

**Ronny Charles
Lopes de Torres**



**Leis de
LICITAÇÕES
PÚBLICAS**
comentadas

15^a
EDIÇÃO

REVISTA
AMPLIADA
ATUALIZADA

2024

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

Com o Decreto-lei n.º 4.536, de 20/1/22, que estabeleceu o Código de Contabilidade da União, é possível identificar regras procedimentais mais claras para a realização da licitação. Apesar de não ser o foco do texto normativo (voltado para a contabilidade, orçamento e gestão financeira), esse decreto delimitou um processo para licitações públicas em cerca de 10 artigos, detalhando como deveriam ser publicados editais, as condições requeridas, e as autoridades responsáveis pela decisão.

O modelo de seleção se dava através de “concorrência”, no qual inicialmente seria verificada a idoneidade dos concorrentes (avaliação de contornos imprecisos, mas funcionalmente semelhante a uma fase de habilitação)³, devendo ser escolhida a proposta mais barata, excetuadas as situações em que outras razões de preferência fossem antecipadamente definidas no edital. Nessa hipótese, as propostas não poderiam exceder a 10% os preços correntes da praça. Além disso, havia hipóteses em que o procedimento (“concorrência”) era dispensado⁴.

Para os fornecimentos ordinários era possível o regime de “concorrências permanentes”. Em relação a ele, os fornecedores interessados deveriam inscrever-se nas contabildades dos ministérios e repartições interessadas, com a indicação dos preços oferecidos para o fornecimento dos artigos de consumo habitual, além de informações sobre a qualidade do produto e mais esclarecimentos necessários. Para a inscrição dos fornecedores era avaliada previamente sua idoneidade e os preços ofertados não poderiam ser

3. Vale registrar que o termo idoneidade é mais genérico e diverge dos termos mais específicos adotados nas legislações licitatórias posteriores, que passaram a relacionar os documentos de habilitação à análise da capacidade técnica, da capacidade econômica, da regularidade jurídica e fiscal, entre outras.
4. Art. 50. A concorrência pública far-se-á por meio de publicação no Diário Oficial, ou nos jornais oficiais dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e lugar desta.
51. Será dispensável a concorrência:
 - a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência;
 - b) para o fornecimento do material ou de gêneros, ou realização de trabalhos que só puderem ser efectuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção;
 - c) para a aquisição de animais para os serviços militares;
 - d) para arrendamento ou compra de prédios ou terrenos destinados aos serviços públicos;
 - e) quando não acudirem proponentes à primeira concorrência.Neste caso, se houverem sido estipulados preços máximos ou outras razões de preferência, não poderá ser no contrato aquele excedido ou estas modificadas, salvo nova concorrência.
§ 1º Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferência antecipadamente assinaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10 % os preços correntes da praça. Poderá ser preferida mais de uma proposta quando a concorrência se fizer por unidade e o menor preço desta, em relação à mesma, qualidade, diversificar em cada uma daquelas.
§ 2º Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos factos que allegarem.
§ 3º As propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas deante de todos os concorrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros e antes de qualquer decisão serão publicadas na íntegra.
§ 4º Haja ou não declaração no edital, presume-se sempre que o Governo se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa.

alterados antes de quatro meses da data da inscrição, sendo vedada a recusa ao fornecimento⁵. Curiosamente, esse sistema antigo tem semelhanças notáveis com o processo licitatório contemporâneo, que também envolve a publicação de editais, análise de habilitação dos proponentes e apresentação de propostas.

Convém salientar que o Código de Contabilidade da União continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e Municípios⁶.

Posteriormente, durante o período ditatorial do Estado Novo de Getúlio Vargas, com a centralização do poder estatal no Governo Federal, foi aprovado o Decreto-lei nº 2.416/1940, que trouxe uma codificação das normas financeiras para os Estados e Municípios, estabelecendo para eles a obrigação geral de realizar determinado procedimento de seleção para os fornecedores. Segundo o referido normativo, as compras de material efetuadas pelos Estados ou Municípios deveriam ser processadas e julgadas, sempre que possível, por órgãos centrais, constituídos de acordo com as conveniências da administração. Os Municípios que não tivessem condições de organizar serviços de compra de material (pela ausência de recursos ou dificuldade de localização), poderiam reunir-se em consórcio para tal fim.

De acordo, ainda, com o Decreto-lei nº 2.416/1940, a aquisição de material deveria ser feita obrigatoriamente por meio de concorrência pública ou administrativa. Enquanto a concorrência pública seria realizada mediante publicação pela imprensa, ou em boletim comercial, ou pela afiação de edital em lugar de livre acesso ao público, a concorrência administrativa realizava-se por meio de correspondência, ou pelo registro de preços. Em algumas situações, a concorrência poderia ser dispensada⁷.

-
5. Art. 52. Para os fornecimentos ordinarios ás repartições publicas, poderá o Governo estabelecer o regimen de concurrencias permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos, os nomes dos negociantes que se propuzerem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços offercidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necesarios.
- § 1º A inscrição far-se-á mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao Ministro, conforme determinação regulamentar, acompanhado das informações necessarias ao julgamento da idoneidade do proponente, indicação dos artigos e preços dos fornecimentos pretendidos.
- § 2º Julgada dentro de 10 dias a idoneidade do proponente, será ordenada a sua immediata inscrição si este se subordinar ás condições exigidas para o fornecimento.
- § 3º Os preços offercidos não poderão ser alterados antes de decorridos quatro mezes da data da inscrição, sendo que as alterações communicadas em requerimento só se tornarão effectivas após 15 dias do despacho, que ordenar a sua anotação.
- § 4º O fornecimento de qualquer artigo caberá ao proponente que houver offercido preço mais barato, não podendo, em caso algum, o negociante inscripto recusar-se a satisfazer a encomenda, sob pena de ser excluido o seu nome ou firma do registro ou inscrição e de correr por conta delle a differença.
6. ROSILHO, Andre. Licitação no Brasil, São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 36.
7. Art. 46 As compras de material efetuadas pelo Estado ou pelo Município, serão processadas e julgadas, sempre que possível, por órgãos centrais, constituídos de acordo com as conveniências da administração.
- § 1º Os Municípios que, pela exiguidade de seus recursos ou pelo afastamento dos centros comerciais, não puderem organizar serviços de compra de material, poderão reunir-se em consórcio para tal fim, na conformidade do disposto no art. 29 da Constituição Federal.
- § 2º Salvo os casos do § 5º, a aquisição de material far-se-á obrigatoriamente por meio de concorrência pública ou administrativa.
- § 3º A concorrência pública efetuar-se-á mediante publicação pela imprensa, ou em boletim comercial, ou pela afiação de edital em lugar de livre acesso ao público.

De qualquer forma, as regras do Decreto-lei nº 2.416/1940 sobre licitações eram reduzidíssimas, de maneira que havia um enorme espaço normativo para disciplinamento, pelas autoridades locais (estados e municípios), sobre as regras para seleção de fornecedores (licitação).

Esse ambiente lacunoso era estratégico para atender as peculiaridades locais em um país de dimensões continentais e uma grande diversidade nas estruturas administrativas. Por outro lado, essa abordagem prejudicava a padronização nos procedimentos de licitação, aumentando os custos e a complexidade para os interessados em participar desses processos em diferentes localidades.

Em setembro de 1964, foi sancionada a Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964. A referida Lei, que contava com apenas oito artigos, estabeleceu normas para a licitação de serviços, obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, sendo apontada como primeira legislação a utilizar a expressão “licitação” para a seleção de fornecedores⁸.

Carlos Dayrell registrava que este diploma trouxe uma inovação peculiar, ao vincular os limites para realização das diversas modalidades de licitação ao valor do maior salário-mínimo vigente no País, com o objetivo de evitar as constantes atualizações desses valores limites, em decorrência da contínua desvalorização da moeda. O autor ainda registrava que outra inovação, introduzida pelo art. 5º da referida Lei nº 4.401, prescrevia que entre os proponentes julgados idôneos e admitidos à licitação, o vencedor seria aquele que oferecesse menor preço, salvo se a comissão julgadora, por motivos técnicos, considerasse outra proposta como mais conveniente. Diante deste quadro, o autor explicava que a comissão encarregada do julgamento da licitação poderia, havendo razões de ordem técnica, dar a vitória na licitação à proposta “mais conveniente”, ainda que não fosse a do preço menor, “perdendo assim o critério da proposta mais barata aquele caráter absoluto que lhe emprestava o velho Regulamento Geral de Contabilidade Pública”. Essa curiosa inovação possibilitava a escolha da proposta mais conveniente e vantajosa, sem uma vinculação absoluta ao critério de menor preço das ofertas examinadas⁹.

Segundo a Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, a licitação seria realizada por concorrência pública ou por concorrência administrativa, de acordo com o objeto e o valor estimado da contratação¹⁰. Nas hipóteses em que as concorrências eram dispensadas,

§ 4º A concorrência administrativa realizar-se-á por meio de correspondência, ou pelo registro de preços.

§ 5º Poderá ser dispensada a concorrência, fazendo-se, nesse caso, apenas o pedido de pregos:

1º, para aquisições em que o interesse público não permitir a publicidade, ou em que, por circunstâncias imprevistas, não for admissível a demora exigida pelos prazos de concorrência, a juízo da autoridade competente;

2º, para a aquisição de materiais ou gêneros que constituam objeto de privilégio ou que só possam ser adquiridos do produtor ou de seus representantes;

3º, para as compras à União, aos Estados ou aos Municípios.

8. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Efi cácia nas licitações e contratos. 9. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 06.

9. DAYRELL, Carlos Leopoldo. Das licitações na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 22).

10. Art. 1º Os procedimentos referentes à contratação de serviços, ou obras pelo regime de empreitada, bem como a aquisição de material, equipamentos e animais destinados ao serviço público de administração direta e de administração descentralizada, obedecerão às seguintes normas:

I - Far-se-á licitação por concorrência pública:

era prevista a possibilidade da coleta de preços que poderia ser realizada mediante carta convite expedida, pelo menos a 3 (três) licitantes e com 5 (cinco) dias úteis no mínimo de antecipação, verifi cada por protocolo¹¹. Além disso, nos poucos artigos restantes, a Lei basicamente defini a requisitos mínimos para a concorrência pública ou administração, a preferência pela contratação da proposta com menor preço e estabelecia sua entrada em vigor com a publicação.

1.1.2 A MODELAGEM INAUGURADA COM O DECRETO-LEI Nº 200/1967

Posteriormente, já durante o período de intervenção militar, houve a aprovação do Decreto-Lei nº 200/1967. O interessante diploma normativo disciplinava diversas áreas da Administração Pública, tratando, entre outras coisas, sobre: organização administrativa, delegação de competência, supervisão ministerial, normas de administração financeira e contabilidade, disposições referentes ao pessoal civil e, além disso, normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

Se antes as regras sobre licitações e contratos eram tratadas “em dispositivos esparsos e assistemáticos”, a reforma da Administração Federal, de 1967, iniciou a sistematização das licitações, estabelecendo-se normas gerais para seu procedimento e preceitos particulares para suas espécies e modalidades¹².

O regime licitatório definido pelo referido Decreto-Lei nº 200/1967 era sucinto, definido em apenas 19 (dezenove) artigos. Em tais dispositivos, regulava que as compras, obras e serviços deveriam ser efetuadas com estrita observância do princípio da licitação, ressalvadas hipóteses em que esta seria dispensada, as quais foram previstas pelo mesmo Decreto-Lei, em número de 09 (nove) hipóteses¹³.

- a) para a execução de serviços ou obras, de montante superior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo;
- b) para aquisição de materiais e equipamentos de montante igual ou superior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo.

II - Será exigida a licitação por concorrência administrativa:

- a) para a execução de serviços ou obras de montante igual ou inferior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo;
- b) para aquisição de materiais e equipamentos de montante inferior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo.

11. Excepcionalmente, a coleta de preços poderia ser dispensada em casos devidamente justificados, a juízo do Presidente da República ou do Ministro de Estado, conforme a competência pertinente.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12. Ed (obra atualizada). São Paulo: Malheiros, 1999. p. 34-35.
13. Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação. § 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986) § 2º É dispensável a licitação:
 - a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
 - b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;
 - c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas;
 - d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;
 - e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos;
 - f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;

Para licitar, foi definida a criação de três modalidades com regras e ritos pré-estabelecidos (concorrência, tomada de preços e convite), que deveriam ser adotadas de acordo com o objeto e o valor da contratação. O leilão também era admitido pelo artigo 143 como uma modalidade de licitação, para as hipóteses de alienações. Da mesma forma, era indicada a modalidade concurso, para a elaboração de projetos. Em ambas modalidades citadas apenas de maneira pontual, a definição do rito foi delegada à regulamentação¹⁴.

Interessante a percepção de que estas modalidades, com rito e aplicação pré-definidas, repetiram-se no Decreto-Lei nº 2.300/1986 e na própria Lei nº 8.666/93.

Em relação à habilitação, o Decreto-Lei nº 200/67 também iniciou a maior especificação dos parâmetros de habilitação, segmentando-os na documentação necessária para a demonstração da personalidade jurídica, da capacidade técnica e da idoneidade financeira. Mesmo definidos os parâmetros de habilitação, importante salientar que não houve detalhamento sobre os pertinentes critérios ou requisitos a serem exigidos, por menorização que foi delegada ao respectivo edital da licitação, que poderia exigir critérios compatíveis com o objeto licitado.

No pertinente aos regimes de execução, eram admitidas a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário e a administração contratada. Além disso, o diploma normativo deixava em aberto os critérios de julgamento, embora definisse que sua fixação deveria levar em conta as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes estabelecidas no edital, sendo obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, quando não fosse escolhida a proposta de menor preço.

Por fim, o Decreto-Lei nº 200/1967 definiu a possibilidade da exigência de garantias por meio de caução, fiança bancária ou seguro garantia, bem como estabeleceu prerrogativa extraordinária sancionatória, pela Administração, que poderia aplicar aos contratados as sanções multa, suspensão e declaração de inidoneidade, embora sem definição precisa dos ilícitos justificadores do sancionamento ou mesmo limites para os efeitos das sanções aplicadas¹⁵.

g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público;

h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;

i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

§ 3º A utilização da faculdade contida na alínea h do parágrafo anterior deverá ser imediatamente objeto de justificação perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida e, se for o caso, promoverá a responsabilidade do funcionário.

14. Art. 143. As disposições deste Título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

(...)

Art. 144. A elaboração de projetos poderá ser objeto de concurso, com estipulações de prêmios aos concorrentes classificados, obedecidas as condições que se fixarem em regulamento. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986).

15. Art. 135. Será facultativa, a critério da autoridade competente, a exigência de prestação de garantia por parte dos licitantes segundo as seguintes modalidades: (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

I - Caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fiançossória.

II - Fiança bancária.

Parece evidente que foi o Decreto-Lei nº 200/1967 que formatou a modelagem da plataforma jurídica licitatória adotada até os dias de hoje, repetida pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, pela Lei nº 8.666/93 e de certa forma também pela Lei nº 14.133/2021, com modalidades, regimes de execução, poder sancionatório e critérios de julgamento, entre outras regras.

Contudo, embora tenha inaugurado essa plataforma, o disciplinamento normativo do Decreto-Lei nº 200/1967 para as licitações era sucinto, permitindo um grande espaço para adequação do rito procedimental da seleção e da modelagem contratual à necessidade do caso concreto. Possível afirmar, realmente, que o Decreto-lei nº 200/1967 definiu apenas normas gerais ou diretivas para as licitações públicas, sem interferir em aspectos minuciosos ou questões organizacionais. Como bem explica André Rosilho, ele foi pensado para servir como uma espécie de norma-quadro, traçando balizas e limites sem, contudo, interferir diretamente em questões organizacionais da Administração Pública¹⁶.

Além disso, vale registrar que, originariamente, o Decreto Lei nº 200/1967 vinculava tão somente as licitações da Administração Federal.

No ano de 1968, contudo, foi aprovada a Lei nº 5.456/1968, que dispôs sobre a aplicação aos Estados e Municípios das disposições sobre licitações previstas no Decreto-Lei nº 200/1967¹⁷. Iniciava-se certa intervenção federal na definição do regime jurídico licitatório dos demais entes, submetendo estes às suas regras, algo, segundo Motta, criticado pela doutrina da época¹⁸.

Nada obstante persistisse a desigualdade entre as estruturas administrativas federais, estaduais e municipais, a imposição das regras de licitação federal para estados e

III - Seguro-garantia.

Art. 136. Os fornecedores ou executantes de obras ou serviços estarão sujeitos às seguintes penalidades: (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

I - Multa, prevista nas condições de licitação.

II - Suspensão do direito de licitar, pelo prazo que a autoridade competente fixar, segundo a graduação que for estipulada em função da natureza da falta.

II - Declaração de inidoneidade para licitar na Administração Federal.

Parágrafo único. A declaração de inidoneidade será publicada no órgão oficial.

16. ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 51.

17. Art. 1º Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei.

Art. 2º Os limites estabelecidos nos §§ 5º e 6º do art. 127 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, para as várias formas de licitação, serão fixados em lei estadual, não podendo os Estados, os Municípios Capitais e os que tiverem população superior a 200.000 (duzentos mil) habitantes exceder de 50% (cinquenta por cento), e os demais Municípios de 25% (vinte e cinco por cento) daqueles limites. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981)

Art. 3º Os prazos de que trata o art. 129 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 poderão ser reduzidos à metade.

Art. 4º Respeitado o disposto nesta Lei, os Estados poderão legislar supletivamente sobre a matéria, tendo em vista as peculiaridades regionais e locais, nos termos do § 2º do art. 8º da Constituição.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

18. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficiência nas licitações e contratos. 9. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 07.

municípios possivelmente não gerou grande reação por dois motivos: primeiro, o caráter sucinto da legislação permitia uma adaptação das regras licitatórias às nuances locais; em segundo, o período de restrição democrática que se seguiu à intervenção militar de 1964 não era propício ao debate institucional.

As regras licitatórias do Decreto-Lei nº 200/1967 e a expansão de sua aplicação às demais unidades federativas marcou uma nova fase no regime jurídico das contratações públicas, que teve um viés racionalizador, lastreado na lógica do planejamento sob a ótica da gestão administrativa, tratando-se de um “movimento impositivo, de cima para baixo, que procurou alinhar geometricamente a organização e o modo de agir da Administração Pública brasileira”¹⁹.

Ao mesmo tempo, diante do caráter sucinto de suas regras, o Decreto-Lei nº 200/1967 permitia muito espaço de adaptação e adequação pela legislação local ou mesmo pelos editais, para regular as licitações e as contratações pertinentes, de acordo com a realidade da organização pública local ou mesmo do mercado, algo que passaria adiante a restar comprometido a partir das posteriores aprovações de diplomas maximalistas e analíticos, que passaram a esmiuçar as regras licitatórias e contratuais, ignorando a diversidade das estruturas administrativas em uma país continental e economicamente desigual.

1.1.3 O DECRETO-LEI Nº 2.300/1986 E O INÍCIO DO MODELO MAXIMALISTA

Na década de 80 tivemos a aprovação do Decreto-Lei nº 2.300/1986, uma legislação federal integralmente dedicada ao tema licitações e contratos.

Além disso, houve uma mudança relevante no regramento licitatório, que passou a ser mais minucioso. Se o Código de Contabilidade e o Decreto-Lei nº 200-1967 apresentavam modelos minimalistas, o Decreto-Lei nº 2300/1986 apresentava um modelo maximalista²⁰, detalhando o procedimento de seleção de fornecedores e esmiuçando regras sobre como deveria ser firmado o consequente contrato administrativo²¹.

Havia críticas doutrinárias ao uso do Decreto-Lei para disciplinar o tema. Para os críticos²², falaria competência ao Presidente da República para editar um decreto-lei que tratasse sobre licitações e contratos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1967

19. ROSILHO, André. Licitação no Brasil, São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 59/60.

20. Modelo mais analítico e restritivo ao exercício da discricionariedade, vinculando a tomada de decisões pelo agente público responsável pela definição do modelo de seleção ao mero cumprimento das opções previamente definidas pelo legislador.

21. “No tema das licitações o dilema entre regular mais ou menos intensamente, ampliando ou restringindo a esfera de liberdade dos legisladores - da União, Estados e Municípios - e dos gestores públicos, também se fez presente ao longo do tempo. As normas sobre licitações públicas, com o objetivo de concretizar três dos objetivos básicos dos sistemas de compras governamentais - acesso justo dos competidores ao mercado público; redução da corrupção nos contratos públicos; e contratação de bens e serviços de qualidade pelo menor preço possível -, oscilaram entre dois extremos: o *minimalismo* e o *maximalismo*” (ROSILO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 30).

22. Neste sentido: REIS, Palhares Moreira. R. Inf. Legis. Brasília. . 29. N. 113. Jan./mar. 1992; também MENDES, Raul Armando. Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 12.

limitava essa competência a temas como finanças públicas e segurança nacional, notadamente em hipóteses de urgência ou de interesse público relevante²³.

De qualquer forma, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 inaugurou uma nova fase para o regime jurídico das licitações públicas brasileiras, pela aprovação de um diploma normativo que buscava ser exauriente na regulação do procedimento licitatório e regime contratual, criando modelos estáticos abrangentes, reduzindo a discricionariedade técnica e a capacidade de adequação, pelo edital, às nuances da contratação. Com a presunção de que seria possível estabelecer a priori regras ótimas para a grande diversidade de premissões contratuais nas mais diferentes organizações e situações, o legislador criou um modelo “maximalista”, impactando sobremaneira o regime licitatório.

Segundo Rosilho, um “sentimento” de que o direito tudo podia impactou o modelo jurídico de regulação das licitações, induzindo uma nova era das contratações públicas, na qual as regras jurídicas, “que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar”. Além disso, o autor aponta também como consequência dessa mudança a “redefinição do eixo da disciplina jurídica das licitações, que passou a se centrar no combate à corrupção”, dando início a uma burocrática cultura administrativa dos procedimentos, em oposição à resultados²⁴.

Se, para tratar o tema licitações e contratos, o Decreto nº 4.536/1922 (Código de Contabilidade da União) dedicava cerca de 10 (dez) artigos, a Lei nº 4.401/1964 dedicava cerca 08 (oito) artigos e o Decreto-Lei nº 200/1967 dedicava cerca de 19 (dezenove) artigos, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 ampliou esta plataforma legal, regulando o tema licitações e contratos em seus 90 (noventa) artigos, que disciplinavam minuciosamente como a Administração Pública deveria selecionar seus fornecedores e formular seus contratos.

A ideia proposta pelo Decreto-Lei era de suprir eventuais lacunas das legislações, por um diploma rígido, detalhista e altamente procedimentalizado, marcadamente jurídico, que seria aplicável a toda a Administração Pública. O Decreto-Lei nº 2.300/1986 representou sem dúvida um grande marco no regime licitatório brasileiro, pela tentativa de estabelecer um regime legal praticamente exaustivo sobre as soluções cabíveis para o processo de seleção e para os contratos firmados pela Administração Pública, o que naquele momento se entendia necessário para estruturar o ambiente das contratações públicas.

A adoção de uma abordagem maximalista na estruturação das contratações públicas foi vista como essencial para promover maior uniformidade e segurança legal no âmbito

23. Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

24. ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63/65.

jurídico dessas operações, especialmente considerando as particularidades da sociedade brasileira naquele período histórico. No entanto, essa mudança resultou na implementação de uma série de medidas de controle burocrático, na formalização excessiva do processo de seleção de fornecedores, e na criação de numerosas condições especiais para todos os contratos realizados pela Administração Pública, fundamentada na suposta supremacia do interesse público. Essas modificações, contudo, acabaram por elevar drasticamente os custos transacionais e a complexidade da licitação, repercutindo na eficiência do processo de escolha de parceiros e fornecedores.

O detalhamento dos ritos, a definição prévia da modalidade licitatória, enrijecimento dos critérios de julgamento da proposta e dos requisitos de habilitação exigíveis, entre outras características deste modelo de legislação, restringiam a discricionariedade técnica e impediam que a licitação e o contrato fossem moldados de acordo com o objeto pretendido. O regime licitatório maximalista produziu um modelo com procedimentos estáticos, pelo qual os processos licitatórios brasileiros muitas vezes inibem a competição e geram custos de transação extraordinários²⁵, produzindo em algumas situações mercados disfuncionais, como na hipótese de consumir-se mais recursos com o procedimento seletivo do que o valor pago ao objeto.

Em relação aos contratos administrativos, a imposição generalizada de prerrogativas extraordinárias ignorou os custos e riscos que dela decorrem. Em contratações complexas, vultosas ou que envolvam acentuado interesse público, as prerrogativas extraordinárias podem se apresentar como medida de proteção relevante e necessária; todavia, em contratações rotineiras, sua imposição pode ser desnecessária e até disfuncional, por ampliar os custos transacionais, prejudicar a competitividade e a escolha da melhor proposta possível. Segundo John Mcmillan, uma disfunção de mercado extrema ocorre quando os custos de transação são tão altos que anulam potenciais benefícios do negócio²⁶.

Essa leitura burocrática, estritamente jurídica e maximalista engessou a modelagem contratual, não percebendo o contrato como um instrumento dinâmico, responsável pela repartição de riscos, criação de incentivos e acomodação dos interesses que formalizam a troca. Da mesma forma, não conseguiu entender que uma relação contratual verticalizada pela existência de prerrogativas extraordinárias gera riscos que são internalizados pelo parceiro privado como custos que impactam o preço ofertado ou mesmo o interesse em participar da contratação, prejudicando a obtenção de propostas melhores.

1.1.4 O CICLO DA LEI Nº 8.666/93

Poucos anos após a aprovação do Decreto-Lei nº 2.300/1986, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo regime constitucional, reordenando a estrutura jurídica brasileira.

25. GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

26. MCMILLAN, John. A reinvenção do bazar: uma história dos mercados. Tradução Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 15.

Esta significativa mudança reclamava a aprovação de uma plataforma licitatória atualizada, compatível com um Estado Democrático que adotou a forma de República Federativa, constituída pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

A Constituição de 1988 tratou o tema licitações em diversos dispositivos, merecendo destaque, inicialmente, a definição, pelo inciso XXVII do artigo 22, da competência da União para legislar sobre o tema, bem como as balizas definidas pelo próprio constituinte, no inciso XXI do artigo 37, para o tema licitações e contratos.

O inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal outorgou à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Importante observar que a competência privativa da União para legislar sobre o tema “licitação e contratação” se restringiu às normas gerais. Entre os trinta incisos do artigo 22 da Constituição Federal, que tratam sobre competências privativas da União para legislar sobre determinados temas, somente nos incisos XXI²⁷ e XXVII²⁸ houve uma restrição da competência privativa da União para legislar apenas sobre normas gerais, permitindo aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas (ou não gerais). Em relação à restrição posta à competência privativa para legislar às normas gerais, ela parece ser uma resposta do constituinte aos reclames de uma única legislação licitatória (federal) para regular as licitações e contratações das organizações de entidades federativas tão diferentes, em um país continental e desigual.

Por seu turno, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal estabeleceu que: ressaltados os casos específicos 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. Trata-se de um dispositivo importantíssimo, que define diretrizes que precisam ser respeitadas por todos, inclusive pelo legislador, ao tratar sobre o tema licitações públicas.

Este cenário propiciou o debate de um projeto que, eventualmente, levou à promulgação da Lei nº 8.666/93. A referida legislação surgiu e foi aprovada durante período conturbado tanto social quanto politicamente no Brasil, marcado não só pelo começo da transição para a normalidade institucional, após extensos anos sob regime militar, mas também por coincidir com uma fase de intensos escândalos políticos.

Diante dos escândalos alegados e da consequente pressão exercida tanto pela opinião pública quanto pela mídia, o processo de elaboração da nova lei de licitações foi significativamente influenciado, resultando na intensificação dos mecanismos de controle burocrático, como forma de evitar os desvios nas licitações e contratações feitas pela máquina administrativa.

27. Art. 22. XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares;

28. Art. 22. 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, § 1º, III;

Nesse fluxo, a Lei nº 8.666/93 acentuou a plataforma formalista e burocrática do Decreto-Lei nº 2.300/1986, ignorando uma percepção econômica do processo de contratação, desprezando a necessidade de tornar o processo de seleção e contratação pública mais eficiente²⁹. A ênfase na extensão dos mecanismos de controle burocrático induziu o legislador a ignorar as transformações que estavam ocorrendo na sociedade, o avanço das novas tecnologias, o surgimento da internet e seus efeitos sobre a dinâmica do mercado, tendo em vista os estímulos gerados para novos métodos de transação, novos negócios e novas demandas, que permitiram uma miríade de mecanismos para facilitar as trocas³⁰.

Embora este debate sobre a necessidade de uma atuação administrativa eficiente já ocorresse no Brasil e a internet com seu “mundo digital” fosse algo perceptível naquele momento³¹, chega a ser curioso que, diante de todo esse quadro de mudanças disruptivas, a Lei nº 8.666/93 tenha sido aprovada mantendo uma modelagem analógica, apegada a ritos formalistas e burocráticos, com uma estrutura similar ao modelo de licitação preconizado pelo Decreto-Lei nº 200/1967 e, sobretudo, pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986.

Com a Lei nº 8.666/93 foi ampliado o caráter maximalista da legislação licitatória. Seus 126 artigos intensificaram o formato de descrição minuciosa dos ritos procedimentais e criaram novos passos de controle burocrático, restringindo ainda mais a discricionariedade técnica do gestor, com a pretensão de evitar a corrupção e proteger o interesse público.

Diante de escândalos nacionais envolvendo desvios de recursos públicos e de uma ainda incipiente profissionalização da Administração Pública, a ideia de restringir a autonomia técnica dos agentes responsáveis pela contratação pública foi estimulada por um ambiente de desconfiança em relação à integridade dos processos e dos agentes envolvidos. A Lei nº 8.666/1993 acabou por representar uma continuação do Decreto-Lei nº 2.300/1986, adotando e aprofundando seu modelo legal maximalista, o qual apostava na ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem – direcionadas, gerariam, quase que automaticamente, boas contratações³².

No entanto, embora tenha surgido como uma resposta necessária para combater tais desvios e falhas, é evidente que o regime legal estabelecido pela Lei nº 8.666/93 não cumpriu esse objetivo. Ele se mostrou incapaz de evitar a corrupção e ao mesmo tempo engessou modelagens de seleção e de contratação, induzindo ineficiência na atividade administrativa. Os custos de transação ampliados pela lógica de uma legislação

29. “O nosso sistema oferece uma tendência ao excesso de normatização, o que dificulta o conhecimento e o cumprimento da lei. Este fato também comprova o grau de formalismo vigente na sociedade brasileira - formalismo entendido por Riggs como a distância entre a letra da lei e a sua prática em nível de realidade” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95*, com a redação dada pela lei 9.648 de 27/5/98. 7. Ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 31).

30. MCMILLAN, John. *A reinvenção do bazar: uma história dos mercados*. Tradução Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 25.

31. O crescimento da Internet estimulou a busca por novos métodos de transações, novos negócios e novas demandas, e, lastreadas na veloz comunicação em mão dupla, “uma miríade de mecanismos foi imaginada para facilitar a compra e venda” (MCMILLAN, John. *A reinvenção do bazar: uma história dos mercados*. Tradução Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 25).

32. ROSILHO, Andre. *Licitação no Brasil*, São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 129.

burocrática impactaram a eficiência do processo de seleção dos fornecedores³³, gerando um modelo que além de inibir a competição ou mesmo gerar ambiente de seleção adversa, muitas vezes consumia recursos superiores aos dispendidos para a futura contratação, tornando os processos licitatórios deficitários, com dispêndio de recursos para sua realização superiores à pretensa economia proporcionada pelo procedimento competitivo. Esta situação foi externada pela Controladoria-Geral da União, em relatório publicado no ano de 2018, segundo o qual 85% dos órgãos federais seriam deficitários nas compras públicas, mesmo adotando o pregão eletrônico, modalidade considerada mais eficiente naquele período³⁴⁻³⁵.

Mesmo em comparação à legislação anterior, a Lei nº 8.666/93 burocratizou tremendamente o procedimento licitatório³⁶. Com seu modelo de seleção burocrático, formalista indutor de exagerados custos transacionais, nasceu “desconectada” da realidade vivenciada pela sociedade e pela própria Administração, o que gerou um paulatino movimento de redução da sua incidência ou mesmo de seu esvaziamento. Diversas hipóteses de contratações diretas passaram a ser criadas pelo legislador, permitindo o afastamento do letárgico processo licitatório da Lei nº 8.666/93, ou mesmo criados regimes licitatórios especiais mais pertinentes a determinadas pretensões contratuais ou a determinadas entidades da Administração Pública.

Em relação às hipóteses de contratação direta, interessante perceber que, se o texto original de 1993 previu cerca de 15 (quinze) hipóteses³⁷, no ano de 2013 ele já contava com 33 (trinta e três) hipóteses de dispensa de licitação, além das alterações e inclusões feitas no rol de licitações dispensadas previsto no artigo 17 para a alienação de bens públicos e as hipóteses de contratação direta previstas em legislações esparsas³⁸. Em 2017, o número de hipóteses de dispensas de licitação, somente na Lei nº 8.666/93, chegou a 35 (trinta e cinco), mais que o dobro daquilo originalmente previsto.

33. FIÚZA, Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuzza.pdf

34. NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC.

35. Matéria sobre a proposta da CGU está disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/04/cgu-propoe-mudancas-para-melhorar-eficiencia-das-compras-governamentais>>. Acesso em: 12abr. 2020.

36. RIGOLIN, Ivan B.; BOTTINO, Marco T. Manual prático das licitações: Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

37. Importante pontuar que além do rol de dispensas do artigo 24, a Lei nº 8.666/93 contava também, notadamente em seu artigo 17, com hipóteses para que licitações relacionadas a alienação de bens públicos fossem dispensadas. Elenco que sofreu também alterações e ampliações durante a vigência da Lei.

38. Apesar de o parágrafo inicial do artigo 2º da Lei nº 8.666/93 afirmar que a exceção à obrigatoriedade de licitar se aplicava às hipóteses por ela criadas, admitiu-se que outras leis federais apresentassem situações em que a dispensa de licitação fosse permitida. Isso ocorreu porque a competência da União para estabelecer normas gerais não se exauriu com a Lei nº 8.666/93, o que pressupunha que outras leis federais poderiam crescer as hipóteses de afastamento da obrigatoriedade de licitar. Nessa linha, por exemplo, o inciso II do § 2º do artigo 8º da Lei 11.652, de 07 de abril de 2008, criou uma exceção à licitação para a contratação da Empresa Brasil de Comunicação S/A - EBC por órgãos e entidades da Administração Pública. Da mesma forma, a Lei nº 12.873/2013 introduziu uma hipótese de dispensa que autorizava a CONAB a contratar, sem licitação, instituições financeiras públicas federais para atuar na gestão e na fiscalização de determinados tipos de obras e serviços de engenharia.

Além disso, houve a aprovação de regimes licitatórios paralelos, que passaram a esvaziar a aplicação do processo licitatório preconizado pela Lei nº 8.666/93³⁹. Nesta senda, por exemplo, a Lei nº 10.520/2002 criou a modalidade pregão, com rito próprio para a licitação de bens e serviços comuns (que na mesma década passou a ser mais utilizada que todas as modalidades da Lei nº 8.666/93 juntas). Na mesma linha, a Lei nº 12.232/2010 foi criada para regular especificamente as licitações e contratações de serviço de publicidade pela Administração; a Lei nº 12.462/2011 estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), inicialmente voltado para as licitações e contratações necessárias à preparação do país para os megaeventos esportivos ocorridos entre 2013 e 2016, mas que posteriormente foi ampliado para outros tipos de demanda de diversas áreas da Administração Pública, e, em 2016, foi aprovada a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), que previu um regime licitatório específico e mais eficiente para as empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, é idêntica a certa necessidade de modernização das normas vigentes sobre licitações e contratos, algo evidenciado ao longo do tempo, tendo em vista que, pela modelagem maximalista preconizada pela legislação, “o procedimento licitatório tornava-se mera ritualística”, insuficiente para combater as falhas do sistema de aquisições e contratos⁴⁰.

1.1.5 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A SELEÇÃO DE FORNECEDORES E A APROVAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES⁴¹

Desde o Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguido pela Lei nº 8.666/93, a legislação brasileira vem estabelecendo ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor apto ao atendimento da pretensão contratual⁴², sem qualquer preocupação com os custos transacionais advindos de tais procedimentos e a baixa eficiência e disfuncionalidade de tais exigências.

Como explicado outrora, o texto da Lei nº 8.666/93 foi aprovado adotando plataforma similar à do Decreto-Lei nº 2.300/86, motivo pelo qual não se conectou ao já iniciado desenvolvimento das tecnologias de comunicação e pesquisa pela rede (internet). Thiago Marrara ilustra muito bem ao comentar que ela “nasceu sob o império do telefone fixo,

39. “As alterações normativas realizadas no regime jurídico das contratações públicas específicas buscaram, de um modo ou de outro, romper com esta noção de regime jurídico unitário. Dessa forma, criaram-se, fora da Lei 8.666/1993, novos modelos contratuais voltados a finalidades particulares, os quais se sujeitariam a regras próprias de licitação; o fenômeno de diversificação contratual foi acompanhado da multiplicação de procedimentos adjudicatórios” (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 205).
40. MÓTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.
41. Este tópico é baseado em trecho de artigo publicado em coautoria com o Professor Marcos Nóbrega. Vide: NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. *A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas*. 2020. Disponível em <https://www.licitante.com.br/emarketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em 02/01/2020, às 20:21.
42. Pretensão contratual é a formalização da solução necessária ao atendimento da necessidade administrativa a ser suprida, através de atividade a ser realizada por terceiro (ou terceiros). Vide TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 11ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2020. p. 47.

das correspondências por carta, das páginas amarelas e da comparação manual de preços em cadernetas de papel”.⁴³

O texto burocrático e analógico da Lei nº 8.666/93 foi isolacionista e ignorou a mudança comportamental gerada pela comunicação em rede, caracterizada pelo verbo “compartilhar”, recebendo a contratação pública como uma relação isolada entre o órgão licitante e o fornecedor, desprezando o mundo virtual e a conectividade a ele inerente.

Mesmo no campo doutrinário houve pouco debate sobre as evidentes disfunções de nosso regime licitatório tradicional, pois poucas vezes aprofundou-se uma análise econômica que tentasse “explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos de contratação pública”.⁴⁴

Com as recentes mudanças tecnológicas e mercadológicas, a defasagem do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter nitidamente analítico, burocrático e detalhista, fi cou cada vez mais patente, o que se agigantou com as dificuldades vivenciadas no ano de 2020, pelo enfrentamento à pandemia decorrente do Coronavírus. A necessidade de contratações eficientes e céleres, diante de um momento de turbulência no mercado, ampliou as evidências das disfunções do sistema de compras governamentais brasileiro⁴⁵.

Há anos, essas mudanças no mercado e na tecnologia vinham gerando uma paulatina alteração da legislação, contudo, com elogiáveis exceções, as mudanças na legislação de licitações no Brasil partiram “do míope receituário clássico de que temos informação simétrica, ausência de custos de transação e simetria informacional”, reunindo “parâmetros arcaicos sob o manto do fetiche do menor preço e com grandes doses de burocracia e irracionalidade”, sendo “incapaz de observar os incentivos reais dos agentes em determinada transação”⁴⁶.

Vale frisar, mesmo quando o legislador buscou reduzir tais gargalos, a máquina estatal, contrariando a melhor doutrina⁴⁷, movimentou-se para manter uma posição

43. MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (III): instrumentos de contratação agregada e de contratação eletrônica. *Revista Direito do Estado*, n. 146, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-iii-instrumentos-de-contratacao-agregada-e-de-contratacao-eletronica>. Acesso em 28 set. 2016.

44. NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. *R. bras. de Dir. Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

45. FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36397. Acesso em 20/12/2020.

46. NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

47. Entre os doutrinadores que se posicionaram pela especificidade do regime habilitatório prescrito pela Lei do Pregão, podemos destacar Jacoby Fernandes e Joel de Menezes Niebuhr. Vide: JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Regras de habilitação em pregão eletrônico e presencial. Disponível em < [http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/\\$File/NT00038E7E.pdf](http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/$File/NT00038E7E.pdf)>. Acessado em 08 de agosto de 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 4ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pg. 397/398.

conservadora, como ocorreu com a modalidade pregão, na qual, embora a Lei tenha definido um regime de habilitação simplificado e flexível, a regulamentação e a praxe administrativa optaram por definir uma aplicação subsidiária e integral dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93, em evidente equívoco hermenêutico, que desprezou a opção legislativa, tratando-a como uma inadequada omissão e lacuna.

Os diversos custos de transação envolvidos no procedimento licitatório impactam sobremaneira a seleção dos fornecedores, gerando um modelo no qual este custo transacional burocrático⁴⁸ consome recursos superiores aos dispendidos para a futura contratação⁴⁹.

A nova lei de licitações repete um pouco da velha fórmula de realização da licitação, como um procedimento repleto de *steps* de controle que inicia sua fase externa com a publicação de um edital, para conhecimento dos potenciais interessados. Contrariando expectativas⁵⁰, o legislador cunhou um modelo baseado na plataforma da legislação anterior, com sua lógica formalista, sem avançar sobre as inovações tecnológicas e sociais que impactaram e continuarão impactando as formas de comunicação e contratação.

Verdade seja dita, não seria fácil uma transformação abrupta de modelo; talvez sequer desejável, diante do quadro de imaturidade institucional em muitas organizações públicas. Provavelmente por isso o Congresso Nacional foi induzido a legislar “olhando para trás” e não para frente, ao conceber o modelo legal de contratações públicas. A manutenção da modelagem, inclusive, pode ter sido oportuna, para facilitar a adaptação dos milhares de agentes públicos e privados que atuam com contratações públicas.

De qualquer forma, é fundamental fixar que, embora não seja “revolucionário” ou “disruptivo”, o texto da Lei nº 14.133/2021 representa significativo avanço legislativo e possui novidades que podem ter seu potencial ampliado, dependendo da regulamentação que seja realizada e da evolução da doutrina e da jurisprudência sobre os institutos pertinentes.

O claudicante processo legislativo, que durou mais de uma década, para aprovação de uma Nova Lei de Licitações, é prova das dificuldades para que o Legislativo concluísse a produção de um diploma geral sobre o tema. Basta, para ilustrar, lembrar que, em todo este trajeto, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2017, o Senado já havia analisado uma versão para o Projeto (PL 559/2013), tendo encaminhado para a Câmara dos Deputados, que aprovou um substitutivo e o devolveu ao Senado em outubro de 2019⁵¹, o qual foi efetivamente recebido pelo Senado apenas no mês de novembro de 2020!

No decurso desse tempo, enquanto os Projetos de Lei construídos pelo Parlamento formatavam o texto para uma nova lei de licitações e contratos, partindo de uma

48. FIÚZA, Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf

49. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5438381/decreto-vai-atualizar-valores-de-licitacao-congela-dos-ha-20-anos>. Acesso em: 12 abr. 2020.

50. NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e *e-marketplace*: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

51. Vide didático resumo da tramitação nas casas legislativas, feito pelo professor Victor Amorim, em postagem publicada no Portal “Observatório da nova lei de licitações”: <http://www.novaeilicitacao.com.br/2019/12/04/perspectivas-de-tramitacao-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-em-seu-retorno-ao-sena-do-federal/>

“plataforma legal” semelhante à Lei nº 8.666/93, que já repetia o modelo maximalista e analítico do Decreto Lei nº 2.300, de 1986⁵², o mercado sofreu constantes alterações, impulsionadas pelas novas tecnologias, novas formatações sociais e também pela expansão cada vez maior da troca de informações no ambiente da internet. Uma verdadeira revolução ocorreu; o mundo mudou, repercutindo em novas formas de contratação, em novos serviços e até em novas necessidades a serem supridas pela máquina administrativa, nem sempre compatíveis com as rotinas concebidas sob a visão do legislador tradicional.

O resultado foi um regramento analítico que não optou pela simplificação do procedimento e pela mudança da estrutura procedimental já definida nas legislações anteriores, mas pela consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes, “adicionando a elas alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais”⁵³.

Por outro lado, é bem verdade, repise-se, o texto possui diversos avanços em relação ao regime geral de licitações. Ao agregar às disposições da Lei nº 8.666/93, regras da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462/2011 (RDC), incrementou o regime geral de licitações com relativa flexibilidade e “ferramentas” interessantes, já aprovadas no uso do RDC ou mesmo em diplomas estrangeiros.

O texto não trouxe a revolução normativa que alguns esperavam, mas certamente contribuiu e muito para o aprimoramento das contratações públicas brasileiras. A disposição legal sobre algumas interessantes regras de governança, a ampliação do formato eletrônico para todas as modalidades, o orçamento sigiloso, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a contratação integrada e a semi-integrada, a remuneração variável, os modos de disputa, a possibilidade de cláusula de retomada, o diálogo competitivo, a pré-qualificação (permanente), entre outras, foram disposições interessantes, que podem permitir incremento de eficiência no procedimento de seleção do fornecedor e na execução contratual.

1.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Para o correto estudo desta matéria, é importante visitar seus fundamentos constitucionais.

O inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal outorga à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional 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 inciso III do § 1º de seu artigo 173. Cabe observar que a competência privativa para legislar da União se restringe às normas gerais, motivo pelo qual, como será visto adiante, os demais entes federativos podem legislar sobre normas específicas em licitações e contratação.

52. ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29-30.

53. GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que: 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. É um dispositivo importantíssimo, que define diversas diretrizes que deveriam ser respeitadas por todos, inclusive pelo legislador, ao tratar sobre o tema licitações públicas.

O inciso III do § 1º do artigo 173 da Constituição definiu que 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. Entre outros aspectos, tal estatuto jurídico disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observando os princípios da Administração Pública. Essa disposição fundamenta, como se verá adiante, a percepção de um raciocínio diferenciado em relação à submissão dessas estatais ao estatuto licitatório. A Lei federal nº 13.303/2016, estabeleceu regime licitatório específico para as estatais, exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos.

O artigo 175 da Constituição, ao tratar sobre a prestação de serviços públicos, firmou que sua prestação, diretamente pelo Poder Público ou por regime de concessão ou permissão, decorrerá sempre de licitação.

1.3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

De acordo com o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação. Isso significa que outros entes federativos poderão legislar sobre normas específicas acerca da matéria. Há, portanto, uma competência privativa da União, no que tange às regras gerais, e uma competência comum, no que se refere às regras específicas.

Assim, todos os entes federativos podem editar leis sobre licitação, embora devam obedecer àquelas normas gerais traçadas pela União.

O respeito ao princípio federativo impõe que se garanta uma margem de autonomia ao ente da Federação, o que leva a discussões sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos que, claramente, estabelecem regramento materialmente específicos.

De tal disposição constitucional podemos extrair algumas premissas, dentre elas: se consideradas específicas, as regras existentes na legislação federal apenas vinculam a União, permitindo regramento diferente por Estados, Distrito Federal e Municípios. Noutro diapasão, quando tratar sobre matéria geral, a lei federal não pode restringir sua normatização às relações jurídicas contratuais da União, pois isso fraudaria a competência constitucionalmente estabelecida. Nesta senda, regras materialmente gerais devem ser interpretadas conforme a Constituição, de maneira a serem aplicadas pelos demais entes da federação, mesmo que o texto da lei federal tenha se omitido em relação a isso.

Nesse sentido, o STF, no julgamento da ADI 3059/RS, definiu que a competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos

respalda a fixação, por lei, de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema. Importante observar que, no caso em tela, a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não excluiu possíveis contratantes dos certames públicos estaduais, mas tão somente estabeleceu preferência pelo software livre, de forma que todo fabricante poderá participar da licitação, desde que estivesse disposto a celebrar o licenciamento amplo desejado pela Administração.

Outrossim, no referido julgado (ADI 3059/RS), o STF lembrou que a matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), motivo pelo qual seria suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

Em outro julgado, ao analisar Lei distrital que inverteu fases licitatórias, prevendo regra diferente da então Lei Federal de licitações e contratos (Lei nº 8.666/93), o Ministro Fux, relator do Acórdão, pontuou que:

É desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas⁵⁴.

Acrescentou o Ministro Relator que a imposição da simples reprodução acrílica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, “inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória”⁵⁵.

Já ao analisar a tentativa de um estado da Federação de criar hipótese inovadora de dispensa de licitação, o mesmo Supremo entendeu que a norma era inconstitucional, por invadir a competência exclusiva (na verdade, privativa) da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos⁵⁶.

Por fim, em interessante Acórdão, relatado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, ao analisar Lei estadual editada para instituir, no âmbito da administração pública, a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor – CVDC (uma espécie de novo documento de regularidade exigível na habilitação das licitações daquele Estado), o STF entendeu que a disposição era inconstitucional, por afrontar a competência legislativa da União, ao estabelecer desequiparações entre os concorrentes, restringindo o direito de participar de licitações⁵⁷.

No referido Julgado, o Ministro Teori, com acerto, pondera que o conceito de “normas gerais” é indeterminado por natureza, inviabilizando “qualquer proposta de identificação apodítica dos temas subsumíveis na sua definição e daqueles que seriam periféricos, e,

54. STF. RE-RG nº 1.188.352/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2019.

55. STF. RE-RG nº 1.188.352/DF, Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2019.

56. STF. ADI nº 4.658/PR, Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 11.11.2019.

57. STF. ADI nº 3.735/MS, Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 01.08.2017.