos serviços bancários e à saúde suplementar, respectivamente.

Acerca do tema, ensina Furtado (2000) que os princípios e as regras do Direito Privado podem ser aplicados quando a Lei de Licitações não tiver tratado de determinada questão que exija solução decorrente da execução de contratos administrativos e não seja encontrada a solução que se busca dentro do próprio Direito Administrativo. Segue o autor explicando que “isto ocorrerá sempre que não existirem regras ou princípios

do direito público que possam ser utilizados para a solução de questões verificadas em contratos celebrados pela Administração Pública, e desde que essas regras ou princípios do direito privado sejam compatíveis com o direito público” (FURTADO, 2000, p. 43).

Foi nesse sentido a seguinte decisão do Tribunal de Contas do Espírito Santo:

Os contratos administrativos identificam-se como um acordo de vontades entre a Administração Pública e um particular, produzindo direitos e deveres entre as partes. Visa a Administração à consecução do interesse público, utilizando-se para obtenção desse, do regime jurídico de direito público e supletivamente dos princípios de direito privado acerca de matéria contratual. [...] A aplicação dos princípios de direito privado dar-se-á sempre que inexistir solução emanada dos princípios publicistas e na medida em que tal solução não seja incompatível com o regime jurídico de direito público. (TCE-ES – Parecer em Consulta nº TC-011/2001, Relator: Conselheiro Marcos Miranda Madureira, Data de Julgamento: 20/02/2001, Plenário, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado do dia 10/04/2001)

5 O USO DO NOME SOCIAL

O Decreto Federal nº 8.727/2016 dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Define nome social como a “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida” (art. 1º, parágrafo único, inciso I).

Em seus arts. 2º e 4º, estabelece que a Administração Pública adote, em seus atos e procedimentos, o nome social da pessoa travesti ou transexual, se ela assim o requerer, devendo constar nos documentos oficiais o nome social, acompanhado do nome civil.

Assim, no âmbito federal, as pessoas físicas contratadas nos moldes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como os represen-

tantes de pessoas jurídicas signatários de contratos administrativos, travestis ou transexuais, podem requerer, a qualquer tempo, a inclusão de seu nome social nos documentos oficiais, registros de sistemas de informação, cadastros e congêneres criados e mantidos por órgãos e entidades públicas para a execução da Lei nº 14.133/2021.

Outros entes federativos vêm editando normas no mesmo sentido. O município de São Paulo, por exemplo, por meio do Decreto nº 58.228/2018, impõe a todos os órgãos da Administração Pública Municipal Direta e Indireta, aos serviços sociais autônomos instituídos pelo município, concessionárias de serviços públicos municipais e organizações da sociedade civil que mantenham qualquer espécie de ajuste com a Administração Municipal, adotar, utilizar e respeitar o nome social das travestis, mulheres transexuais e homens trans.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve por escopo o estudo dos preceitos de Direito Público e dos princípios da teoria geral dos contratos e disposições de Direito Privado, evocados pelo art. 89 da Lei nº 14.133/2021, assim como da legislação que pode ter desdobramentos na interpretação e aplicação desse dispositivo legal, contribuindo para a compreensão de alguns aspectos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e das inovações que ela traz para os gestores públicos em geral.

Como resultado, apresentou-se um panorama conceitual daqueles preceitos, princípios e disposições e de exemplos de pontos de convergência e de contrariedade entre eles e o novo texto legal, pretendendo, assim, colaborar para as necessárias reflexões sobre as regras gerais e supletivas evocadas pelo art. 89 e sua relevância para as relações contratuais entre o Poder Público e os particulares.

REFERÊNCIAS

BARROS, R. C. B. **Avaliação da gestão por organizações sociais como instrumento da política pública de educação profissional: diagnóstico crítico da experiência do estado de Goiás na perspectiva do constitucionalismo democrático.** 2020. 145 f. Dissertação (Mestrado Profissional) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP), Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **INTOSAI: norma para auditoria operacional.** Brasília: TCU, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ISSAI 30: código de ética.** Brasília: TCU, 2017.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, C. **Direito Civil: curso completo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FURTADO, L. R. Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 31, n. 86, p. 41-60, out./dez. 2000. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/48>. Acesso em: 11 abr. 2021.

MARTINS DE MOURA, M. E. Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: possibilidade de intervenção do poder judiciário em omissões do poder executivo na implementação de políticas públicas. **Caderno Virtual**, [s. l.], n. 2, v. 44, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3836>. Acesso em: 5 mar. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANTOS, J. A. A. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, A. C. e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2442>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2009.