MUNICÍPIO DE TIJUCAS
Gabinete do Prefeito
Rua Coronel Büchelle, nº 01, Centro, Tijucas, Santa Catarina, CEP nº 88.200-000
E-mail: gabinete@tijucas.sc.gov.br
Telefone: (48) 3263-8119

Ofício nº 193/GAB/2021

Tijucas (SC), 24 de maio de 2021.

Ao
Excelentíssimo Senhor
Rudnei de Amorim
Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Tijucas
Nesta

Senhor Presidente,

Servimo-nos do presente para, encaminhar-lhe em anexo copia da PROPOSTA DE EMENDA Á LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TIJUCAS Nº 001/2021, que alteram o caput e o parágrafo único do art. 104 da Lei Orgânica do Município de Tijucas, acompanhada da respectiva mensagem, bem como, cópia do texto do artigo que esta sendo alterado, para a devida análise e aprovação na forma § 1º do art. 59 da Lei Orgânica do Município de Tijucas.

Sem mais para o momento, aproveitamos da oportunidade para enviar nossos protestos de consideração e apreço.

Atenciosamente,

]

Elói Mariano Rocha
Prefeito do Município

PROPOSTA DE EMENDA Á LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TIJUCAS Nº 001/2021

Alteram o caput e o parágrafo único do art. 104 da Lei Orgânica do Município de Tijucas.

A MESA DA CÂMARA DE VEREADORES DE TIJUCAS, nos termos do § 2º do art. 59 da Lei Orgânica do Município, promulga a seguinte emenda ao texto legal da Lei Orgânica Municipal:

Art. 1º O caput e o parágrafo único do art. 104 da Lei Orgânica do Município de Tijucas, passam a vigorar com a seguinte redação:

> **Art. 104. É vedada a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta do Município e da Câmara de Vereadores, inclusive o ajuste mediante designações recíprocas entre os poderes.**
>
> **Parágrafo único. A vedação prevista no caput deste artigo aplica-se aos contratos em geral, exceto os oriundos de processos licitatórios que ficam vinculados as regras próprias estabelecidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos.**

Art. 2º Esta emenda à Lei Orgânica Municipal entrará em vigor na data de sua publicação.

Tijucas (SC), 24 de maio de 2021.

MUNICÍPIO DE TIJUCAS
Gabinete do Prefeito
Rua Coronel Büchelle, nº 01, Centro, Tijucas, Santa Catarina, CEP nº 88.200-000
E-mail: gabinete@tijucas.sc.gov.br
Telefone: (48) 3263-8119

MENSAGEM A PROPOSTA DE EMENDA Á LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TIJUCAS Nº 001/2021

Diante da prerrogativa me conferida pelo inciso II, do art. 59 e na forma do inciso II, do art. 82, ambos da Lei Orgânica do Município de Tijucas, encaminho para deliberação dessa Câmara de Vereadores a proposta de emenda á Lei Orgânica do Município de Tijucas nº 001/2021, que alteram o caput e o parágrafo único do art. 104 da Lei Orgânica do Município de Tijucas.

O texto do artigo e o parágrafo único da Lei Orgânica que se pretende alterar foram introduzidos no texto da Lei Orgânica pela Emenda de Revisão nº 001/2011, com a seguinte redação:

> **Art. 104 Fica proibido o Município de Tijucas e a Câmara Municipal de Tijucas de nomearem, designarem ou contratarem funcionários, servidores e empregados para ocupar cargo em comissão, função de confiança e emprego de contratação excepcional e temporária que sejam cônjuges, companheiros ou parentes, consangüíneos (em linha reta ou colateral, até o terceiro grau) por afinidade (em linha reta até o terceiro grau, em linha colateral até o segundo grau), do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos secretários do Poder Executivo dos titulares de cargos que lhes são equiparados, dos dirigentes dos órgãos da administração pública direta e indireta municipal, de qualquer dos Vereadores ou dos titulares de cargo de direção da Câmara Municipal. (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 1/2011)**
>
> **Parágrafo Único - Não se incluem nesta proibição os contratos cujas cláusulas e condições sejam uniformes para todos os interessados. A proibição de que trata este artigo valem para os contratos em geral. (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 1/2011).**

Diante deste texto do caput do art. 104, esta Administração e as que nos antecederam tiveram dificuldades no preenchimento dos cargos comissionados, nas funções de confiança e na contratação de servidores, sempre na desconfiança de encontrar algum grau de parentesco entre essas categorias de funcionários e membros superiores da Administração Municipal e do Poder Legislativo Municipal. Muitas foram as denuncias junto ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, mas até agora todas foram infrutíferas. Na maioria das vezes, essas denúncias foram infundadas diante da obscuridade do texto da norma, bem como, do confronto ao direito já estabelecido a certos procedimentos e processos judiciais, como a contratação de servidores por processo

seletivo de forma excepcional e temporária e a nomeação de servidores efetivos para ocupar cargo comissionado ou função de confiança.

O próprio Tribunal de Contas de Santa Catarina, em orientação aos Municípios Catarinenses emitiu o seguinte prejulgado:

> **Prejulgado: 2072**
>
> **Reformado**
>
> **1. As nomeações para cargo de provimento efetivo ou emprego público, mediante prévia aprovação em concurso público, e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, desde que precedida de regular processo seletivo simplificado, não se enquadram nas hipóteses de nepotismo.**
>
> **2. Somente cargos em comissão ou funções de confiança, os quais não exigem concurso público para o seu provimento, sendo de livre nomeação da autoridade administrativa, podem ser objeto de nepotismo.**
>
> **3. A Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal proíbe a prática do nepotismo nos Poderes, vedando não apenas o nepotismo direto, mas também o indireto, traduzido nas nomeações cruzadas ou recíprocas.**
>
> **4. Nos termos da Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, não se configura a prática de nepotismo a nomeação para ocupar cargo comissionado ou função de confiança, quando ambos forem servidores públicos efetivos, salvo se restar caracterizada a relação de hierarquia e subordinação entre tais servidores."**
>
> **5. A nomeação de parentes de vereador pelo Poder Executivo para o exercício de cargos em comissão ou funções de confiança poderá caracterizar afronta ao princípio da impessoalidade e da moralidade pública (art. 37 da CF) sempre que objetivar a troca de favores ou fraude à lei, e quando não for observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor.**
>
> **6. A nomeação de servidor efetivo municipal parente de Secretário Municipal para exercer cargo em comissão ou função de confiança, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, configurará a prática de nepotismo quando existir subordinação hierárquica ou influência da autoridade na nomeação, ou quando realizada visando à "troca de favores" ou "fraude à lei."**
>
> **7. A limitação contida no artigo 1.595 do Código Civil não tem repercussão sobre os vínculos de parentesco indicados na Súmula Vinculante 13 e Lei Orgânica Municipal, considerando a independência entre as esferas civil e administrativa-constitucional, razão pela qual o conceito de parentesco estabelecido no Código Civil não tem o mesmo alcance para fins de obediência aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, que vedam a prática de nepotismo na Administração Pública.**

8. A nomeação de sobrinho da esposa de Secretário Municipal, ou cargo equiparado a este, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública municipal indireta, poderá caracterizar nepotismo quando verificado ajuste mediante designações recíprocas, realizada visando à troca de favores ou fraude à lei, quando existente ascendência hierárquica ou funcional do agente político sobre a autoridade nomeante ou,ainda, no caso de incompatibilidade da formação do nomeado para o respectivo cargo/função.

No âmbito judiciário o Conselho Nacional de Justiça regulamentou o nepotismo através da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, tendo sua ultima alteração através da Resolução nº 229, de 22 de junho de 2016, que atualmente tem a seguinte redação:

Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4°, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de oficio ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, caput, da Constituição;

RESOLVE:

Art. 1° É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2° Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

~~V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.~~
V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento; (Redação dada pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

VI - a contratação, independentemente da modalidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

~~§ 1° Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.~~

§ 1° Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, e que o outro servidor também seja titular de cargo de provimento efetivo das carreiras jurídicas, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incpmpatibilidade. (Redação dada pela Resolução nº 181, de 17.10.2013)

§ 2° A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

§ 3º A vedação constante do inciso VI deste artigo se estende às contratações cujo procedimento licitatório tenha sido deflagrado quando os magistrados e servidores geradores de incompatibilidade estavam no exercício dos respectivos cargos e funções, assim como às licitações iniciadas até 6 (seis) meses após a desincompatibilização. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

§ 4º A contratação de empresa pertencente a parente de magistrado ou servidor não abrangido pelas hipóteses expressas de nepotismo poderá ser vedada pelo tribunal, quando, no caso concreto, identificar risco potencial de contaminação do processo licitatório. (Incluído pela Resolução nº 229, de 22.06.16)

> ~~**Art. 3° São vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante.**~~
>
> **Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (Redação dada pela Resolução n° 9, de 06.12.05)**
>
> **Art. 4° O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2°.**
>
> **Art. 5° Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2°, comunicando a este Conselho.**
>
> **Parágrafo único Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.**
>
> **Art. 6° O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.**
>
> **Art. 7° Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.**

Como é de conhecimento público, a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Justiça no Brasil, estabeleceu novo marco contra o nepotismo no Brasil, com esta redação:

> Súmula Vinculante nº 13
> **A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (Aprovação Sessão Plenária de 21/08/2008, Publicada DJe nº 162/2008, p. 1, em 29/8/2008 e DO de 29/8/2008, p. 1).**

A partir da súmula vinculante anteriormente citada, que nada mais é, do que um mecanismo constitucional de uniformização da jurisprudência do **Supremo Tribunal**

Rua Coronel Büchelle, nº 01, Centro, Tijucas, Santa Catarina, CEP nº 88.200-000
E-mail: gabinete@tijucas.sc.gov.br
Telefone: (48) 3263-8119

Federal, que possui força normativa, para todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como para toda a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, abarcando os três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, embora independentes, passaram a normatizar sobre o nepotismo, tendo como fundamento esta premissa.

Assim, com fundamento na sumula vinculante nº 13, várias decisões pelo Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Inferiores (STJ, TRF's e TJE's) e suas respectivas unidades jurisdicional (seções, turmas, câmaras e varas) exauriram a matéria sobre as variantes oriundas do nepotismo, formando uma vasta jurisprudência sobre o assunto, facilitando o entendimento e aplicação nos casos concretos, razão pela qual adotamos na íntegra a sumula vinculante nº 13, como texto para a proposta de emenda ao caput do art. 104 da Lei Orgânica do Município de Tijucas.

Aqui em destaque o enunciado IV, homologado pelos integrantes do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, reunidos em Sessão Ordinária ocorrida em 08/07/2015, com o seguinte Enunciado:

> **ENUNCIADO IV**
> **A Súmula vinculante n. 13 refere-se a situações afrontosas à Constituição da República, especialmente por inobservância aos princípios da moralidade, da eficiência e da impessoalidade no âmbito da Administração Pública, daí porque há necessidade, em cada caso concreto, de estar configurada essa eiva para que se caracterize a prática de nepotismo, que claramente não ocorre quando inexiste vínculo de subordinação hierárquica entre a pessoa nomeada e aquela que causaria a incompatibilidade, tampouco quando não se verifica influência direta ou indireta do parente na indicação para o cargo.**
> **Publicado na página n.1 do Diário da Justiça Eletrônico n. 2157, disponibilizado em 21 de julho de 2015.**

No tocante ao parágrafo único do art. 104, quando a época o legislador incluiu na Lei Orgânica através da Emenda nº 1/2011 o texto "***Não se incluem nesta proibição os contratos cujas cláusulas e condições sejam uniformes para todos os interessados***", sua intenção era incluir os contratos oriundos dos processos licitatórios, até por que a época os contratos oriundos de licitações eram considerados contratos com cláusulas e condições uniformes.

A questão relativa aos contratos regidos por cláusulas uniformes tem raízes no próprio texto constitucional. Referindo-se a Deputados e Senadores, o art. 54 da CF veda a esses

parlamentares, desde a expedição do diploma (inciso I), o que consta da letra "a" do citado artigo, nestes termos:

> **a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;**

Essa proibição é estendida pela Constituição Federal aos Deputados Estaduais (art. 27, parágrafo primeiro) e aos Vereadores (art. 29, inciso IX, em sua redação atual).

A mesma referência a tais contratos (regidos por cláusulas uniformes) é feita pela Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, ao declarar (art. 1º, II, "i") serem inelegíveis:

> **"os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes."**

O período de proibição é reduzido para quatro meses (art.1º, IV, "a") para candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito, o que é totalmente irrelevante para a questão em exame.

Entretanto, não pode passar ser referência o fato de que o dispositivo da Lei das Inelegibilidades tem seu fundamento de validade no art. 14, parágrafo nono, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

> **§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.**

Releva destacar, por enquanto, que a inelegibilidade está referida ao propósito de proteger a legitimidade das eleições contra "influência do poder econômico" e abusos de poder.

Mas, voltando ao tema principal, vale dizer que a legislação não define nem conceitua o que deve ser entendido por contrato regido por cláusulas uniformes, razão pela qual tal entendimento deve ser buscado nas manifestações dos doutrinadores e da Jurisprudência dos Tribunais.

Para um melhor esclarecimento é necessário entender que a licitação é um procedimento técnico objetivo de escolha de um futuro contratante com o Poder Público. Na

licitação, o Poder Público anuncia sua intenção de efetuar um determinado contrato administrativo (regido por normas de direito público) e se dispõe a receber propostas apresentadas pelos particulares, para, então, escolher aquela que for considerada a mais conveniente, segundo critérios de julgamento previamente estabelecidos.

O traço fundamental da licitação é a igualdade. A licitação é exigível, em primeiro lugar, por força do princípio constitucional da isonomia, em função do qual o Poder Público é obrigado a oferecer iguais oportunidades de contratação a todos os interessados. O sentido e o alcance do princípio fundamental e genérico da isonomia é reforçado por outro princípio, especificamente referido pelo art. 37 da Constituição Federal à Administração Pública, qual seja o princípio da impessoalidade.

Todos os autores que já versaram o tema da licitação enumeram entre os requisitos fundamentais a qualquer licitação o da igualdade entre os licitantes.

No procedimento administrativo da licitação não existe negociação. O objeto e as condições gerais do futuro contrato são predeterminados pelo Poder Público no edital de abertura do certame. Sempre que possível e conveniente, o edital deve ser acompanhado de minuta do futuro contrato. Entretanto a falta de "minuta" não significa falta de "contrato", pois, com ou sem minuta o futuro contrato fluirá necessariamente dos termos do edital e da proposta.

Obviamente, não teria qualquer sentido realizar uma licitação para, depois, contratar algo diferente do que foi licitado.

Pode-se dizer que na licitação existe um passo além do contrato de adesão. Neste, todos são tratados igualmente. No contrato precedido de licitação o contrato é feito não com qualquer pessoa indistintamente, mas sim com aquele entre os iguais que ofereceu uma proposta objetivamente considerada a melhor.

O que é absolutamente fundamental é que na licitação não há e não pode haver influências, privilégios ou favorecimentos. Todos os disputantes são tratados com igualdade e o futuro contrato será sempre rigorosamente o mesmo, seja lá quem for o vencedor do certame.

Também, para um bom entendimento da matéria é necessário comentar sobre o contrato, que num conceito simples, nada mais do que um ajuste bilateral, um encontro de

vontades entre partes com interesses opostos: uma quer o objeto e para isso paga o preço; outra quer o preço e para isso entrega o objeto.

Todavia existem profundas e radicais diferenças entre um contrato celebrado exclusivamente entre particulares e um contrato no qual uma das partes é o Poder Público. O regime jurídico dos contratos entre particulares é completamente diferente do regime jurídico dos contratos celebrados pela Administração Pública.

Enquanto os particulares podem fazer tudo àquilo que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei determina. Os interesses privados são disponíveis, mas os interesses públicos são indisponíveis. Os particulares escolhem livremente seus contratantes, mas a Administração não tem liberdade de escolha. Os particulares negociam livremente os termos contratuais, mas a Administração somente pode contratar nos termos da licitação que precedeu o contrato e com estrita observância dos termos e condições contratuais estabelecidos em lei.

Para a Administração Pública, o termo de contrato é a formalização, a explicitação e a sistematização de algo já contido na licitação e na lei.

Na prática, usualmente, os órgãos e entidades da Administração Pública, no momento da redação dos termos de contratos, com quaisquer contratantes, costumam valer-se de um modelo ou minuta padrão, uma fórmula preestabelecida, em síntese, com rigorosa observância daquilo que resultou da licitação.

O mais importante, porém, é que os termos e condições do contrato administrativo são necessariamente aqueles determinados pela lei. Confira-se o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo art. 55 determina quais são as cláusulas necessárias a todos os contratos administrativos, e cujo art. 58 já descreve quais são as prerrogativas da Administração, sendo que de forma mais ampla esses mesmos dispositivos foram contemplados respectivamente no art. 92 (cláusulas necessárias) e art. 104 (prerrogativas da Administração) na nova lei de licitação e contratos administrativos, a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, as quais são imediatamente eficazes, independentemente de terem sido ou não referidas no instrumento de contrato.

Convém abrir um parêntese, para esclarecer, que até o decurso do prazo de dois 2 (dois) anos da publicação oficial da nova lei de Licitação e Contratos Administrativos (Lei nº

14.133/2021), a Administração Pública poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Portanto, é a lei quem disciplina os termos da execução dos contratos administrativos, prescrevendo critérios e condições para reajustes e alterações e, inclusive, estabelecendo as consequências do inadimplemento.

Tudo aquilo que não consta da lei há de resultar da licitação, onde todos os interessados foram tratados com igualdade.

O contrato administrativo precedido de licitação se assemelha ao contrato de adesão (que têm cláusulas uniformes). Não é idêntico; é ainda mais igualitário ou isonômico, na medida em que nem o contratante particular é escolhido livremente, e que as cláusulas contratuais são determinadas pela lei ou fluem da licitação.

Assim, numa interpretação teleológica, se diz que toda norma jurídica tem caráter instrumental, enquanto todo comportamento humano prescrito ou proibido por uma norma somente é prescrito ou proibido em função de um objetivo a ser atingido, de um valor a ser realizado. Por isso mesmo, interpretar a lei não é conhecer suas palavras, mas, sim, seu espírito, pois as palavras matam, e o espírito vivifica. Não deve o intérprete e aplicador do direito restringir-se ou satisfazer-se com a mera literalidade, mas deve sempre valer-se do método lógico-sistemático ou da interpretação teleológica.

Numa visão mais aprimorada, deixando a mera literalidade e penetrando no cerne dos dispositivos que cuidam da proibição de firmar ou manter contrato, excepcionando os contratos regidos por cláusulas uniformes, pode-se concluir que os contratos administrativos precedidos de licitação atendem aos requisitos dos contratos de adesão e vão ainda mais além, no propósito de evitar favorecimentos e privilégios indevidos.

Em resumo, o contrato administrativo precedido de licitação atinge, com vantagens, os objetivos dos contratos de adesão (cláusulas uniformes). Desta maneira, o contrato administrativo precedido de licitação pode ser entendido como contrato regido por cláusulas uniformes.

Esse, também, era o entendimento da maioria dos nossos tribunais, entre eles citamos decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que comungava dessa interpretação, inclusive se apoiou em decisão do Tribunal Superior Eleitoral, considerando que a submissão da contratação à prévia licitação pública equivale a contrato de cláusulas uniformes:

> **ADMINISTRATIVO. PREGÃO. EMPRESA DESCLASSIFICADA COM BASE NO ART. 54, I, "A", DA CF. PRESENÇA DE DEPUTADO FEDERAL E SENADOR NOS QUADROS SOCIETÁRIOS. CONTRATO QUE CONTÉM CLÁUSULAS UNIFORMES. EXCEÇÃO PREVISTA NA PARTE FINAL DO MENCIONADO DISPOSITIVO. NULIDADE DO ATO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;" (art. 54, I, "a", da CF). "O contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização" (TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 23763, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, j. 11-10-2012). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.020234-9, de Seara, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 16-02-2016). Grifo nosso.**

Apesar de alguns Tribunais, ainda manter o entendimento anteriormente explanado, o nosso Tribunal de Justiça, mais recentemente (05.11.2018) através do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão uniformizadora e vinculante, no Incidente de Assunção de Competência n. 0300316-12.2017.8.24.0256/50000, mudou o entendimento, e fixou a seguinte tese jurídica:

> **"I. Os contratos administrativos firmados em decorrência de processos licitatórios não obedecem, necessariamente, a 'cláusulas uniformes', identificadas na ressalva prevista no art. 54, I, alínea 'a', da Constituição Federal. A mera antecedência de licitação não se adequa à hipótese, ante a existência, ainda que limitada, de uma margem negocial entre os licitantes e a Administração, especialmente pela faculdade de questionar cláusulas e condições do instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93), negociar o preço (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/02), e postular a alteração bilateral do contrato (art. 65, II, da Lei n. 8.666/93). II. A vedação destinada aos parlamentares excetua apenas os típicos contratos de adesão, assim compreendidos aqueles em que absolutamente todas as cláusulas - inclusive preço e prazo - são impostas unilateralmente por uma das partes, sem qualquer oferta ou manifestação de vontade do outro contraente, senão o puro aceite".**

Assim, para manter a intenção do legislador originário, incluímos também, na proposta de emenda á Lei Orgânica do Município alteração do parágrafo único do art. 104, com a seguinte redação:

Art. 104 (...)

Parágrafo único. A vedação prevista no caput deste artigo aplica-se aos contratos em geral, exceto os oriundos de processos licitatórios que ficam vinculados as regras próprias estabelecidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos.

Como na Constituição Federal, especificamente o inciso XXVII do art. 22, que em normas gerais de licitação e contratação independentemente do ente federado compete privativamente à União legislar sobre a matéria, para tanto, transcrevemos abaixo o texto constitucional:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
XXVII - 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 no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A própria Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, que Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, que esta com seus dias contados, em função da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos já sancionada (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), estabelece no art. 9º quem não poderá participar direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens (contratos), aqui demonstrado:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.
§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Estas mesmas restrições previstas na lei antiga (Lei 8.666/93), foram contempladas na nova Lei (14.133/2021) de forma mais rigorosa, conforme estabelece o seguinte artigo:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do caput deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

§ 3º Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.
§ 4º O disposto neste artigo não impede a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.

Por estas razões determinantes encaminhamos a referida proposta, tendo a certeza de que os nobres vereadores imbuídos do bom senso apreciarão e votarão a favor da aprovação da proposta de emenda á Lei Orgânica do Município de Tijucas.

Sem mais para o momento, renovo as Vossas Excelências os protestos de minha alta consideração.

Tijucas (SC), 24 de maio de 2021.

Elói Mariano Rocha
Prefeito do Município