



Centro Universitário de Brasília - CEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

Alisson Rafael Rodrigues Alves

REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

**BRASÍLIA/DF
2021**

Alisson Rafael Rodrigues Alves

REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Professora Orientadora, Viviani Gianine Nikitenko

**BRASÍLIA/DF
2021**

Alisson Rafael Rodrigues Alves

REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Professora Orientadora, Viviani Gianine Nikitenko

BRASÍLIA, 29 de novembro de 2021.

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho, com muito amor,
à Luiza.

AGRADECIMENTOS

Em memória da minha mãe, Alda Rodrigues, que, mesmo com todas as dificuldades, sempre buscou oportunizar a melhor educação possível, incentivando-me, em todos os momentos, na construção de uma vida profissional sólida, baseada nos valores do respeito, da responsabilidade, e da retidão.

Agradeço também a todos os colegas de curso, em especial, aos amigos Hugo, William, Júnior e Elias, que, juntos, compartilharam conhecimentos, desafios, risadas, churrascos e muitas horas de estudo.

Um agradecimento especial à Professora Viviani, pela orientação e pela atenção dispensada para concretização deste trabalho.

Por fim, agradeço ao Centro Universitário de Brasília – CEUB e a todos os professores que contribuíram para a obtenção deste título, por sua dedicação e elevada qualidade do ensino oferecido.

*Quem pensa por si mesmo é livre,
E ser livre é coisa muito séria.*
Renato Russo, 1996.

RESUMO

A monografia investiga os regimes jurídicos de contratação pública existentes no Brasil, a partir da perspectiva da evolução histórica da legislação, desde o período colonial até os dias atuais, com especial destaque para as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Além disso, a monografia também aborda o surgimento e a definição conceitual de licitação, sua natureza jurídica, bem como, o processo de contratação pública, suas etapas e diferenças em relação aos procedimentos legais de seleção de proposta.

Palavras-chave: contratação pública, licitação, compras, contrato administrativo, regimes jurídicos, administração pública, planejamento.

ABSTRACT

The monograph investigates the legal systems of public procurement existing in Brazil, from the perspective of the historical evolution of legislation, from the colonial period to the present day, with special emphasis on the innovations brought about by Law n. 14,133/2021 (new Public Bidding Law and Administrative Contracts). In addition, the monograph also addresses the emergence and conceptual definition of public bidding, its legal nature, as well as the public procurement process, its stages and differences in relation to the legal procedures of selection of bids.

Keywords: public procurement, bidding, purchases, administrative contract, legal regimes, public administration, planning.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARP	Ata de Registro de Preços
CD	Câmara dos Deputados
CCU	Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536/1922)
CN	Congresso Nacional
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
DL	Decreto-Lei
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
EPP	Empresa de Pequeno Porte
FNDE	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
LLC/93	Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993)
MP	Medida Provisória
ME	Microempresa
MEC	Ministério da Educação
NLLC/21	Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021)
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
PCP	Processo de Contratação Pública
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
RPN	Registro de Preços Nacional
SEGES	Secretaria de Gestão
SF	Senado Federal
SRP	Sistema de Registro de Preços
SUS	Sistema Único de Saúde
SEMOR	Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO DA COISA PÚBLICA E O NASCIMENTO DA LICITAÇÃO	14
1.1. Os Princípios como Fonte de Direito para às Contratações Públicas.....	14
1.2. O Nascimento da Licitação e o Elo da Impessoalidade.....	16
1.3. Uma Visão Jurídica sobre a Impessoalidade.....	18
1.4. Uma Visão Histórica sobre a Impessoalidade.....	20
2. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO (século XVII a XX)	22
2.1. Os Primeiros Lampejos da Licitação - da Colônia à Independência.....	22
2.2. O Surgimento da Licitação durante a Era Imperial.....	23
2.3. A Infância Difícil da Licitação: Da República à Ditadura Militar.....	24
2.4. A Adolescência e o Processo de Amadurecimento da Licitação.....	27
2.5. A Fase Adulta da Licitação.....	28
3. DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO	30
3.1. Fundamentos: Finalidade (ou Objetivo) e Conformidade.....	30
3.2. A Natureza Jurídica.....	31
3.3. A Definição.....	32
4. O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA	35
4.1. Regimes de Execução Direta e Indireta de Serviços Públicos.....	35
4.2. A Semântica do Processo de Contratação Pública (PCP).....	36
4.3. As Três Etapas de Planejamento (Planejamento, Seleção do Fornecedor e Contratação)....	39
4.4. O Quadrinômio Básico do Processo de Contratação: Problema, Solução, Terceiro, Relação Custo-Benefício.....	41
4.4.1. Identificação de uma necessidade a ser satisfeita (o problema).....	41
4.4.2. Identificação de um encargo (solução) ou objeto capaz de satisfazer a necessidade;	43
4.4.3. Seleção de uma pessoa (terceiro) com condições de viabilizar a solução	44
4.4.4. Melhor equivalência entre o encargo ou objeto a ser cumprido e a remuneração a ser paga (relação custo-benefício).....	45
5. REGIMES JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	46
5.1. A Constitucionalização da Licitação: Uma Oportunidade para Poucos?.....	46
5.2. Três Décadas do Regime Jurídico Instituído pela Lei nº 8.666/1993	49

5.2.1.	O Sistema de Registro de Preços (SRP): Uma Grande Ideia!.....	54
5.3.	O Pregão e a Transmutação das Compras Públicas.	58
5.3.1.	O Remédio para Todos os Males	58
5.3.2.	Bens e Serviços Comuns: Um Problema Conceitual	62
5.3.3.	O Surgimento do Pregão: Um Novo Regime Jurídico.....	66
5.4.	Outros Regimes Jurídicos aplicáveis.	68
5.4.1.	Regime Diferenciado de Contratações.....	68
5.4.2.	O Regime Jurídico de Contratações das Sociedades Anônimas e das Empresas Públicas...	70
6.	A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVO	73
6.1.	Histórico da Tramitação nas Casas Legislativas.....	73
6.2.	Um Novo Regime Jurídico e suas Disposições Preliminares	77
6.3.	Normas Gerais de Licitação e Contratação	79
6.4.	Estrutura Normativa.....	82
6.5.	O Que Há de Novo?.....	84
6.5.1.	Publicidade.....	84
6.5.2.	PNCB.....	86
6.5.3.	Modalidades	88
6.5.4.	Contratação Direta	89
6.5.5.	Garantias	92
6.5.6.	Prazos	93
6.5.7.	Modos de Disputa	94
6.5.8.	Regimes de Execução	95
6.5.9.	Orçamento Sigiloso.....	95
6.5.10.	Atores	96
6.5.11.	Resolução de Conflitos Administrativos.....	97
6.5.12.	Crimes em Licitações e Contratos Administrativos.....	98
6.5.13.	Contratos Administrativos	98
6.5.14.	Planejamento e Governança das Contratações Públicas	100
6.5.15.	Outras Características	101
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
	REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

É certo que o tema *contratações públicas*, além de ser de extrema relevância dentro do estudo do Direito Administrativo e da Administração Pública – uma vez que congrega tópicos jurídicos, igualmente relevantes, tais como, contratos administrativos, licitação, serviços públicos, princípios administrativos, responsabilidade, crimes etc. –, também ganhou destaque nos noticiários, fóruns temáticos, debates públicos, artigos acadêmicos e em revistas e livros especializados, por conta da edição da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também conhecida como nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A euforia não é para menos: a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos veio para substituir um regime jurídico de aproximadamente trinta anos, instituído pela Lei nº 8.666/1993 – que já se mostrava, deveras ultrapassado –, bem como, para consolidar modelos de contratação que se mostraram, ao longo do tempo, mais eficientes. Não só isso, ela também veio para introduzir novas regras, com o objetivo de tornar as contratações públicas mais adequadas às tecnologias disponíveis e, sobretudo, às necessidades da Administração Pública.

Isso não é obra do acaso. A observância do processo de licitação pública para contratação de obras, bens e serviços, decorre de regra prevista no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, que exige seja assegurada a igualdade de competição aos concorrentes. Em que pese a previsão constitucional ser direta e simples, entender o processo de contratação pública e as diversas nuances do procedimento licitatório não é das tarefas mais fáceis. Isso porque existe, no País, um imbrincado sistema de aquisição pública, no qual concorre, de um lado, os órgãos centrais de regulamentação, na expedição de normas infralegais e de supervisão de sistemas operacionais, e do outro, uma legislação esparsa, extremamente prolixa e, muitas vezes, pouco objetiva.

No meio disso tudo, surgem também os órgãos de controle administrativo, a exemplo dos Tribunais de Contas e auditoria internas, que têm especial relevância na implementação da correta interpretação da legislação, com foco na eficiência na aplicação dos recursos do Erário, bem como, os órgãos do Poder Judiciário, que sempre são chamados a resolver temas atinentes, por exemplo, questões contratuais, editalícias ou mesmo de participação/desclassificação em licitações.

Agrava a situação a enorme quantidade de normas legais e infralegais, necessárias para regulamentar os diversos institutos de contratação disponíveis, apresentados das mais diversas formas (modalidades, regimes, tipos de licitação, hipóteses de dispensa, inexigibilidade etc.),

exigindo do administrador público, quase sempre, um conhecimento prévio e aprofundado sobre o tema, para que possa se aventurar pelos processos de aquisições de órgãos e entidades públicos, com um mínimo de segurança jurídica.

Somente para exemplificar, de acordo com dados do Painel de Compras, do Ministério da Economia, de janeiro de 2019 até janeiro de 2021 (período da Pandemia de Covid-19), foram realizados mais de 770 mil processos de contratações públicas, gerando o empenho de mais de R\$ 157 bilhões¹ ao longo do período. Esses dados demonstram a relevância das contratações públicas para a economia e para o mercado produtor de bens e serviços.

Não por outro motivo, a edição de uma nova norma geral de licitações decorre do entendimento da sociedade de que o processo de contratação precisava de um novo marco regulatório, para se adequar às novas necessidades da sociedade, marcada por rápidas transformações tecnológicas, adequando-se às novas relações produtivas e de aquisições, sobretudo, em relação às empresas que atuam no segmento de vendas ao governo.

Não por outro motivo, resolveu-se falar deste tema fascinante e extremamente rico. No entanto, o foco aqui será um pouco mais abrangente e não se restringirá à nova Lei de Licitações. Na verdade, sem a intenção de esgotar o assunto, a ideia é discorrer sobre os regimes jurídicos de contratação pública existentes no Brasil, sua evolução, e a nova realidade normativa, tendo como parâmetro de discussão e de estudo uma matriz teórico-conceitual, uma matriz evolutiva e uma matriz analítico-expositiva, as quais serão detalhadas a seguir.

A primeira matriz, de cunho teórico-conceitual, buscará responder três questões principais: - Qual a razão ou objetivo para a existência de um procedimento de seleção de propostas denominado “licitação”? - Qual a definição e a natureza jurídica da licitação? - Em que consiste o processo de contratação?

O *Capítulo 1* tentará responder a primeira indagação. Para tanto, será necessário voltar um pouco no tempo e analisar as primeiras experiências históricas de seleção de propostas e o que elas têm em comum com as práticas atuais, pelo prisma do princípio da impessoalidade. Para ajudar a compreender os alicerces da contratação pública, será estudado, em conjunto, a influência do surgimento das repúblicas modernas na consolidação da licitação como uma prática de observância obrigatória na administração da coisa pública.

Os *Capítulos 3 e 4* serão dedicados a responder as outras duas indagações, isto é, apresentar a definição doutrinária de licitação, a sua natureza jurídica, os fundamentos legais e

¹ <http://painelcompras.economia.gov.br/> <acessado em 9 de ago de 2021>;

princípios para sua realização, bem como, os elementos componentes do processo de contratação, com destaque especial, para a formação lógica de suas etapas (planejamento, seleção e contratação) e para o estudo do quadrimônio básico da contratação (problema, solução, terceiro, relação custo-benefício).

A segunda matriz deste trabalho, por sua vez, apresentará a evolução histórica-normativa das contratações públicas no Brasil, em duas partes distintas, porém, complementares. A primeira parte, tratada no *Capítulo 2*, analisará as normas/dispositivos sobre contratações públicas no período que vai do século XVII até o século XX, tendo como marco temporal final a edição da Constituição Federal de 1988. A segunda parte, abordada no *Capítulo 5*, analisará os regimes jurídicos de contratação pública pós-Constituição Federal de 1988, antes da entrada em vigor da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Salienta-se que, ao longo da história jurídico-administrativa do Brasil, o tema das aquisições públicas tem marcado presença na legislação pátria. Sob a égide da primeira Constituição de 1824, ainda no Período Imperial, foi publicado o primeiro decreto estabelecendo regras e procedimentos de aquisição a serem observados pelo gestor público. De lá, para cá, as normas evoluíram paulatinamente, passando de simples dispositivos destinados a atender às necessidades isoladas de órgãos ou serviços públicos específicos, para um conjunto de normas gerais e específicas, de *status* constitucional, que deram uma maior robustez, sistematização e segurança jurídica para as contratações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No contexto do período pós-redemocratização, destaca-se a edição da Lei nº 8.666/1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, e que perdurou por quase três décadas². Este marco regulatório, posto em prática no início dos anos 1990, introduziu um regime jurídico de contratação que trouxe benefícios concretos em relação à sistemática de contratação até então utilizado.

Outros regimes jurídicos, mais eficientes e adequados à realidade e às necessidades específicas da Administração Pública surgiram ao longo das décadas de 2000 e 2010, a exemplo do pregão, em especial do pregão eletrônico, do Regime Diferenciado de Contratações e do Regime Jurídico de Contratações das Sociedades Anônimas e das Empresas Públicas

² A Lei nº 8.666/1993, de acordo com o art. 193, inciso II, da Lei 14.133/2021, será revogada após decorridos dois anos da publicação desta Lei.

No entanto, na última década, também cresceu a necessidade de uma vasta gama de soluções de informações estratégicas para geração de informações gerenciais – a exemplo de ferramentas de *big data*, inteligência artificial, extração e processamento de dados –, o que evidenciou que era necessário dar um passo adiante em busca de novas estratégias de contratação, mais adequadas à realidade atual.

A solução encontrada, após uma longa jornada de proposições, discussões, audiências, emendas e aprovações no Congresso Nacional, foi a edição de uma nova norma jurídica para substituir, em definitivo, os regimes jurídicos de contratação até então utilizados, reunindo em uma só lei, o que cada uma das outras tinha de melhor. É justamente aqui, que será introduzida a terceira e última matriz, de cunho expositivo-analítica, que terá como objeto de estudo a nova Lei de Licitações, em uma perspectiva de análise, mais detalhada, e expositiva das principais inovações trazidas, bem como as principais características.

A partir deste debate, espera-se, ao final deste trabalho, conseguir responder ao seguinte problema de pesquisa: **a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) representa uma evolução ao regime jurídico de contratações públicas?**

O objetivo geral deste trabalho é averiguar se a nova lei de licitações, a partir das inovações trazidas, pode ser entendida como um marco de evolução em relação aos regimes de contratação pública precedentes.

Os objetivos específicos são os seguintes:

- a) Caracterizar e definir o que é a licitação, suas origens históricas, finalidades, características e natureza jurídica;
- b) Aprofundar, tecnicamente, a discussão sobre o processo de contratação pública, características, etapas fundamentais, bem como, sua diferença em relação ao procedimento de licitação;
- c) Apresentar a evolução histórica da legislação e dos regimes jurídicos atinentes às contratações públicas no Brasil, antes e depois da Constituição Federal de 1988;
- d) Descrever o debate público em torno do anteprojeto da nova Lei de Licitações;
- e) Analisar, juridicamente, as características, competências, abrangências, inovações da nova Lei de Licitações.

Espera-se que, por meio do estudo e do debate proposto neste trabalho, seja possível despertar a curiosidade para o tema das contratações públicas, em especial, do tema “licitação”, pois, somente por meio do cotejo de ideias é possível aperfeiçoar os processos, procedimentos, modelos em vigor, e, por conseguinte, bem compreender e possibilitar a finalidade última da

administração pública, em seu mister de bem atender, com qualidade, agilidade e economia, ao interesse público.

1. A IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO DA COISA PÚBLICA E O NASCIMENTO DA LICITAÇÃO

1.1. *Os Princípios como Fonte de Direito para às Contratações Públicas.*

As contratações públicas, no Brasil, materializam-se por meio de um conjunto de ritos procedimentais e específicos, definidos em lei. Dentre os procedimentos de contratação pública já estabelecidos, o rito da *licitação* é o mais conhecido e robusto. Ao seu lado, também surgem outros procedimentos de contratação muito conhecidos, a exemplo da dispensa de licitação, da inexigibilidade, da adesão a atas de registro de preços, dentre outros. Esses procedimentos, embora sejam diferentes entre si, tem algo em comum: todos eles têm o condão de, ao final, gerar um contrato público. Em outras palavras, é como se existissem várias estradas, cada uma com sua própria história, mas que, ao final, levam ao mesmo destino comum à todas elas.

Para que isso seja possível é necessário que esses ritos e procedimentos estejam apoiados em conjunto de normas e regras próprias, devidamente sincronizadas, ditando a forma e o momento como os atos devem ser praticados e, sobretudo, quem tem a competência para praticá-los. O fato é que se trata de uma intrincada e complexa estrutura normativa que nem sempre consegue resolver todos os problemas e percalços que aparecem no exercício diário da prática administrativa. Além da organização normativa de base - formada por normas gerais e específicas -, as contratações públicas também precisam se apoiar em outras fontes do Direito para que o seu significado e sentido possam estar completos. Dentre estas fontes estão a doutrina, a jurisprudência, e, em especial, os princípios de direito. Estes, inclusive, fornecerão os elementos necessários para a discussão que será proposta mais adiante.

Os princípios possuem aplicação direta no âmbito do direito administrativo e das contratações públicas, constituindo-se em um importante elemento para o estudo das “licitações”, seja por meio da investigação das razões ou motivações que envolvem a adoção da licitação como padrão para as aquisições no setor público, seja para se compreenda a evolução histórica deste procedimento. Segundo Bonavides (2005, p. 286-287), os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico, exigindo-se que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites, que tenham o mesmo conteúdo, sigam na mesma direção e realizem o seu mesmo espírito.

Os princípios administrativos têm sua previsão expressa no artigo 37 da Constituição Federal de 1998, ao dispor que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes

da União, Estados, do Distrito Federal e do Municípios obedecerá aos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Outros princípios administrativos, aplicáveis às contratações públicas, estão previstos nas normas específicas sobre o tema. Por exemplo, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Já no âmbito das contratações públicas, a Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, prevê, em seu artigo 3º, os seguintes princípios:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, instituída pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também prevê princípios de observância obrigatória, em seu artigo 5º:

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

Diante dos princípios apresentados, poder-se-ia indagar – a título de mero exercício mental – qual a real motivação ou razão para que se realize um procedimento de seleção prévio à contratação, ancorada em regras e condições pré-estabelecidas. Do ponto de vista pragmático, a resposta pode ser apresentada de diversas maneiras: obter a melhor proposta para a administração (princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração); garantir a isonomia entre os participantes (princípio da isonomia); fomentar setores e mercados produtores (princípio do desenvolvimento nacional sustentável); obter a proposta de menor preço (princípio da economicidade); garantir a moralidade administrativa (princípio da

moralidade), ou simplesmente; atender ao que está consignado na norma (princípio da legalidade) etc.

Aprofundando-se um pouco mais na discussão, sem prejuízo de certa incursão filosófica sobre o tema, poder-se-ia questionar: será que algum dos princípios administrativos aplicados às contratações públicas teria, de fato, a capacidade de exprimir, em sua totalidade, a necessidade e a motivação subjacente para a existência da licitação?

Para responder às questões formuladas, será necessário voltar um pouco no tempo e acompanhar o surgimento dos primeiros procedimentos de seleção de que a humanidade tem notícia.

1.2. O Nascimento da Licitação e o Elo da Impessoalidade

Segundo Araújo (2020, p. 574-575), havia relatos de que na Roma Antiga eram realizados atos públicos de alienação de despojos de guerra em uma espécie de “leilão público”, bem como, para a realização de obras públicas. Foi nesta época também que surgiu a expressão “hasta pública” (NOHARA, 2019). A palavra *hasta* significa “lança”, em latim, e simbolizava a propriedade pública e, não por outro motivo, “*era espetada defronte do lugar onde se procedia à venda dos bens dos devedores ao tesouro público*” (CUNHA, 2020).

Era um dos primeiros procedimentos escolha de propostas em ato público. Mais do que isso, era um dos primeiros procedimentos de escolha de proposta com claros contornos de impessoalidade, ou seja, uma tentativa de separação entre público e privado, isto é, de isenção na prática do ato, ainda que este conceito jurídico não decorresse, impositivamente, de norma legal vigente à época, mas de uma necessidade inerente à própria legitimidade do ato.

Por sua vez, durante a Idade Média, houve registros de uso de um sistema denominado “vela e pregão”. Segundo Nohara (2019), apregoava-se, por meio de avisos informativos, o chamamento de possíveis interessados em executar obras. Os construtores, por sua vez, deveriam comparecer em determinada data, local e horário para ofertar os seus lances em um tempo limite que se esgotaria aleatoriamente, livre de interferência humana, sagrando-se vencedor (adjudicatário) aquele que ofertasse o menor preço. O saudoso professor Meirelles (2005, p. 30), descreve esse procedimento da seguinte forma:

Nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado “vela e pregão”, que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguiu a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço.

Esse sistema utilizado na Europa feudal é muito similar à principal e mais influente modalidade de licitação pública no Brasil, o pregão, que também é adotado em outros países, a exemplo do *leilão holandês*, que tem regras próprias, mas que seguem o mesmo espírito da já conhecida e antiga “vela e pregão”.

Os dois exemplos históricos descritos, se comparados com os procedimentos atuais, demonstram que a busca pela impessoalidade parece ser o elo em comum dos diversos procedimentos de seleção empreendidos ao longo da história. Percebe-se claramente, que já havia, milênios atrás, certa preocupação com a questão da *impessoalidade*, ainda que esta pudesse se revelar de certa forma incipiente, se comparado com as necessidades e condições atuais. Isto é, já era possível verificar traços de impessoalidade na administração da coisa pública desde a Antiguidade e a Idade Média (ARAUJO, 2018, p. 574).

Portanto, tomar-se-á como hipótese, em resposta à questão levantada no tópico anterior deste Capítulo³, que a licitação existe, em um primeiro plano, para que se garanta a impessoalidade da seleção do fornecedor. Ou seja, o princípio da impessoalidade é o elo central para a própria razão de ser da licitação. É por meio da licitação que se obtém as garantias mínimas para alcance da neutralidade, da imparcialidade e da isenção de quem escolhe, desde que sejam observados os critérios legais, as regras de participação pré-definidas e seja posto em prática a igualdade de condições para quem participe da disputa.

Por óbvio, não se está a dizer que os demais princípios sejam menos importantes para esta análise. No entanto, tal como visto, o procedimento de seleção em seus primórdios não era regido por lei, nem almejava necessariamente, em sua essência, a consagração da eficiência. Da mesma forma, esses procedimentos nem sempre tiveram caráter econômico (maximizar a redução de custos financeiros).

Na verdade, a sistematização da licitação como meio de garantir a melhor escolha, tanto do ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista da eficiência, observando-se procedimentos previamente estabelecidos no ordenamento legal, só veio a ocorrer ao longo do século XX. Dentre as explicações possíveis para que esse fenômeno ocorresse somente na história recente da humanidade, foi a necessidade crescente de se dar satisfação – isto é, *prestar contas* –, em razão da administração da coisa pública, que está intimamente ligado, com o próprio surgimento das repúblicas modernas.

³ “Será que algum dos princípios administrativos aplicados às contratações públicas teria, de fato, a capacidade de exprimir, em sua totalidade, a necessidade e a motivação subjacente para a existência da licitação?”

As transformações da sociedade e a tentativa de dar ares de impessoalidade para os atos praticados pela administração pública abriu caminho para que, paulatinamente, se estruturasse medidas de separação entre a coisa pública e a coisa privada. A título exemplificativo, a adoção do concurso para ingresso nos cargos efetivos da administração pública é, simbolicamente, talvez, o exemplo mais evidente da busca pela impessoalidade na experiência administrativa pública brasileira.

Mas, o que tem haver a impessoalidade com a contratações públicas? Por que ela tem essa proximidade e esse caráter de inafastabilidade com o conceito de licitação? Tentar-se-á responder de duas formas: uma, jurídica; outra, histórica.

1.3. Uma Visão Jurídica sobre a Impessoalidade

Do ponto de vista jurídico, pode-se aproximar o conceito de impessoalidade com o de imparcialidade, isenção e valoração objetiva dos interesses da relação jurídica que será formada. A impessoalidade é o princípio que impõe o dever de neutralidade, objetividade e imparcialidade.

Diversos doutrinadores apontam dois tipos de acepções para o princípio da impessoalidade. Em um primeiro sentido, ele é relacionado à atuação da Administração sem qualquer tipo de discriminação que vise beneficiar ou prejudicar terceiros. Isso significa que a atuação administrativa deve estar à serviço do atendimento do interesse coletivo, de forma imparcial e sem favoritismos. Em outras palavras, seria a fiel observância da finalidade administrativa dos atos praticados pela administração e, por consequência lógica, a observância do princípio da igualdade ou do tratamento isonômico.

Nesta primeira acepção, o professor Mello (2009, p. 114) esclarece que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideologias não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

A professora Di Pietro (2021, p. 30) leciona que “*Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento*”. Desta forma (Ibidem, p. 411):

todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios

objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Na mesma linha de raciocínio, Oliveira (2021, p. 97-98) destaca que:

A Administração Pública deve dispensar tratamento impessoal e isonômico aos particulares, sendo vedada a discriminação odiosa ou desproporcional. Nessa primeira acepção, que se refere à relação Administração-administrado, o princípio da impessoalidade é a própria aplicação do princípio da igualdade no Direito Administrativo.

Daí que se diz que o princípio da impessoalidade relaciona-se com a ideia de “finalidade pública”. A atuação da Administração deve ter sempre o objetivo de atender ao interesse público, sendo vedadas, em princípio, discriminações e privilégios para determinadas pessoas.

Meirelles (2005, p. 91-92) ensina que princípio da impessoalidade nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. Seguindo essa linha de raciocínio ele conclui que (Ibidem, p. 92):

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com a finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. (...)

O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade.

Por fim, Gasparini (2004, p.8), também em uma primeira acepção do princípio, informa que:

“A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao poder público este Princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação.”

Em uma segunda acepção, o princípio da impessoalidade pode ser entendido como a vedação à promoção pessoal. Nas palavras da professora Di Pietro (2021, p. 113):

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos

OLIVEIRA (2013, pg. 99), na mesma linha, também entende que o princípio da impessoalidade engloba a vedação à promoção pessoal:

Quanto ao segundo sentido, o princípio da impessoalidade proíbe a promoção pessoal dos agentes públicos. As realizações públicas não são feitos pessoais dos seus respectivos agentes, mas, sim, da respectiva entidade administrativa. Por essa razão, é vedado ao agente público utilizar a função pública para satisfazer os seus interesses pessoais. A atuação do agente deve ser pautada pela efetivação do interesse público e deve ser imputada ao Estado.

Seja em uma acepção, ou em outra, é fato que o princípio da impessoalidade tem valor jurídico relevante, um pressuposto de validade, e, como tal, deve ser levado em consideração para a formação regular do ato administrativo. Portanto, a impessoalidade mostra-se inafastável do âmbito de atuação das contratações públicas e das licitações.

1.4. Uma Visão Histórica sobre a Impessoalidade

Do ponto de vista histórico, sabe-se que a Independência Americana e a Revolução Francesa marcaram a ascensão das repúblicas da Era Moderna, do final do século XVIII, marcadamente inspiradas nos ideais de igualdade e liberdade, e de governo do povo, em um claro contraponto às monarquias absolutistas e a pessoalidade do rei.

A *res publica* significa, em seu sentido etimológico, a “coisa do povo” - ou, simplesmente, a “coisa pública” -, e exige, em sua essência, o compromisso com a transparência e a prestação de contas (*accountability*) daqueles que detêm o múnus público.

Entende-se que a busca pela impessoalidade, embora já não fosse novidade na prática de certos atos públicos, tal como visto anteriormente, só ganhou corpo com a própria edificação das repúblicas modernas pelos estados ocidentais.

A impessoalidade, que é um princípio inerente à licitação pública e à administração pública, de um modo geral, é também, intrinsecamente, ligada a própria forma de governo da república. Isso leva a crer as aspirações republicanas contribuíram para a adoção da licitação, não como uma faculdade, mas como uma regra.

Em que pese a impessoalidade tenha ganhado tons oficiais decorrentes das necessidades republicanas, é bem verdade que a sistematização da licitação, como um meio para a contratação pública, só veio a ocorrer, efetivamente, na segunda metade do século XX, no pós-Guerra, com a reconstrução dos estados nacionais e com a incorporação de modelos burocráticos e gerenciais de administração pública.

Esse salto foi dado em clara reação ao patrimonialismo até então vigorantes nos meios administrativos. A teoria da burocracia, do qual o principal expoente foi Max Weber, e o modelo racional-legal, contribuíram para que se construísse uma teoria de funcionamento da administração baseada em estruturas normativas e regulamentares, que independiam das vontades particulares dos seus agentes. Isso significa mais profissionalismo (planos de carreira, meritocracia etc.), impessoalidade (observância da finalidade administrativa em oposição à interesses próprios ou de terceiros) e formalismo (uso da escrita como meio de comunicação oficial, rotinas padronizadas etc.) para a administração.

Assim como na visão jurídica, esta visão histórica também contribui para entender o nível de proximidade e inafastabilidade do conceito de impessoalidade com o de contratações públicas, bem como, com o próprio conceito de licitações.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO (século XVII a XX)

2.1. *Os Primeiros Lampejos da Licitação - da Colônia à Independência*

No Brasil, a primeira aproximação com regras de seleção de fornecedores ocorreu ainda no Período Colonial, com as **Ordenações Filipinas**. Tratava-se de um conjunto de normas, ratificado em 1603, por Filipe II da Espanha (ou Felipe I de Portugal), e que regulamentavam matérias de ordem civil em Portugal e em seus territórios ultramarinos, incluindo o Brasil, durante a dinastia de Habsburgo.

No Primeiro Livro das Ordenações, Título LXVI, item 39, havia a seguinte previsão:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem a houver de fazer melhor e por menos preço; porém, as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer per jornaes, e humas e outras se lançarão em livro, em que se declare a fôrma de cada huma, lugar em que se ha de fazer, preço e condições do contracto. E assi como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contracto conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Servidão da Camera; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagal-as-hão os Vereadores, que as mandaram fazer.⁴

As Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até o ano de 1867, quando foram revogadas pelo Código Civil Português. No Brasil, elas foram mais longe, vigendo até a século XIX, quando foram definitivamente revogadas pelo Código Civil de 1916, após mais de três séculos, desde a sua edição.

Mas as Ordenações Filipinas não foram a única norma a ter lampejos no campo do regramento de seleção de fornecedores. Logo após a Proclamação da Independência do Brasil, em 1822, e da edição da primeira Constituição do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, foi editada a **Lei de 1º de outubro de 1828**, mais conhecida como o Regimento das Câmaras Municipais, que, além de estabelecer as competências, o funcionamento e as atribuições da Câmaras locais, disciplinou assuntos de interesse do Conselho, tais como vendas, aforamentos, permutas, obras e serviços, tal como previsto em seu artigo 47:

Art. 47. Poderão ajustar de empreitada as obras que se houverem de fazer, mettendos as primeiramente em prégão, para preferirem aquelles, que se offererem por menor preço, precedendo vistoria legal, publicação do plano, e sua avaliação; e na falta de empreiteiros, as poderão fazer por jornal. E quando as obras forem de grande

⁴ *Ordenações Filipinas. Primeiro Livro da Ordenações. p 151. Título LXVI, item 39. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>*

importancia, e alguns socios, ou emprehendedores se offereerem a fazel-as, percebendo algumas vantagens para sua indemnização, enviarão as propostas aos Conselhos Geraes da Provincia.

Durante este período, que vai do começo do século XVII até a primeira metade do século XIX, não se pode dizer que já havia um procedimento licitatório ou mesmo um processo de contratação pública. No entanto, claramente, era um passo na tentativa de implementação de regras de impessoalidade na escolha e na seleção de propostas aptas a executar um determinado serviço ou obra.

2.2. O Surgimento da Licitação durante a Era Imperial

Segundo Araújo (2018, p. 576), a primeira norma a estabelecer as regras de um processo de licitação⁵, foi o **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (MACOP), em atendimento ao que dispunha o art. 30 do **Decreto nº 2.922, de 10 de maio de 1862**:

Art. 30. Ninguem poderá concorrerá arrematação de obras publicas, sem mostrar haver satisfêito a todas as condições e clausulas que forem prescriptas no Regulamento especial relativo a esse objecto.

O Decreto nº 2.926/1862, que regulamentou o dispositivo acima, continha trinta e nove artigos divididos em dois capítulos distintos. O Capítulo I – Do Processo das Arrematações, continha nove artigos e dispunha sobre as condições para realização do certame, tal como transcrito a seguir:

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concertos de obras cujas despesas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas.

(...)

Art. 4º Findo o termo dos annuncios, e no dia e hora nelles designados, comparecerão os concurrentes no lugar determinado; e ahi, em presença da junta perante a qual se tiver de fazer a arrematação, serão inscriptos em um livro para esse fim destinado.

Art. 5º Terminada a inscripção de que trata o artigo antecedente, os concurrentes, em acto successivo tirarão á sorte o numero que deve designar o lugar em que serão collocados para fazerem suas propostas: concluido o sorteio, o Presidente da junta

⁵ Processo aqui deve ser entendido como um conjunto de atos ou medidas procedimentais, interligados entre si, de formas sequencial, podendo ser dividido em etapas, para se atingir algum objetivo ou finalidade.

convidará pela ordem fixada pela sorte a cada concorrente á apresentar de viva voz, e de modo a ser distinctamente ouvido por todos a sua proposta. O membro da junta que servir de Secretario, irá tomando em livro competente notas das propostas, e á medida que cada uma dellas fôr completamente enunciada, lerá em voz alta o que a tal respeito houver escripto, assignando depois com os membros da junta e o respectivo concorrente e seu fiador.

Durante o tempo que um concorrente fizer a exposição de sua proposta, os outros e as demais pessoas presentes deverão guardar profundo silencio; podendo o Presidente mandar sahir da sala os que perturbarem a ordem dos trabalhos.

(...)

Art. 9º Dentro de oito dias o Ministro declarará qual dos concorrentes deve ser encarregado do serviço posto em praça. Se no fim deste prazo nada se tiver resolvido, cessará a responsabilidade dos concorrentes e seus fiadores.

(grifos)

Por sua vez, o Capítulo II – Das Cláusulas Gerais das Arrematações continha trinta artigos dispendo, sobre as regras gerais para contratação dos serviços, e estabelecendo direitos e deveres para as empresas arrematantes, como, por exemplo, a necessidade de fiança para execução da obra, atestados de capacidade técnica, possibilidade de subcontratação dos serviços, qualidade dos materiais aplicados e especificados, multa por descumprimento contratual, acréscimos contratuais etc.

O Decreto nº 2.926/1862 foi, portanto, a primeira norma brasileira a estabelecer formalmente regras de licitações de forma sistemática e a pensar um “processo de contratação”, com rito próprio, definição de etapas, regras gerais e específicas.

2.3. A Infância Difícil da Licitação: Da República à Ditadura Militar

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o Brasil deixou de ser uma monarquia imperial e passou a ter como forma de governo a república. Esse período, de intensas transformações do Estado Brasileiro, também teve impactos diretos na administração pública, ainda que isso tenha sido feito de forma extremamente lenta.

Segundo Araújo (2018, p. 576), durante o período republicano “*costumava-se incluir dispositivos sobre licitações nas leis que aprovavam os orçamentos anuais da União (p. ex., Leis ns. 2.221, de 30-12-1909; 3.232, de 5-1-1917; 3.454, de 6-1-1918, dentre outras)*”.

Do período que se estende do início da República Velha até o início do período de Ditadura Militar (1889 -1964), o principal marco para as contratações públicas foi a publicação do **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**, que organizou o Código de Contabilidade da União (CCU) e previa a realização de concorrências públicas e empenhos da despesa. A edição

desta norma ocorreu na gestão de Epitácio Pessoa, 11º Presidente da República (1919 a 1922), e foi aprovado por meio do **Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922**.

O CCU tentou unificar as normas licitatórias a nível federal em seus artigos 49 a 51:

Art. 49. Ao empenho da despesa deverá preceder contracto, mediante concurrencia publica:

- a) para fornecimentos, embora parcellados, custeados por credito superiores a 5:000\$000;
- b) para execução de quaesquer obras publicas de valor superior a 10:000\$000.

Art. 50. A concurrencia publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta.

51. Será dispensavel a concurrencia:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos publicos que, por circumstancias imprevistas ou de interesse nacional, a juizo do Presidente da Republica, não permittirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concurrencia;
- b) para o fornecimento do material ou de generos, ou realização de trabalhos que só puderem ser effectuados pelo productor ou profissionaes especialistas, ou adquiridos no logar da producção;
- c) para a aquisição de animaes para os serviços militares;
- d) para arrendamento ou compra de predios ou terrenos destinados aos serviços publicos;
- e) quando não acudirem proponentes á primeira concurrencia. Neste caso, si houverem sido estipulados preços maximos ou outras razões de preferencia, não poderá ser no contracto aquelle excedido ou estas modificadas, salvo nova concurrencia.

§ 1º Verificada, em primeiro logar, a idoneidade dos concurrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferencia antecipadamente assignaladas 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 concurrencia se fizer por unidade e o menor preço desta, em relação á mesma, qualidade, diversificar em cada uma daquellas.

§ 2º Aos concurrentes será licito 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 concurrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros e antes de qualquer decisão serão publicadas na integra.

§ 4º Haja ou não declaração no edital, presume-se sempre que o Governo se reserva o direito de annullar qualquer concurrencia, por despacho motivado, se houver justa causa.

Costa (2009, p. 852) informa que, do ano de 1964 até o ano de 1978, assistiu-se ao surgimento da reforma administrativa como programa de governo formal. Nos primeiros anos foram instituídos vários órgãos importantes para coordenar a reforma administrativa, dentre os quais, a Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa - SEMOR, que cuidava dos aspectos estruturais, sistêmicos e processuais, e o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, que atuava no domínio dos recursos humanos.

No âmbito das licitações, foi editada a **Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964**, que estabeleceu normas gerais para licitação de obras e serviços, bem como para a aquisição de materiais no âmbito da União. Foi a primeira vez que se estabeleceu modalidades distintas de licitação, dividindo-se as licitações por “concorrência pública” das licitações por “concorrência administrativa”:

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:

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.

A Lei nº 4.401/1964 também previu hipóteses de “dispensa de licitação”:

IV - Ficam dispensadas as concorrências:

a) para aquisição e execução de serviços ou obras que, por motivo de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem publicidade ou a demora do processamento das concorrências;

b) para aquisição e execução de serviços ou obras que, por circunstâncias especiais ou imprevistas, forem considerados de caráter urgente, a juízo do Presidente da República;

c) a critério do Ministro de Estado, para aquisição de materiais, ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como para a execução de serviços dependentes e profissionais de notória especialização;

d) para a aquisição de animais;

e) para arrendamento ou aquisição de imóveis destinados ao serviço público, quando tiverem características especiais, a juízo do Ministro de Estado;

f) quando não houver acudido nenhum proponente a uma licitação anterior.

Alguns anos depois, por meio do **Decreto-Lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967**, também foram estabelecidas normas para contratação de obras, bem como, para revisão de preços em contratos de obras e serviços no âmbito do Governo Federal, vindo tal norma somente a ser revogada pelo **Decreto-Lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987**, vinte anos mais tarde.

2.4. A Adolescência e o Processo de Amadurecimento da Licitação

O ano de 1967 é um ano importante para as contratações públicas. O Governo Militar, com o intuito de pôr em prática o seu ambicioso empreendimento de reforma da administração federal (COSTA, 2008, p. 851), instituiu a Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa (Comestra), da qual resultaria, posteriormente, na edição do **Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Segundo Costa (2009, p.851), tratava-se de uma espécie de lei orgânica da administração pública, contendo princípios administrativos, conceitos, estruturas, organização e funcionamento da máquina administrativa:

Em primeiro lugar, prescrevia que a administração pública deveria se guiar pelos princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle. Em segundo, estabelecia a distinção entre a administração direta — os ministérios e demais órgãos diretamente subordinados ao presidente da República — e a indireta, constituída pelos órgãos descentralizados — autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em terceiro, fixava a estrutura do Poder Executivo federal, indicando os órgãos de assistência imediata do presidente da República e distribuindo os ministérios entre os setores político, econômico, social, militar e de planejamento, além de apontar os órgãos essenciais comuns aos diversos ministérios. Em quarto, desenhava os sistemas de atividades auxiliares-pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria e serviços gerais. Em quinto, definia as bases do controle externo e interno. Em sexto, indicava diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos. **E finalmente, estatuiu normas de aquisição e contratação de bens e serviços.**

(Grifos)

A tentativa de modernização do aparelho de Estado decorrentes das reformas administrativas da década de 1960, teve como consequência, prática e direta, o aumento de órgãos da administração direta e, em especial, a multiplicação de entidades da administração indireta, tais como, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias federais (COSTA, 2008, p. 852-853).

Esse aumento exigia, por outro lado, mecanismos mais eficientes e sistêmicos de procedimentos e controles administrativos. Assim, o Decreto-Lei nº 200/1967 dedicou o Título XII para tratar “*Das Normas Relativas a Licitações para Compras, Obras, Serviços e Alienações*”, compreendendo os artigos 125 a 144, aplicáveis a todos os órgãos da administração direta e às autarquias.

Foram consagradas, como modalidades de licitações, a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite*, bem como previu-se a possibilidade de elaboração de projetos por meio da realização de *concurso*, com estipulações de prêmios aos concorrentes. Outra inovação foi o estabelecimento de regimes de execução contratual, tais como *empreitada por preço global*,

empreitada por preço unitário e administração contratada. Definiu-se, como modalidades de execução contratual, a caução, a fiança bancária e o seguro-garantia, que até hoje, ainda são adotadas como padrão. O próprio termo “licitação” foi erigido à princípio administrativo, como forma de demonstrar a cogência de sua aplicação: “*Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do **princípio da licitação.***”

No ano seguinte, a aplicação do Decreto-Lei nº 200/1967 seria estendida à estados e municípios, por meio da **Lei nº 5.456, de 20 de junho 1968** e, em 1971, ao Distrito Federal por meio da **Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971**. Em 1981, o Decreto-Lei nº 200/1967 veio a ter os limites aplicáveis às modalidades de licitações atualizado por meio da **Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981**.

2.5. A Fase Adulta da Licitação

Mas o coroamento das licitações públicas, antes da promulgação da Constituição Federal de 1998, viria com o **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**, que revogou e consolidou praticamente todos os regulamentos anteriores, ainda vigentes, sobre licitações, tal como se extrai do seu art. 90:

Art 90. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as do **Código da Contabilidade Pública da União** referentes a licitação e contratos; o artigo 1º do **Decreto-lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967**; os artigos 125 a 144 do **Decreto-lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967**; a **Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968**; o artigo 1º da **Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971**; e a **Lei nº 6.946, de-17 de setembro de 1981**.

Era o início de um novo marco regulatório no Brasil que, somente, viria a ser substituído pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. O Decreto-Lei nº 2.300/1986, assim como já havia feito o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, tratava exclusivamente do tema “licitações e contratos”. Seus noventa artigos trouxeram um nível de detalhamento e sistematização nunca antes vista para as licitações, reunindo o que tinha de melhor das normas anteriores, em especial, das inovações trazidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967.

A nova norma previa princípios, definições, regras para contratação de obras, serviços, aquisições, alienações, novas modalidades de licitações (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), regras de habilitação (jurídica, técnica, financeira e fiscal), registros cadastrais, procedimentos e formas de julgamento, recursos (direito de petição), disposições gerais sobre contratos, sua formalização, alteração, execução e rescisão, bem como dispositivos sobre penalidades.

Alguns anos depois, já sob a égide da Constituição Federal de 1998, foi publicado o **Decreto nº 30, de 7 de fevereiro de 1991**, que regulamentou os dispositivos do Decreto-Lei nº 2.300/1986. Mas não duraria muito, pois a nova Constituição Federal, fruto do processo de redemocratização do País, exigiria um novo marco regulatório para as licitações, por força do seu art. 37, XXI. Era o nascimento da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, porém, esta norma será analisada no Capítulo referente aos regimes jurídicos pós-Constituição Federal de 1988.

3. DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO.

3.1. Fundamentos: Finalidade (ou Objetivo) e Conformidade

O direito positivo não trouxe uma definição expressa do conceito de licitação. Contudo, é possível extrair das normas legais o conceito de licitação tomando-se por base dois de seus fundamentos essenciais: *finalidade* (ou *objetivo*) e *conformidade*.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986, que veio, posteriormente, a ser revogado pela Lei 8.666/1993, previa que:

Art 3º A licitação **destina-se** a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e **será processada e julgada em estrita conformidade** com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A licitação, sob a égide do Decreto-Lei 2.300/1986, tinha por *finalidade* (ou *objetivo*) a seleção da “proposta mais vantajosa para a Administração” e, do ponto de vista da *conformidade*, tinha como condição para processamento e julgamento a obrigatoriedade de observância dos princípios básicos aplicáveis à administração pública.

A Constituição Federal de 1998, em seu art. 37, *caput* c/c inciso XXI, sem adentrar à finalidade ou objetivo da licitação, também trouxe o fundamento da *conformidade* da licitação em relação aos princípios básicos da Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

A Lei 8.666/93, que regulamentou o dispositivo constitucional supracitado, ampliou o *finalidade* e o escopo de *conformidade* da licitação em relação ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, acrescentando dois novos objetivos e o conjunto de princípios administrativos aplicáveis às licitações públicas:

Art. 3º A licitação **destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade** com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

A Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), diferentemente das normas anteriores, dedicou dois artigos diferentes para tratar da *finalidade* e da *conformidade*. Segundo o art. 11 da Norma, o processo licitatório tem quatro objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Já o art. 5º da Lei 14.133/2021, em uma clara ampliação e positivação de princípios administrativos já largamente encontrados na doutrina e na jurisprudência, define que:

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

A partir destes dois elementos essenciais (finalidade e conformidade), extraídos do direito positivo, a doutrina passou a debruçar-se sobre a questão da definição de licitação levando em consideração uma outra característica, não menos importante, da licitação: a sua *natureza jurídica*.

3.2. A Natureza Jurídica

Ao se adentrar ao estudo das contratações públicas, em especial, do tema de licitações, tem-se por base que se trata de um assunto eminentemente jurídico. Isso porque, além de decorrer do próprio texto legal (norma jurídica), as suas regras e disposições também visam

regular a justiça e os bons costumes das contratações públicas. Mas, mesmo assim, uma pergunta ainda remanesce: qual é, propriamente, a *natureza jurídica* da licitação?

Mazza (2018, p. 540), esclarece que “*Identificar a natureza jurídica consiste na operação técnica de enquadrar determinado instituto em uma das grandes categorias do Direito – ato, fato, processo etc. –, a fim de definir o regime jurídico aplicável.*”. E conclui, logo em seguida, que “*A natureza jurídica da licitação, conforme indicado anteriormente, é de procedimento administrativo.*” (Ibidem).

Na mesma linha de raciocínio, o professor e jurista Carvalho Filho (2020, p. 309) afirma que:

...a natureza jurídica da licitação é a de **procedimento administrativo** com fim seletivo, porque, bem registra ENTRENA CUESTA, o procedimento constitui um “conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la”.

NOHARA (2020) confirma o entendimento fixado acima, destacando também a sua natureza formal:

Possui natureza jurídica de **procedimento administrativo formal**. Trata-se, portanto, de um encadeamento de atos lógicos e cronologicamente ordenados, como, por exemplo, o edital ou a carta-convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a homologação, que visam à prática do ato final que é denominado adjudicação.

Logo, percebe-se que a doutrina, de uma forma geral, consente que a licitação tem a natureza jurídica de *procedimento administrativo*. Isso significa, em termos práticos, que a licitação se submete a um regime jurídico administrativo, regulado, precipuamente, pelas normas do Direito Administrativo.

3.3. A Definição

Os elementos normativos da *finalidade* e da *conformidade*, bem como, da *natureza jurídica*, estudados nos tópicos anteriores deste Capítulo, serão fundamentais para que se possa definir, conceitualmente, o que a *licitação*. Serão expostos, a seguir, as definições jurídicas de licitação trazidas por boa parte da doutrina, em uma tentativa de se identificar os principais pontos em comum entre os conceitos, chegando-se, ao final da exposição, a uma conclusão sobre a definição.

O professor Meirelles (2005, p. 271) define licitação da seguinte forma:

Licitação é o **procedimento administrativo** mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

O eminente jurista Mello (2008, p. 517) destaca que:

“**Licitação é um certame** que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”

Por sua vez, Mazza (2018, p. 538), reafirma a natureza jurídica de procedimento administrativo da licitação, e a sua finalidade precípua:

“o **procedimento administrativo** pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta”.

O professor Couto (2019, pg. 478), na mesma linha de raciocínio anterior, define que:

A licitação é o **procedimento administrativo** realizado pela Administração Pública para selecionar a proposta mais vantajosa à satisfação do interesse público em questão. Trata-se de um procedimento prévio à contratação que atinge a sua finalidade quando a melhor proposta é escolhida.

A eminente professora Di Pietro (2021, pg. 407), além de destacar a natureza jurídica de procedimento administrativo também dá ênfase aos princípios administrativos aplicáveis:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o **procedimento administrativo** pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.

Souto (2004), conceitua licitação como sendo:

o “**procedimento administrativo** pelo qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo de propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos ou a assumir permissões ou concessões de serviços públicos ou do uso de bens públicos”.

Para Carvalho Filho (P. 308):

A licitação é o **procedimento administrativo** vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Justen Filho (2014, p. 495), também assevera a natureza de procedimento administrativo da licitação, e os seus princípios inerentes:

A licitação é um **procedimento administrativo** disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Por fim, Aragão (2013, p. 332), acrescenta que:

A licitação é, então, o **processo** pelo qual a Administração escolhe a melhor proposta para determinado contrato. O seu ato final não é a efetiva celebração do contrato, que pode até nem vir a ser efetivamente celebrado, mas apenas a escolha da melhor proposta para ele.

Em síntese, percebe-se que, quase de maneira unânime, a doutrina define a licitação, no mínimo, como sendo: a) um *procedimento administrativo formal* (natureza jurídica ou meio); b) pelo qual a Administração Pública, *seleciona a proposta mais vantajosa* (finalidade ou objetivo); c) com observância dos *princípios administrativos* aplicáveis (elemento de conformidade).

4. O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

4.1. Regimes de Execução Direta e Indireta de Serviços Públicos.

Compreender bem o processo de contratação pública é um importante componente para sucesso na execução de políticas públicas e para a própria gestão da máquina administrativa. Para tanto, pode-se analisar o processo de contratação pública e, mais especificadamente, o procedimento da licitação, tanto sob a perspectiva do Poder Público enquanto prestador de serviço à sociedade, quanto sob a perspectiva da despesa pública.

Sob a primeira perspectiva (prestação de serviço), o olhar é voltado para o Poder Público, que pode prestar serviços tanto diretamente, por meio próprios, quanto, indiretamente, sob regimes de concessão ou permissão. No caso da prestação de serviços de forma indireta, temos a exigência constitucional de realização do procedimento licitatório, conforme redação do *caput* do art. 175 da CRFB/88:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Sob a segunda perspectiva, o foco não é mais na prestação de serviços, mas sim na forma de execução das despesas públicas, que também podem ser executadas, tanto de forma *direta*, quanto de forma *indireta* pela Administração. As normas de contratações públicas costumam falar em “regimes de execução” para se referir à forma de prestação dos serviços ou de execução de obras e, conseqüentemente, para se referir à forma de realização da despesa.

Quando a administração presta um serviço público diretamente por meio dos servidores públicos ou paga salários a estes servidores, está a realizar uma despesa pública direta, pois, como regra, não há intermediação de terceiros para consecução do serviço ou da despesa.

De outro modo, quando esta mesma Administração precisa realizar um serviço de reparo das suas instalações prediais, adquirir uma licença ou um software, contratar uma empresa de transporte, contratar um serviço de limpeza ou um serviço de segurança armada, está a executar uma despesa pública de forma indireta, pois estes serviços serão prestados, fornecidos ou executados, não pela Administração, mas por terceiros, remunerados pelo Poder Público, nos termos de um “contrato administrativo”.

Quando se trata de execução de despesas de forma indireta temos a necessidade de realização de um processo de contratação pública, que envolve a realização de um procedimento de licitação, prévia à contratação, para seleção da empresa que detenha a proposta mais vantajosa. Essa é a redação do art. 10 da Lei 8.666/1993 (LLC/93):

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

- I - execução direta;
- II - execução indireta, (...)

Em complemento, a própria LLC/93, em seu art. 6º, incisos VII e VIII, tratam de esclarecer o que seria a execução direta e execução indireta:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

- VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;
- VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros (...)

Excepcionalmente, nas hipóteses previstas em lei⁶, a licitação prévia poderá ser desnecessária, sendo permitida a chamada *contratação direta*: dispensa ou inexigibilidade de licitação. O mesmo não ocorre quando se está a tratar de despesas que podem ser executadas diretamente pela administração, pois, neste caso, não há a intermediação de terceiros para a execução das atividades.

Esse entendimento, inclusive, é expresso no *caput* do art. 2º da LLC/93:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, *quando contratadas com terceiros*, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Em resumo, tanto a prestação de serviços públicos, de forma indireta (concessão ou permissão), quanto a execução de despesas públicas, de forma indireta, exigem do Poder Público a prévia realização de licitação, na forma da lei.

4.2. A Semântica do Processo de Contratação Pública (PCP)

Em que consiste o chamado “processo de contratação pública”? Para ajudar na compreensão, analisar-se-á a própria expressão que, inclusive, é carregada de conteúdo e, não

⁶ Art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93;

raras vezes, é mal compreendida. Os três termos principais da expressão “processo de contratação pública” (PCP) devem ser analisados isoladamente para fins do estudo aqui proposto.

O termo “processo” não deve ser confundido com outra palavra derivada, chamada de “procedimento”, que muitas vezes é usada como sinônimo, porém, tem conceito e uso totalmente diverso. O termo “contratação”, é comumente utilizado como sinônimo de “licitação” e, tal como será estudado, em nada se confundem. Por fim, o termo “pública”, tem um caráter delimitativo, pois define o segmento de atuação, isto é, o público-alvo, bem como, a amplitude das regras aplicáveis.

A palavra *processo* é comumente utilizada para designar um conjunto de atos encadeados em uma sequência lógica e sistemática de ações, direcionadas a alcançar um objetivo. Já o *procedimento* é componente formal do processo, direcionando e prescrevendo quem deve atuar, como atuar, quais as etapas e atos obrigatórios, e a sua, não observância, torna o ato nulo.

Tal como estudado no capítulo anterior, a licitação tem natureza jurídica de *procedimento administrativo*. Quando se está a falar de licitação, portanto, estamos diante de um procedimento e não de um processo. Assim, o correto, do ponto de vista técnico e jurídico, seria falar em “procedimento licitatório” (ou “procedimento de licitação”) e não em “processo de licitação”. Esse procedimento, inclusive, pode nem ser necessário ou exigível a depender do caso, conforme já citado anteriormente (hipóteses de contratação direta sem licitação, tais como, dispensa ou inexigibilidade)

Já quando se fala em “contratação”, por sua vez, estamos diante de um processo, do qual pode se servir de diversos tipos de procedimentos legais para realizar o seu fim. O chamado “processo de contratação” envolve um conjunto de atos encadeados (necessidade ou problema a ser resolvido, termo de abertura do processo de contratação, justificativa da contratação, desenho da solução, pareceres, pesquisa de preço, realização da licitação etc.), com um claro objetivo: receber os serviços prestados ou o fornecimento do bem por parte do fornecedor contratado para tal fim.

A contratação envolve, na prática três etapas: planejar, selecionar e executar. A licitação, compreende apenas uma destas etapas, que é a etapa da “seleção”. Nas palavras de Mendes (2012, p. 25):

A contratação pública é uma realidade jurídica ampla, que compreende o planejamento do que se quer contratar, a seleção da melhor proposta e, por fim, a execução e gestão do contrato propriamente dito.

A expressão “contratação pública” é mais ampla do que o sentido que revela a palavra “contrato”. A realidade do contrato administrativo está inserida no contexto do que denominamos contratação pública. Dito de outra forma, o contrato é uma das fases da contratação pública; as outras fases são a interna (planejamento e definição das regras – edital) e a externa (seleção da proposta, que ocorre por meio da licitação, dispensa ou inexigibilidade).

É equivocada usar a palavra “licitação” para qualificar toda a realidade da contratação pública, como acontece há décadas, porque a licitação é apenas uma das formas de realizar a fase externa do processo de contratação pública, nada mais do que isso.

Logo, o processo de contratação é muito mais amplo que o próprio conceito de licitação e, embora estejam intimamente envolvidos, não se confundem. Nas palavras de Mendes (2012, p. 23-24):

A licitação é um fenômeno que existe no processo de contratação apenas na sua fase externa, ou seja, a partir do momento em que há publicidade do processo de contratação ou da convocação dos agentes que atuam no mercado, estendendo-se até a declaração final do vencedor da disputa. O que ocorre antes e depois no processo de contratação não é licitação propriamente dita. A Licitação tem relação direta com a disputa entre os competidores, as ofertas por eles apresentadas e a análise das suas condições pessoais.

Por fim, o uso da expressão “pública” deixa claro que não se está a falar em todo e qualquer tipo de contratação, mas apenas daquelas contratações de ordem pública, no qual figura como contratante da obra, serviço ou bem, o próprio poder público, seja ele do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, de qualquer dos Entes Federativos.

Destaca-se que no caso de empresas públicas de direito privado e as sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias, há necessidade de observância das regras gerais de licitação e, conforme o caso, a observância de legislações especiais que tratam de licitações (Ex.: Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais).

Já quando se trata de entidades sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, não há a obrigatoriedade de se realizar licitação, porém, estão sujeitas à fiscalização e ao controle público quanto à aplicação dos recursos, devendo-se adotar critérios técnicos objetivos que respeitem os princípios administrativos aplicáveis às licitações, tais como, impessoalidade, moralidade, economicidade, dentre outros⁷. Neste caso, deve-se realizar, também, procedimento prévio de cotação de preços antes da contratação.

Por sua vez, os particulares e as empresas privadas que não recebam recursos públicos não estão obrigados a realizar o procedimento da licitação, muito embora, nada impeça de que

⁷ Disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/458932834/entidades-sem-fins-lucrativos-nao-sao-obrigadas-a-realizar-licitacoes-define-parecer> (consultado em 11 de out. 2021)

se utilize as ferramentas disponíveis de compras, a exemplo de plataformas de licitações que fornecem serviços tanto para entes públicos, quanto para empresas privadas, como o Licitações-E, do Banco do Brasil⁸. Atualmente, as grandes empresas têm visto a licitação, cada vez mais, como uma boa prática para a obtenção de propostas mais vantajosas.

Portanto, o “processo de contratação pública”, do ponto de vista semântico, é um conjunto de termos, carregados de significância e conteúdo, que, se bem compreendidos, podem ajudar o administrador a entender a dinâmica e a lógica do funcionamento da contratação e das licitações públicas.

Superada a problemática das confusões com os termos e expressões, por vezes, mal utilizadas, deve-se explorar um pouco mais as entranhas do processo de contratação, no intuito de conseguir entender em que consiste a contratação pública. Para tanto, analisar-se-á a contratação como a sucessão de três etapas muito bem definidas: planejamento, seleção do fornecedor e contratação.

4.3. As Três Etapas de Planejamento (Planejamento, Seleção do Fornecedor e Contratação)

A visão tradicional das contratações públicas sempre colocou a realização do procedimento da licitação e a execução do contrato administrativo como as duas etapas mais importantes do processo, pois é nestas etapas que acontecem, respectivamente, a seleção do fornecedor, normalmente marcada por disputas (ex.: recursos administrativos, demandas judiciais, solicitações de esclarecimento, impugnações ao edital, aceitação e propostas, habilitação etc.), e a execução contratual (ex.: entrega do bem, prestação do serviço, fiscalização, aplicações de sanções administrativas, repactuações etc.). Dentro da estrutura dos órgãos e entidades da Administração Pública, é comum ver setores específicos de “contratos” e de “licitações”, isoladamente ou em conjunto, mas dificilmente, identifica-se setores relacionados à “planejamento de contratações”.

Diferentemente do que mostra a visão tradicional, a etapa de planejamento, anterior às outras duas, é igualmente essencial para a concepção do processo de contratação pública, uma vez que é justamente nela que se estabelecem as bases que condicionarão as etapas seguintes do processo. Um exemplo prático, da etapa de planejamento, seria a definição da modalidade

⁸ Disponível em: <https://www.licitacoes-e.com.br/aop/index.jsp> (consultado em 11 de out. 2021)

de licitação aplicável ao objeto da contratação. A depender da escolha do gestor, a fase de seleção do fornecedor pode seguir um caminho ou outro, de acordo com as hipóteses legais. Um outro exemplo, seria a consignação de direitos e deveres para as partes (contratante e contratado), cláusulas de pagamento, possibilidade de prorrogação do tempo de duração da avença, e formas de prestação do serviço ou fornecimento do bem, que afetarão a forma de execução e fiscalização do contrato administrativo.

A importância da etapa de planejamento não está somente no fato dela condicionar as demais etapas; está também, no fato dela ser a etapa mais difícil do processo de contratação, por exigir dos profissionais envolvidos nesta etapa, além de conhecimento técnico sobre a especificação do objeto da contratação, conhecimento jurídico sobre o processo de contratação, habilidade de dialogar com diversos setores e gestores envolvidos para tomada de decisão, estabelecimentos de prazos e metas para entrega dos produtos, gestão da informação, capacidade de resolução de problemas etc.

O planejamento é, também, a etapa que envolve o maior risco para o sucesso do processo de contratação. Uma contratação mal planejada gera problemas não só na etapa de seleção do fornecedor (licitação), mas também na etapa de execução (contratação), no qual os danos podem ser maiores ainda. Dentre inúmeras consequências, um planejamento equivocado pode gerar: a aquisição ou a contratação de produtos e serviços que não atendam à necessidade da administração, em razão de uma especificação incorreta da solução; a elevação indevida do valor do contrato em razão de uma estimativa equivocada da quantidade e do escopo do objeto; a aplicação equivocada ou desatualizada de normas legais atinentes ao objeto da contratação podendo gerar solicitações de esclarecimento e impugnações ao edital de licitação durante a etapa de seleção do fornecedor, sem prejuízo de possíveis interposições de representações aos órgãos de controle e ações judiciais.

MENDES (2012, p. 38), ao analisar as etapas do processo de contratação, ressalta a dificuldade de se planejar bem uma contratação:

O mais difícil na contratação pública é o seu planejamento. Aliás, não apenas é, mas sempre foi e sempre será o mais complicado de realizar. A dificuldade no planejamento está no fato de que seu objetivo é realizar quatro providências fundamentais: a identificação da necessidade, a definição integral do encargo, a redução dos riscos e a fixação adequada das regras de disputa (o edital). O edital, nesse sentido, é o documento que formaliza o planejamento. Assim, definir o encargo não é uma coisa simples; muito pelo contrário, é uma atividade complexa e que exige muita informação e conhecimento de quem vai realizá-la.

Em razão da relevância do tema, aprofundar-se-á a discussão sobre processo de contratação no tópico seguinte.

4.4. O Quadrinômio Básico do Processo de Contratação: Problema, Solução, Terceiro, Relação Custo-Benefício

O processo de contratação, segundo MENDES, é composto por um quadrinômio básico: a) problema; b) solução; c) terceiro; d) relação custo-benefício. Cada um destes elementos tem uma função específica dentro do processo:

- a) identificação de uma necessidade a ser satisfeita (o problema);
- b) identificação de um encargo ou objeto capaz de satisfazer a necessidade (solução);
- c) seleção de uma pessoa (terceiro) com condições de viabilizar a solução;
- d) melhor equivalência entre o encargo ou objeto a ser cumprido e a remuneração a ser paga (relação custo-benefício).

Segundo MENDES (2012, p. 45), todos estes elementos são essenciais ao processo de contratação e devem ser observados para que se garanta a efetividade do processo:

Essas perspectivas ocorrem em razão de a Administração estar diante de um problema e precisar resolvê-lo. Para tanto, é necessário encontrar alguém que possa oferecer a solução desejada e que cobre por isso um preço justo. A seleção da pessoa que vai oferecer a solução deve ser feita, em princípio, garantindo-se tratamento isonômico.

Mediante um processo, a Administração avaliará quem reúne ou não condições de resolver o seu problema. Para que isso seja possível, a Administração terá de, previamente, definir todas as exigências necessárias e divulgá-las, tanto em relação à solução desejada quanto no tocante às condições pessoais que devem possuir os interessados em com ela contratar. Resumidamente, o processo de contratação pública tem esse conteúdo e se desenvolve em função dessa perspectiva.

Cada uma destas perspectivas será, brevemente, analisada a seguir.

4.4.1. Identificação de uma necessidade a ser satisfeita (o problema)

Como regra, o surgimento de uma necessidade (problema a ser resolvido) é o elemento que dá início ao processo de contratação pública (ainda que ele não tenha sido autuado formalmente, com número de processo, termo de abertura etc.). A necessidade decorre naturalmente do exercício das atividades para qual o órgão ou entidade foi criado, seja em suas atividades meio, seja em suas atividades finalísticas. Logo, para bem exercer o seu mister, a Administração Pública precisa adquirir bens e contratar serviços, assim como uma pessoa comum precisa fazer compras no mercado, adquirir os bens para mobiliar sua casa, contratar serviços de jardinagem, diarista, serviços de reparo hidráulico e elétrico etc.

Em ambos os casos, há um limite orçamentário (só dá para gastar aquilo que se tem disponível). No entanto, do lado da administração pública há uma limitação maior: não se pode adquirir ou contratar qualquer coisa, tal como faz uma pessoa que é dona do próprio dinheiro. As leis orçamentárias e os instrumentos de planejamento é que determinarão os limites e os itens que poderão ser adquiridos ou contratados. A lógica é simples: somente se pode adquirir aquilo que é necessário (finalidade administrativa), autorizado legalmente (princípio da legalidade) e, desde que, seja adquirido de forma justificada (princípio da motivação administrativa, razoabilidade e moralidade) e seguindo os ritos procedimentais previstos na norma (realização de um processo de contratação).

Identificar a necessidade administrativa não é uma tarefa tão simples quanto parece. Descrevê-la, é mais complicado ainda. Um dos principais problemas quando o assunto é identificar a necessidade administrativa é confundi-la com a própria solução, ou seja, descreve-se a solução antes mesmo de se entender e mapear a extensão do problema (MENDES, 2012, p. 46):

Não se deve confundir a necessidade propriamente dita com a solução (objeto) capaz de satisfazê-la. São distintas, mas normalmente confundidas. Uma é o problema, outra é a solução. Não se pode confundir, portanto, a doença com o remédio. Em matéria de contratação pública, confundimos essas duas realidades e, mais que isso, ignoramos o problema e nos concentramos na solução. Pela lógica, não há como atingir eficiência e eficácia com a solução sem conhecer antes, de forma precisa, o problema.

A consequência disso é a contratação de serviços ou a aquisição de bens, por vezes, que não atendam corretamente à necessidade administrativa, ou, pior, a contratação de serviços ou aquisição de bens desnecessários. Mendes (2012, p. 48), corretamente, faz uma alerta para o problema:

O erro na identificação da necessidade ocasiona sérios problemas na definição da solução (objeto). É preciso sempre lembrar que a solução (objeto) deve se ajustar à necessidade, e não o contrário. Na prática, com alguma frequência, é a necessidade que se ajusta à solução/ao objeto. Isso ocorre porque começamos, em muitos casos, o processo de contratação pela descrição do objeto, e não pela identificação da necessidade.

Assim, a primeira etapa do processo de contratação, dentro da fase de planejamento, é identificar o problema e descrevê-lo em toda a sua extensão, sempre que possível. Uma boa forma de se fazer isso é analisando contratos administrativos anteriores, conversando com fiscais de contratos administrativos que atuarão em objetos similares, bem como, com os agentes envolvidos diretamente no problema a ser resolvido.

4.4.2. Identificação de um encargo (solução) ou objeto capaz de satisfazer a necessidade:

Em um segundo momento, após a correta identificação e descrição do problema, temos a etapa de identificação de uma solução (encargo) capaz de satisfazer à necessidade. Segundo Mendes (2012, p. 48):

A solução (objeto) se expressa na ideia de um encargo que alguém deverá cumprir como condição para que a necessidade possa ser satisfeita. O encargo, por sua vez, é caracterizado por um conjunto de obrigações, do qual a mais importante é o objeto (obrigação principal). Toda solução é representada por um encargo, cujo núcleo é o objeto capaz de satisfazer a necessidade.

Embora possa parecer sutil, encargo e objeto, em uma análise mais apurada e específica, são realidades distintas entre si (MENDES, 2012, p. 49):

Em uma compra, o objeto é o carro propriamente dito, cujo encargo é mais amplo que o objeto. Além do objeto, que é o núcleo do encargo, o sujeito deve cumprir outras obrigações, tais como: transporte, entrega, manutenção, pagamento de impostos e garantia. As demais obrigações existem em razão do objeto. Dessa forma, cumprir todas as obrigações é o encargo que a pessoa assume. É verdade que, no sentido mais geral, solução, encargo e objeto são, em última análise, a mesma coisa ou manifestações específicas de uma só realidade.

Assim, percebe-se que definição do encargo e do seu núcleo (o objeto) é uma das tarefas mais importantes do processo de contratação. É a partir desta definição que se define a modalidade de licitação, o preço estimado para contratação, o valor a se pagar pelo serviço contratado ou bem adquirido, as exigências de habilitação na licitação.

A definição equivocada do encargo é um dos principais motivos para a frustração da execução contratual, podendo gerar inexecuções totais ou parciais por descumprimentos contratuais, não satisfação da necessidade administrativa, abertura de processos para apuração de responsabilidade, sanções administrativas (multas, impedimentos e suspensões do direito de contratar com a administração pública), rescisão contratual, necessidade de realização de novas contratações para atendimento da mesma demanda etc.

Outra questão é que, nem sempre, a Administração Pública dispõe dos meios necessários para desenho da solução por meios próprios, necessitando recorrer à prestação de serviços de terceiros (empresas especializadas no desenho de soluções). Geralmente isso é mais comum quando a solução envolve algum tipo de especialização profissional, tais como, obras ou serviços de engenharia, arquitetura etc.

4.4.3. Seleção de uma pessoa (terceiro) com condições de viabilizar a solução

O passo seguinte é o da seleção de uma pessoa com condições de viabilizar a solução (terceiro), ou seja, alguém capaz de cumprir o encargo e, por consequência, viabilizar o atendimento da necessidade administrativa (MENDES, 2012, p. 51). O *terceiro* é aquela pessoa (jurídica ou física) convocada quando a administração não tem condições de viabilizar a solução diretamente. Neste caso, diz-se que há execução indireta da prestação do serviço, pela ótica da despesa pública.

Segundo Mendes (2012, p. 52), uma grande questão que aparece nesta etapa é se há como garantir que a pessoa selecionada conseguirá apresentar uma solução que atenda à necessidade e que seja cumprida na sua integralidade. A resposta mais prudente para esta pergunta é que empresas são geridas por pessoas, e pessoas são sujeitas a falhas e contratemplos. Portanto, não há como garantir que o contrato será um sucesso, pois ainda que a solução seja perfeitamente adequada, ainda assim a empresa pode acabar descumprindo o contrato, seja por falha na execução do serviço, desconformidade técnica do objeto, atraso ou descontinuidade do serviço, dentre outros inadimplementos contratuais possíveis.

Neste sentido, qual seria o papel da administração?

Entende-se que o papel é o de reduzir os níveis de incerteza do sucesso da contratação. Isso só é possível conhecendo-se bem o objeto da contratação, o mercado fornecedor, as condições para contratação, o nível de complexidade do objeto, dentre outros elementos significativos para a boa execução da avença etc. É sempre bom ter em mente que quanto mais complexo é o objeto ou o encargo, maior é a responsabilidade da pessoa para cumprir a obrigação.

Para objetos mais complexos temos um nível maior de incertezas. Para objetos mais simples, o nível de incertezas é menor. Segundo Mendes (2012, p. 54), objetos de contratação que contém obrigação de dar, relacionados às aquisições de bens (ex.: fornecimento de um objeto pronto e acabado, disponível no mercado), tendem a ter menor nível de incerteza e, portanto, serem menos complexos. Já objetos que contém obrigações de fazer, relacionados à prestação de serviços (ex.: contratação de serviço de engenharia para manutenção da rede elétrica de um prédio), tendem a ter um nível de complexidade maior e, por conseguinte, ter o nível de incerteza maior.

A partir destas informações é possível planejar o nível de complexidade de objeto e reduzir os riscos da contratação.

4.4.4. Melhor equivalência entre o encargo ou objeto a ser cumprido e a remuneração a ser paga (relação custo-benefício).

Por último, ainda cabe avaliar a melhor equivalência entre o encargo (objeto) a ser cumprido e a remuneração a ser paga. Segundo Mendes (2012, p. 57) “obter a melhor relação benefício-custo é a finalidade da fase externa do processo de contratação. Isso significa obter, dentre as propostas que detêm condições de satisfazer a necessidade administrativa, aquela de que tenha o menor custo financeiro, em atendimento ao princípio da economicidade. Em outras palavras, significa dizer, que nesta etapa está a se buscar a proposta mais vantajosa para a administração (preço + satisfação da necessidade) e não apenas a de menor custo (preço), conforme Mendes (2012, p. 58) aponta:

É sempre possível conseguir o melhor benefício com o menor dispêndio de recursos financeiros? A resposta é não. Nem sempre isso é possível. Ora, então, qual dos dois valores é o mais importante? Qual deles deve prevalecer: o benefício (solução capaz de satisfazer a necessidade) ou o preço (contraprestação pecuniária a ser cobrada em razão do cumprimento do encargo)? Ter clareza em torno disso é indispensável para compreender as diversas realidades jurídicas da contratação pública.

Portanto, se tivermos que eleger, entre os dois valores, o mais importante, certamente a escolha recairá sobre o benefício, e não sobre o preço. A opção não é, neste caso, motivada por uma preferência pessoal ou meramente subjetiva, mas sim objetiva. E a objetividade decorre de um raciocínio puramente lógico: a finalidade da contratação não é pagar menos, mas obter o objeto que atenda plenamente à necessidade específica da Administração.

Não faria qualquer sentido pagar menos por um objeto ou solução que não atenda à necessidade. A grande questão que se coloca é se as etapas anteriores foram bem construídas (definição da necessidade e do objeto), pois, não raras vezes, o que se encontra são soluções que atendem, ao menor preço, porém, a própria solução pode extrapolar a necessidade administrativa, o que pode representar um gasto desnecessário, ou, em outras palavras, desperdício de dinheiro público. Tal situação retrata bem a necessidade de planejamento adequado da contratação e a importância das etapas de definição do problema e desenho do objeto ou encargo.

Outras questões como, regime jurídico aplicável, modalidade de licitação, inversão de fases da licitação, critério de julgamento da proposta se apresentam nesta fase, porém, aprofundaremos a discussão no próximo Capítulo.

5. REGIMES JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

5.1. A Constitucionalização da Licitação: Uma Oportunidade para Poucos?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) inaugura um novo marco para a administração pública ao estabelecer, pela primeira vez em um texto constitucional, a obrigatoriedade de que as obras, serviços, compras e alienações sejam realizadas mediante licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme inciso XXI do art. 37 da CRFB/88:

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

Conforme já estudo anteriormente, a CRFB/88, em seu artigo 175, também previu a obrigatoriedade da realização de licitação para a prestação de serviços públicos de forma indireta pelo Poder Público, por meio do regime de concessão ou do regime de permissão:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos.

Do mesmo modo, foi a primeira vez que se elevou à nível constitucional a obrigatoriedade de que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A elevação dos princípios administrativos à nível constitucional revela o espírito do constituinte originário em relação ao regime político-administrativo anterior. Conforme bem aponta Rosilho (2011, p. 66), a inserção de princípios, condicionantes e de outras regras constitucionais previstas no Título III (Organização do Estado) e no Título IV (Organização dos Poderes), demonstram, por parte do legislador constituinte, uma tentativa de “limitar o

poder” do próprio Estado, em clara reação às arbitrariedades cometidas durante a ditadura militar (1964 a 1985).

No que tange às contratações públicas, Rosilho (2011), em uma crítica contundente, pondera que o processo de limitação de poder, levado adiante pela CRFB/88 e pelas normas que se seguiram, não foi conduzido de forma imparcial e isenta. Pelo contrário, teria sido conduzido por grupos de interesses com grande capacidade de influir na arena política:

As normas contidas na Lei Geral de Licitação e Contratos, ao contrário do que se poderia imaginar, não são neutras. A legalização das regras sobre licitações foi conduzida por grupos de interesses que as moldaram de modo não a atender ao interesse do público, mas daqueles que foram capazes de influir decisivamente no processo legislativo. Valendo-se do discurso de combate à corrupção – cujo núcleo estaria na capacidade de a administração dirigir contratos – e de promoção da competição nas contratações públicas, criou-se, em verdade, um jogo de aparências. Amarrou-se a administração a um conjunto de rígidas regras que, sob o pretexto de promoverem a competição e a moralização, levaram ao fechamento do mercado público em benefício, principalmente, das empreiteiras de médio porte que tivessem como demonstrar experiência anterior. Em outras palavras, a Lei nº 8.666/93 trabalha em favor do que chamo de empreiteiras emergentes (A categoria “empreiteiras emergentes” serve para delimitar as empreiteiras que já se estabeleceram no mercado público – detendo, portanto, experiência prévia –, e que possuem condições de evoluírem para outro patamar, tornando-se de grande porte).

Para esse autor, o processo de discussão da Lei nº 8.666/1993 foi encaminhado por grupos de interesse muito bem articulados que, sabiamente, valeram-se da oportunidade de uma nova Constituição e, especialmente, do turbilhão político causado pelo *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, em 1992. O próprio processo de impedimento do ex-Presidente da República teria acelerado o processo de edição da LLC/1993 (Rosilho, 2011).

Para ilustrar seu ponto de vista, Rosilho (2011, p. 6-7) destaca que a LLC/93 se originou do Projeto de Lei nº 1.491 (PL) de iniciativa do Deputado Federal Luis Roberto Ponte (PMDB/RS), tendo sido discutido e votado pelo Congresso Nacional (CN). O autor discorre que o Deputado era historicamente ligado ao setor empresarial das empreiteiras, tendo sido, ele mesmo, proprietário de uma média empreiteira.

Além disso, segundo Rosilho (2011, p. 6), o Deputado foi Vice-Presidente do Sindicato das Indústrias da Construção Civil (RS, 1977-1980); Vice-Presidente, Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1980-1983); Presidente, Comissão de Política e Relações no Trabalho da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1980-1983); Presidente, Sindicato das Indústrias da Construção Civil (RS, 1980-1989); Vice-Presidente, Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (1983); Primeiro-Vice-Presidente e Presidente, Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1983-1992).

A crítica também é compartilhada por Sundfeld (2008, p. 214-215):

A Assembleia Constituinte se desenvolveu sob um governo fraco, cujo projeto de Constituição (feito por uma chamada Comissão de Notáveis) acabou sumariamente ignorado. Abriu-se a porta para o lobby das organizações estatais ou paraestatais mais articuladas, que acorreram com suas reivindicações de poder. Por isso, a parte mais original da Constituição, que se derrama, é o resultado do arranjo político que dividiu o poder e os recursos públicos entre organizações concretas, com interesses concretos (...). Isso fez da Constituição uma Lei Maior de organização administrativa (que assegura, aos organismos e corporações estatais e paraestatais, proteção contra as reorganizações por meio de lei), de diretrizes orçamentárias (que garante verbas aos setores tais ou quais, por meio de repartições e vinculações de receita tributária, engessando as leis orçamentárias) e de vantagens de servidores públicos (vencimentos, previdência, etc.). Em suma, nosso texto é em grande medida uma Carta de afirmação dos direitos desses organismos e corporações, com o efeito concreto de limitar as iniciativas governamentais e deliberações do Legislativo.

É bem verdade que a CRFB/88 assegurou um maior controle do poder estatal, prevendo a fiscalização dos atos administrativos por órgãos específicos de controle e fiscalização, bem como, também promoveu uma maior centralização, atribuindo à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - *normas gerais de licitação e contratação*, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;⁹

No entanto, essa centralização também é criticada por Rosilho (2011, p. 3):

A Lei Geral de Licitações e Contratos vigente seguiu o caminho da superlegalização. O Legislativo, em 1993, optou por transferir para a lei federal boa parte das decisões que poderiam ter sido tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e atores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios, seja pela própria administração pública das três esferas federativas (editando-se regulamentos ou, eventualmente, produzindo atos administrativos). Dessa forma, por meio de uma Lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido nas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca da lei na expectativa de que a corrupção – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar – fosse reduzida.

Rosilho (2011, p. 71-72) aponta que o legislador constituinte tentou promover, no texto constitucional, tanto a afirmação dos direitos garantias quanto a limitação do poder, impedindo

⁹ Redação original. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998: *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;*

futuros abusos e desmandos. Por esta razão, houve o fortalecimento do discurso de valorização dos princípios e regras jurídicos em detrimento da liberdade do Estado, ampliando-se, os mecanismos de controle da atividade administrativa. Segundo o autor, o debate da nova norma de licitações se insere dentro deste contexto, e influenciou as decisões sobre abrangência e competências da nova norma (ROSILHO, 2011, p. 71-72):

É este o contexto no qual se optou por constitucionalizar o debate sobre a disciplina normativa das licitações. A decisão do constituinte acabou fornecendo parâmetros mínimos e diretrizes básicas a serem necessariamente observados pelo legislador infraconstitucional e pela administração pública quanto ao grau de abrangência do dever de licitar e à forma pela qual a administração deveria lidar com os interessados em com ela contratar.

Abriu-se, portanto, um feixe de luz sobre o caminho que as futuras reformas legislativas trilhariam. Ao mesmo tempo, gerou-se um sentimento de que ainda estava por vir o diploma normativo que regulamentaria à contento as normas constitucionais sobre as licitações e contratos. Em outras palavras, que fosse capaz de retratar com fidedignidade o espírito e a vontade da CF.

Apesar das críticas ao modelo centralizado e rígido, o discurso do combate à corrupção e da criação de uma janela de oportunidades para evolução da máquina administrativa, por ocasião da publicação da Constituição de 1988 e da LLC/1993, também foi valorizada pela doutrina, a exemplo do que aponta BORGES (1993, p. 97):

Desenvolveu-se, a partir de então [em referência à promulgação da CF], verdadeira aspiração nacional, em torno da estruturação de uma verdadeira Lei nacional de licitações e contratos administrativos: uma lei que incorporasse e desenvolvesse os novos princípios da Constituição de 1988; que assegurasse sua real aplicabilidade em âmbito nacional; que fosse expurgada dos detalhes e minúcias somente direcionados para a Administração Federal; que, por fim, fosse despojada de uma série de casuísmos e permissibilidade que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los.

A constitucionalização da licitação possibilitou a viabilização da bandeira da moralização na administração da coisa pública, fato este que abriu caminho para o surgimento de um regime jurídico de licitações, que duraria três décadas.

5.2. Três Décadas do Regime Jurídico Instituído pela Lei nº 8.666/1993

A Lei de Licitações e Contratos (LLC), Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi criada para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, e instituiu normas gerais de licitações e

contratos para a Administração Pública, pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹⁰.

O escopo de abrangência é longo e inclui os órgãos da administração direta e da administração indireta, tais como, fundos especiais, autarquias, funções públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios¹¹.

O novo marco regulamentário veio substituir grande parte das normas até então existentes sobre licitações, apresentadas no Capítulo “Licitações Públicas no Brasil: Breve Análise da Evolução Histórica da Legislação (século XVII a XX)”, e que ainda estavam vigentes até aquele momento, tal como dispões o art. 126 da LLC/93:

Art. 126. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente os Decretos-leis nos 2.300, de 21 de novembro de 1986, 2.348, de 24 de julho de 1987, 2.360, de 16 de setembro de 1987, a Lei no 8.220, de 4 de setembro de 1991, e o art. 83 da Lei no 5.194, de 24 de dezembro de 1966. (Renumerado por força do disposto no art. 3º da Lei nº 8.883, de 1994)

A LLC/93 representou, à época, uma evolução significativa em termos de contratações públicas, pois significava a agregação e a positivação de novos princípios de direito público às contratações, tal como disposto em seu art. 3º (versão original, antes das alterações promovidas na redação deste artigo):

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (*versão original, antes das alterações dadas pela Medida Provisória nº 495, de 2012 e pela redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010*).

Além dos famosos princípios aplicáveis à administração pública, previstos na CRFB/88¹², também foram previstos outros princípios na norma regulamentadora, a exemplo do princípio da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Um novo princípio foi acrescentado em 2010, por meio da Medida Provisória nº 495, de 2010, que elevou a “promoção do desenvolvimento nacional” à princípio administrativo aplicável às licitações públicas. Por ocasião da conversão da MP nº 495/2010 na Lei 12.349, de

¹⁰ Vide art. 1º Lei 8.666.

¹¹ Vide parágrafo único, art. 1º, Lei 8666.

¹² CRFB/88: Art. 37, *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

15 de dezembro de 2010, houve a inclusão do termo “sustentável” ao novo princípio, que ficou com a redação final da seguinte forma:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

A regulamentação da licitação por meio da LLC/1993 tem um valor jurídico fundamental: é esta lei que torna a licitação como um procedimento jurídico formal, com rito próprio e procedimentos a serem seguidos¹³. Outro aspecto importante é que a incorporação de princípios administrativos gerais e específicos, voltados à moralização dos atos administrativos, à transparência e à economicidade, fomentaram e instrumentalizaram a fiscalização pelos órgãos incumbidos regimentalmente pelo controle dos atos administrativos, bem como, pelos próprios agentes públicos envolvidos na contratação e pela sociedade de um modo geral (cidadãos e empresas interessadas no certame).

O grande trunfo da LLC/93 foi ter conseguido dar forma e conteúdo para assuntos que eram tratados de formas esparsa em legislações anteriores. Foram regulamentados diversos tópicos importantes, que sedimentaram as bases do processo de contratação pública, tais como: hipóteses de aplicação de dispensa da licitação; hipóteses de inexigibilidade de licitação; previsão de normas para contratação de obras, serviços, compras e alienações de bens; criação de novas modalidades de licitação; estabelecimento de critérios de habilitação das empresas interessadas no certame; criação de registros cadastrais oficiais; regras para formalização do contrato, sua alteração, prorrogação, execução e rescisão; previsão de sanções administrativas e de regras de tutela judicial; recursos administrativos.

¹³ Vide: art. 38 da 8.666: Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso; II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite; III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite; IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem; V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora; VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação; VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões; IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente; X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso; XI - outros comprovantes de publicações; XII - demais documentos relativos à licitação.

A LLC/93, inclusive, dedicou uma seção inteira para tratar dos crimes e das penas (arts. 89 a 99) relacionadas às licitações e contratos¹⁴. No entanto, apesar da positivação e tipificação de condutas criminosas no âmbito das licitações, a verdade é que a norma, por si só, não foi capaz de inibir a prática de corrupção, e o surgimento de novas formas de desvio e fraudes, tais como: conluio, cartéis, sobrepreço de itens, superfaturamento de obras, jogos de planilha, exigência de pagamento antecipado, subcontratações indevidas, celebração de contratos para acobertar desvio de verba pública, direcionamento da licitação, vínculo entre os sócios de empresas ou deste com os agentes públicos, restrições indevidas da competitividade, baixa publicidade do ato convocatório da licitação etc.

Um interessante estudo, apresentado no artigo “Fraudes em Licitações: Uma Abordagem Pragmática” (FELIX, 2015, p. 209-229), mostra que a grande maioria dos crimes que versam sobre licitações se concentram especificadamente nas hipóteses previstas nos artigos 89¹⁵ e 90¹⁶ da LLC/93, conforme dados apresentados a seguir:

Tabela 1 – Incidência de Acórdãos por artigo da LLC/93

Artigo da LLC/93	Quantidade de Acórdãos (STJ)	Incidência
89	157	55,10%
90	80	28,10%
92	21	7,50%
96	12	4,20%
93	5	1,70%
95	4	1,40%
94	3	1%
91	2	0,70%
97	1	0,40%
98	0	0%

Fonte: (FELIX, 2015)

¹⁴ Estes dispositivos foram inteiramente revogados a partir da data de publicação da Lei nº 14.133/2021, conforme disposto no seu art. 193, inciso I.

¹⁵ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

¹⁶ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

Na tabela, são apresentados os resultados da pesquisa realizada em julgados do STJ, tendo sido identificados 185 acórdãos, até o ano de 2015, que tratam de crimes contra as licitações. As duas principais ocorrências são dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses prevista em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade¹⁷ e frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação¹⁸.

Como a edição da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), as disposições sobre crimes em licitações passaram a ser reguladas pelos artigos 337-E a 337-P, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e não mais pelos artigos 89 a 99 da LLC/1993 (dispositivos revogados integralmente a partir da publicação da nova Lei de Licitações e Contratos).

Apesar de representar uma evolução normativa, descobriu-se, com o passar do tempo, que o regime jurídico imposto pela Lei nº 8.666/1993 não respondia com eficiência às necessidades administrativas. Na verdade, ela continha um problema muito sério: ela havia sido pensada e elaboração, prioritariamente, com foco na contratação de obras e serviços de engenharia.

Em que pese as obras e serviços de engenharia serem fundamentais para um país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, o fato é que a Administração Pública, em geral, também precisava lidar com as contratações de bens e serviços comuns, isto é, as contratações do dia a dia, que garantem o funcionamento das repartições públicas e dos serviços colocados à disposição da sociedade.

Além disso, a LLC/1993 também convivia com um fardo muito grande: ela foi editada em um período em que a internet ainda estava engatinhando no Brasil. Com a difusão e popularização do uso das ferramentas tecnológicas e da rede mundial de computadores, percebeu-se que estas eram grandes aliadas para o gerenciamento e operacionalização das contratações, viabilizando, inclusive, ampliação da participação de empresas interessadas em licitações públicas.

Na tentativa de preencher esta lacuna da LLC/1993, surgiu a modalidade denominada pregão, que foi incorporada ao ordenamento jurídico, no início dos anos 2000, com a edição da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e, posteriormente, regulamentada, na forma eletrônica

¹⁷ Art. 89. Lei 8.666

¹⁸ Art. 90, Lei 8.666.

(pregão eletrônico), pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. A nova modalidade rapidamente supriu a necessidade de celeridade e economicidade para a aquisição de bens e serviços comuns, o que inclusive, pode ter contribuído para que a LLC/1993 não tenha sido revogada por uma nova lei de licitações ainda na década de 2000.

Nos anos seguintes também surgiram novos regimes jurídicos que coexistiram simultaneamente com a LLC/1993. São eles: a) o Regime Diferenciado de Contratações (instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), que surgiu, inicialmente, para dar celeridades para obras e serviços de engenharia decorrente da Copa do Mundo da FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, e; b) o Regime Jurídico de Contratações das Sociedades Anônimas e das Empresas Públicas (Instituído pela Lei 13.303, de 30 de junho de 2016), que veio para regulamentar as licitações destas pessoas jurídicas, em atendimento ao que dispõe o art. 173, inciso III, da CF/1988.

Cada um dos regimes jurídicos supracitados possuem uma dinâmica e regras próprias e com focos de atuação distintos da LLC/1993. Por esta razão, cada um deles será estudado mais adiante.

5.2.1. O Sistema de Registro de Preços (SRP): Uma Grande Ideia!

Uma das principais ferramentas à disposição da Administração Pública, em se tratando de contratações públicas, é, sem dúvidas, o Sistema de Registro de Preços (SRP). O SRP não é uma modalidade de licitação, nem um regime jurídico isolado. Trata-se, na verdade, de uma forma de processar a contratação de forma mais eficiente, econômica, e prática para os órgãos interessados na contratação de um mesmo objeto.

De uma forma didática, imagine que um determinado órgão público “X” precisa adquirir 150 cadeiras para uso de seus servidores. De forma similar, um outro órgão público “Y” também precisa adquirir 350 cadeiras para uso de seus servidores. Em um sistema tradicional de contratação pública, cada um destes órgãos realizará a sua própria licitação para a aquisição de suas respectivas quantidades de cadeira.

Agora imagine que, ao invés de se realizar duas licitações distintas para a contratação do mesmo objeto, fosse possível realizar uma única licitação de 500 cadeiras, para atendimento da demanda dos órgãos “X” e “Y”, no qual um deles figurará como “órgão gerenciador” da licitação e o outro figurará apenas como “participante” da licitação. Esse exemplo, materializa a ideia principal do SRP.

Esse exemplo prático serve para entender a dinâmica principal do SRP, porém, os seus benefícios vão muito além disso:

- a) a primeira delas, que se percebe, logo de início, é a possibilidade de se realizar apenas uma licitação ao invés de duas, o que propicia a redução de custos administrativos (homem-hora, custos operacionais etc.). Pode-se realizar, por exemplo, licitações via SRP para atendimento não apenas de dois órgãos ou três órgãos, mas, em alguns casos, para o atendimento de centenas ou até milhares de órgãos com apenas uma única licitação centralizada¹⁹.
- b) Outro benefício, é a possibilidade de redução dos preços dos produtos contratados, em homenagem ao princípio da economicidade, pois, do ponto de vista econômico e de mercado, o fator “escala das quantidades” pode impactar benéficamente no interesse das empresas licitantes, impulsionando a competição e o acirramento da disputa, e, conseqüentemente, reduzindo-se os preços. Imagine, por exemplo, 200 órgãos diferentes licitando a aquisição de 20 bebedouros de água e, em um outro contexto, estes mesmos 200 órgãos participando de uma licitação única contendo 4.000 bebedouros, o que, obviamente, em razão do volume, possibilitará a redução dos custos de entrega e das margens de lucros, implicando em menores preços a serem pagos por bebedouro adquirido. A lógica é inversamente proporcional: quanto maior a quantidade licitada, menor é o preço a ser desembolsado pela aquisição do produto ou contratação do serviço.
- c) Um terceiro benefício é a possibilidade de padronização de bens e serviços adquiridos pela administração pública, facilitando, em muitos casos a interoperabilidade e a promoção de programas de governo, no que toca à implementação de políticas públicas.
- d) Um quarto benefício é a possibilidade de centralização das compras em órgãos especializados na realização de compras, aproveitando-se da capacidade operacional, financeira e técnica, de profissionais e setores capacitados para tal, reduzindo-se o dispêndio com a capacitação de milhares de profissionais, para que

¹⁹ Um exemplo é o caso do Registro de Preços Nacional (RPN), conduzido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), vinculado ao Ministério da Educação (MEC), que realiza, por meio de uma licitação centralizada, via Sistema de Registro de Preços, a aquisição de diversos objetos (ex.: aquisição de ônibus escolares e mobiliários escolares) para atendimento das necessidades de infraestrutura das escolas do ensino básico (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), de todo o País, vinculadas as secretarias de educação municipais, estaduais e do Distrito Federal.

se possa dar vazão às licitações²⁰; Destaca-se que a especialização/centralização de órgãos, decorrente do SRP, é benéfica, pois possibilita, em razão do volume, o estabelecimento de critérios mais apurados de avaliação de produtos, adicionando-se etapas de controle de qualidade, seguindo-se regras de eficiência e de segurança definidos em normas técnicas, devidamente acompanhadas e testadas em laboratórios de acreditação e certificação de produtos.

O produto decorrente, diretamente, do SRP é a chamada Ata de Registro de Preços (ARP), documento que condensa os preços licitados e fica à disposição da Administração Pública, por um determinado período de tempo²¹, para uso (leia-se contratação do bem ou serviço licitado), por parte do órgão gerenciador, pelos órgãos participantes e, ainda, por órgãos não participantes na origem da licitação, chamados de “caronas” ou de órgãos de “participação tardia”²². Estes últimos fazem o procedimento que se chama “adesão” à ARP, procedimento este que deve ser previamente autorizado pelo órgão gerenciador e pela empresa vencedora da licitação.

Retomando-se o exemplo anterior, um órgão “Z” que tenha interesse em adquirir 200 cadeiras, mas que não tenha manifestado em tempo o seu desejo para o órgão gerenciador “X”, ainda assim pode se beneficiar do uso da ARP. Basta que o órgão “Z” solicite e seja autorizado pelo órgão “X”, bem como pela empresa vencedora da licitação, para que possa adquirir as suas 200 cadeiras, sem que afete o quantitativo previamente estabelecido para os órgãos X e Y, desde que observados os critérios e limites legais.

Considerando-se essas características descritas do SRP, ainda podemos elencar diversos outros diversos benefícios, além daqueles já citados, tais como: quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração²³.

²⁰ Um exemplo foi a criação da Central de Compras da Secretaria de Gestão (SEGES), vinculada ao Ministério da Economia, espelhada em modelos anteriores de sucesso, como o RPN, do FNDE, e as compras centralizadas do Exército e do Ministério da Saúde.

²¹ Na Lei 8.666, foi definido o prazo de 1 ano para validade da ARP; Na Lei 14.133, esse prazo foi prorrogado por igual período (art. 84).

²² Essas expressões decorrem do fato de que estes órgãos só manifestaram interesse após a realização da licitação e a publicação da ARP, daí porque são chamados de “não participantes” da licitação.

²³ Art. 3º do Decreto nº 7.892/2013.

Por não ser um Regime Jurídico, mas sim um instrumento administrativo, o SRP ainda pode ser utilizado em diversas modalidades de licitações e regimes diferentes, tais como: concorrências, pregão, Regime Diferenciado de contratação e, por ocasião da publicação da Lei 14.133/2021, até para dispensas e inexigibilidades de licitação²⁴.

Porém, o SRP também pode conduzir à situações desvantajosas ou de assimetria econômica, como, por exemplo:

- a) Fenômeno da multiplicação dos pães: a adesão desenfreada e sem limites às ARP's por parte de órgãos que não participaram da licitação em sua origem (caronas), pode gerar uma desvantagem econômica para a Administração, uma vez que se essas novas adesões tivessem sido previstas, inicialmente, na etapa de planejamento da contratação, o quantitativo total da licitação seria maior, o que poderia influenciar positivamente na obtenção de menores preços na licitação (perda dos benefícios do ganho de escala). Para contornar este problema a própria legislação traz alguns limites para a quantidade de adesões que um ARP pode ter.
- b) Demasiada vantagem para uma empresa: a adesão em demasia também pode gerar impactos diretos no próprio mercado privado, desbalanceado a livre concorrência entre as empresas, uma vez que a empresa vencedora da licitação e com o preço registrado em ata viraria o "vendedor exclusivo" da Administração Pública. Por esta razão, a própria legislação que regulamenta o SRP prevê regras específicas para adesão de órgãos e validade temporal da ARP.
- c) Possibilidade de multiplicação de produtos ou serviços de baixa qualidade ou preços altos: no caso de haver contratações desvantajosas a disponibilização da ARP pode gerar o efeito multiplicador da situação indesejada. Por esta razão os órgãos e entidades da Administração Pública devem estar atentos sobre a vantajosidade dos preços e dos produtos ou serviços contratados, de modo a avaliar a oportunidade da autorização das adesões.
- d) Padronização em desfavor das peculiaridades locais: o SRP, em razão da forte tendência de centralização das compras públicas em determinado órgão ou centro de compras, pode gerar o efeito de padronizar demasiadamente os produtos ou serviços, em prejuízo às necessidades de soluções ou problemas a serem resolvidos

²⁴ Art. 82, §6º, Lei 14.133/2021.

por cada um dos órgãos aderentes. Assim, deve-se sempre avaliar, previamente, os prós e contras do uso do SRP e da centralização da compra pública.

5.3. O Pregão e a Transmutação das Compras Públicas.

5.3.1. O Remédio para Todos os Males

A LLC/93 inaugurou, na época de sua edição, um novo regime jurídico (marco jurídico) para as contratações públicas. Como já visto nos Capítulos anteriores, além das obras e serviços de engenharia, ela também foi concebida para alienações de bens, compras em geral e contratação de serviços. No caso destes dois últimos, o regime não funcionou tão bem. A razão? As modalidades de licitações previstas na LLC/93²⁵ são demasiadamente burocráticas e ineficientes do ponto de vista da celeridade exigida e necessária para a contratação de bens e serviços comuns do dia a dia da Administração Pública.

Não se pode imaginar que um único modelo de contratação seja capaz de resolver todos os problemas existentes. Soma-se a isso, o fato de que a LLC/93 é um regime jurídico engessado e pouco flexível para se adaptar as necessidades do administrador. Isso resultou, ao longo do tempo, em grande prejuízo para a Administração, conforme aponta Mendes (2012, p.33):

Permanecer durante décadas conduzindo a licitação para a contratação de fornecimento de água mineral ou de caneta esferográfica da mesma forma que para a contratação de execução de uma grande obra de engenharia ou de serviços intelectuais resultou em grande desgaste. Desgaste esse totalmente desnecessário e que poderia ter sido evitado já em 1986, quando da edição do Decreto-lei nº 2.300. Mas o fato é que não foi.

Para resolver este problema, o legislador, a partir de experiências inovadoras dos servidores do Poder Executivo Federal, decidiu pela criação de uma nova modalidade de licitação, com uma sistemática totalmente diferente, capaz de produzir resultados de forma muito mais eficiente, gerando maiores economias para os cofres públicos, além de dar mais transparência para os atos praticados, bem como, ampliar a competição (número de empresas licitantes participantes do certame).

²⁵ Art. 22, 8666: Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

Essa modalidade de licitação foi denominada de “pregão” e é considerado um grande sucesso para as contratações públicas no Brasil. Para entender bem esse processo, analisar-se-á os problemas da LLC/93 e as soluções apresentadas pelo “pregão” para contorná-los.

A primeira dificuldade da LLC/93 é a ordem como foram concebidas as fases da licitação, pelo legislador. Por exemplo, se dez empresas resolvessem participar de uma concorrência pública, no dia e hora marcados, a equipe de licitação deve, primeiramente, abrir e analisar os documentos de todas as dez empresas, uma a uma, para verificação da conformidade jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal em relação aos requisitos exigidos no edital de licitação²⁶. Somente aquelas declaradas habilitadas (que atenderam às condições previstas em edital), passam para a segunda fase, que é a abertura do envelope contendo a proposta de preço (fase de julgamento das propostas de preço)²⁷. Ato contínuo, a proposta de menor valor (caso o critério eleito no edital de licitação tenha sido o do menor preço²⁸), é declarada vencedora, passando-se às demais fases²⁹.

Pela análise do exemplo acima, percebe-se que a fase de habilitação antecede a fase de julgamento da proposta. Agora, imagine a hipótese inversa: uma licitação do tipo menor preço em que há inversão das fases de habilitação e julgamento da proposta, ou seja, primeiro se verifica qual empresa ofertou a proposta de menor preço, e, logo em seguida, verifica-se esta atende aos requisitos de habilitação. A análise de habilitação, neste caso, não recai mais sobre todas as empresas, mas apenas sobre a empresa que ofertou o menor preço. Caso ela atenda às condições prevista em edital, ela será declarada vencedora. Caso não atenda, passa-se à análise documental de habilitação da empresa licitante com o segundo menor preço e, assim por diante, até que se encontre a empresa que atenda aos requisitos editalícios.

O último exemplo, tratado acima, apresenta-se como um sistema muito mais simplificado e ágil de análise. É justamente esse modelo, caracterizado pela “inversão de fases”, que distingue a modalidade denominada “pregão”. Trata-se de um modelo capaz de atender,

²⁶ Art. 43, I, 8666: Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

²⁷ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

²⁸ Art. 45, §1º, incisos I a IV: § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta-nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

²⁹ Homologação do resultado e adjudicação do objeto da licitação.

com muito mais presteza, às necessidades cotidianas da Administração Pública, no que tange a aquisição de bens e serviços comuns³⁰.

Mas o remédio criado pelo legislador não tratou apenas do problema relativo à ordem das fases de análise da licitação, mas também, de outros problemas relativos à ineficiência das modalidades anteriores. Uma delas, é a questão da competitividade, praticamente inexistente na LLC/93. O pregão impôs uma nova lógica às licitações: competir, para ganhar! Por competitividade, podemos entender uma sessão de disputa de lances, nos quais os interessados (empresas licitantes) podem ofertar, sucessivamente, lances com valores obrigatoriamente decrescentes, no qual, o vencedor (proposta de menor preço) é definido por critérios previamente estabelecidos em edital.

Ou seja, o pregão inovou em aplicar, ao sistema estático da LLC/93 (abertura do envelope contendo o preço, sem possibilidade de formulação de nova proposta diante dos preços ofertados pelos concorrentes), um sistema totalmente dinâmico e eficaz de disputa de preços, favorecendo, obviamente, à vantajosidade das propostas e à economia financeira (obtenção de preços finais com valores muito mais baixos do que os obtidos por meio das modalidades da LLC/93).

Outra questão que foi marcante para a consolidação do pregão como a principal modalidade de licitação existente no país foi a ampliação da concorrência (número de empresas licitantes participantes do certame), sobretudo em função do uso de ferramentas de tecnologia (ex.: computadores, internet etc.), que redundou na criação, em 2005, da versão “eletrônica” do pregão – o chamado “pregão eletrônico” –, que possibilitou a participação remota de empresas, de qualquer local do país, interessadas no fornecimento de bens e serviços comuns. Ou seja, a licitação deixou de ser algo regional, ou mesmo local, e passou a ser um procedimento de “âmbito nacional”.

Em razão do uso das ferramentas tecnológicas e do aumento da competição, os atos tornaram-se muito mais acessíveis a qualquer cidadão ou interessado, em atenção ao princípio da publicidade, favorecendo, por consequência lógica, a transparência e o controle social e administrativo.

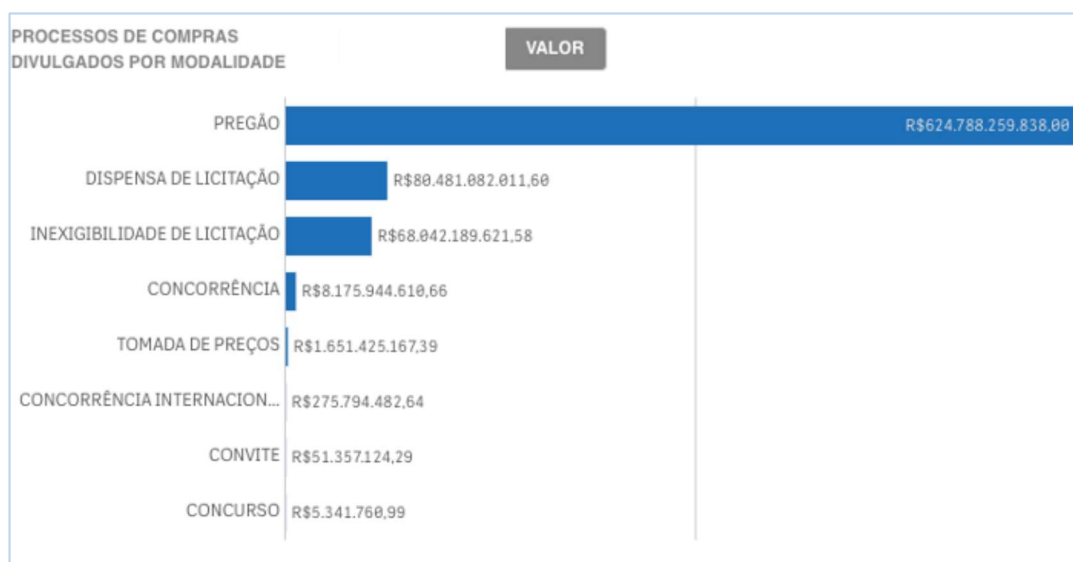
Pode-se citar, ainda, como inovação, em relação às modalidades da LLC/93, a redução do tempo mínimo exigido entre a publicação do edital de licitação e a abertura da licitação. Em

³⁰ Art. 1º, parágrafo único, Lei nº 10.520: Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

uma concorrência, por exemplo, o prazo pode variar de 30 a 45 dias³¹, no mínimo, a depender da complexidade do objeto. No caso do pregão, este prazo foi reduzido para, no mínimo, oito dias úteis³².

Percebe-se que as modalidades presentes na LLC/93 não se apresentavam como as mais eficientes para contratação de bens e serviços comuns, que são, inclusive, os principais itens da cesta de aquisições, se comparados com as obras, serviços de engenharia, e serviços e compras de itens especializados (não comuns). Isso fica bem demonstrado na tabela abaixo, que contém o volume de compras do Governo Federal, ao longo do exercício de 2021, individualizados por modalidade de licitação³³:

Gráfico 1 – Volume de Compras por Modalidade de Licitação



Fonte: Ministério da Economia

Por esta, e outras tantas razões, o pregão é, sem sombra de dúvidas, a principal modalidade de licitação existente no País, e nem mesmo com a edição da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, parece ter sido abalada.

³¹ Art. 21, §2º, inciso I, alínea *b* e inciso II, alínea *a*, da Lei nº 8.666/93.

³² Art. 4º, V, 10.520: Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

³³ Dados atualizados até 03/09/2021. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra> <consultado em 24 de outubro de 2021>.

5.3.2. *Bens e Serviços Comuns: Um Problema Conceitual*

O pregão foi criado com a finalidade de dar dinamicidade às compras governamentais. Nessa esteira, o legislador delimitou o espaço de atuação do gestor público, com a edição das normas regulamentadoras do pregão. A lei 10.520/2002 definiu em seu art. 1º que: “*Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei*”. Desta forma, excluiu-se a possibilidade de se licitar bens e serviços, por esta modalidade licitatória, que não se enquadrem na definição de objeto “comum”.

A definição de bens e serviços comuns dada pela Lei 10.520/02 é a seguinte:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A redação do §1º do art. 1º do Decreto 10.024, de 20 de setembro de 2019 (regulamento do pregão eletrônico reafirma a obrigatoriedade de utilização do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns: “*A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.*”.

Antes da publicação do Decreto nº 10.024/2019, o pregão eletrônico era regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Sob a égide desta norma havia grande dúvidas se os serviços comuns de engenharia (ex.: manutenção predial, manutenção de elevadores etc.) poderiam ou não ser licitados por meio do pregão. No âmbito dos Tribunais de Contas, havia o entendimento de que sim, porém, volta e meia a questão era objeto de questionamento judicial, por segmentos de classe. No entanto, a questão foi definitivamente solucionada com a edição do novo Decreto 10.024/2019, que consignou, expressamente, a possibilidade de uso do pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

O novo Decreto também tratou de conceituar bens e serviços comuns, bem como, os serviços comuns de engenharia:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

II - bens e serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;

VIII - serviço comum de engenharia - atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado;

O manual de Licitações & Contratos do Tribunal de Contas da União também traz uma definição bem abrangente para bens e serviços comuns:

Bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão-somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. São exemplos de bens comuns: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes, etc.

O bem ou o serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, mediante especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto.

São inúmeros os objetos a serem licitados que não são vistos com clareza pelo gestor com o intuito de definir se o objeto é comum ou não. O legislador procurou, por meio de lista anexada ao Decreto nº 3.555, de 2000, definir os bens ou serviços de natureza comum. No entanto, essa lista foi considerada meramente exemplificativa, em razão da impossibilidade de se listar tudo que é comum.

Cabe ao gestor, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, decidir-se pela modalidade pregão sempre que o objeto for considerado comum. Quando a opção não recair sobre a modalidade pregão, o gestor deve justificar, de forma motivada e circunstanciada, sua decisão.

Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 313/2004 Plenário, verbis:

(...) Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

(...)

(...) Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. (Voto do Ministro Relator)

Nesse sentido, com relação a bens e serviços comuns de informática e automação, a Lei n.º 11.077, de 2004, inseriu § 3º no art. 3º da Lei n.º 8.248/ 1991, verbis:

“§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens ou serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita

às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991.”³⁴

Na mesma linha de pensamento segue o entendimento do professor Justen Filho (2014, p. 19), ao analisar a objetividade requerida como critério definidor:

Todo e qualquer objeto licitado tem que ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço "incomum", especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço "comum" não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam.

Destaca-se que serviço ou bem comum não significa dizer que ele não possa ter natureza complexa. Nesse sentido, mesmo que a complexidade técnica de um bem ou serviço seja alta, isso, por si só, não retira a qualidade que o caracteriza como comum. Simples não é sinônimo de comum. Comum é aquilo que é de uso ou do conhecimento de duas ou mais pessoas. Ou seja, é plural. Na mesma linha segue o Desembargador e conferencista de direito administrativo, Pereira Júnior (2003, p. 1006):

Em aproximação inicial do tema, pareceu que comum também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser comum, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.

Construir uma usina nuclear envolve procedimentos complexos, no entanto eles são tão comuns para um físico nuclear ou um engenheiro químico, quanto a atividade de se fazer um pão é comum para um padeiro. Não é a propriedade ou natureza, que as caracteriza como comum, que lhes diferencia, mas a dificuldade, o tempo, o risco e o grau de responsabilidade envolvido nas atividades.

Coaduno é o entendimento de Scarpinella (2003, p. 81), autora do livro *Licitação na Modalidade de Pregão*:

o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se

³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. In *Licitações e contratos : orientações básicas* – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 35-36.

exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.

Nessa linha de raciocínio, entendemos que mesmo que o objeto tenha complexidade técnica para a sua elaboração, fornecimento, ou execução, pode ser caracterizado como um bem ou serviço comum, logo podem ser contratados por meio de pregão. Assim, nos parece superada a caracterização trazida por Meirelles (2005, p. 257), ao analisar os serviços comuns:

serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução, podendo ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, por não serem privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional.

Também não podemos concordar com a definição trazida pelo especialista em direito constitucional, Berloff (2002, p. 33), ao caracterizar o procedimento de contratação por meio do pregão como uma aquisição sem critérios apurados:

Bem ou serviço comum é aquele que pode ser adquirido, de modo satisfatório, por intermédio de um procedimento de seleção destituído de sofisticação ou minúcia. Enfim, são comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado.

Entre as várias definições para o significado do que pode ser enquadrado como bem ou serviço comum, temos a do advogado, Perin (2003, p. 174), que, por aproximação, nos parece mais razoável:

...somente poderão ser classificados como "comuns" os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar. Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostra-se suficiente para identificação plena do objeto. Serviço comum, por exclusão, é todo aquele que não pode ser enquadrado no art. 13 da Lei nº 8.666, que arrola os serviços qualificados como técnicos profissionais especializados.

Portanto, não podemos confundir atividade complexa com atividade incomum. Nem, muito menos, atividade comum com atividade simples. Já se destacou também, que não é a objetividade da descrição do objeto licitado que define um bem ou serviço como comum. Ao mesmo tempo, entende-se ser necessário que pelo menos duas pessoas detenham o conhecimento sobre determinado assunto, para que ele se torne comum. Na medida em que não há a necessidade de se medir a qualificação técnica do objeto, mas tão somente o preço, e presentes todas as outras características descritas, podemos ter um indicativo para enquadrá-lo como comum.

5.3.3. O Surgimento do Pregão: Um Novo Regime Jurídico

O pregão surgiu e desenvolveu-se no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por meio da edição da Lei nº 9.472 de 17 de junho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações, que dispunha o seguinte:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Os resultados obtidos pela ANATEL foram motivo de surpresa para o então Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Pinto (2000, p. 660), em artigo publicado na revista *Zênite*:

Como resultado da utilização dessa modalidade de licitação, a ANATEL tem conseguido, em média, reduções de 22% entre os preços iniciais e os vencedores. A confrontação direta dos participantes possibilitou diminuições de preços expressivas, como a redução de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na Internet. Além disso, a duração do processo licitatório tem sido encurtada para cerca de 20 dias.

Assim, não levou tempo e foi editada a Medida Provisória nº 2.026-3, de 28 de julho de 2000, e, posteriormente, a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, regulamentada pelos Decretos Federais nº 3.555, de 8 de agosto de 2000 e nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, instituindo a modalidade de licitação denominada Pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns. Logo, a MP nº 2.182.18/01 foi convertida na Lei nº 10.520/02, estendendo-se a possibilidade de adotá-lo, aos Estados, Municípios e para o Distrito Federal.

A implementação do pregão veio ao encontro da política de informatização e modernização das compras públicas governamentais. O objetivo era dar maior transparência ao processo e ampliar os mecanismos de controle e acompanhamento das aquisições, bem como desburocratizar o andamento dos certames, visto que a grande quantidade de papéis envolvidos nas licitações acabava por gerar ineficiência administrativa, conforme constatação feita por técnicos do MPOG:

Os mecanismos de controle e acompanhamento das aquisições, bem como a autuação dos processos licitatórios, emissão e numeração das autorizações de fornecimento, à época, eram efetuados de forma manual ou mecanizada, gerando diversidade de atividades e grandes volumes de papel para arquivamento. Com a exigência de comprovação de habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira impostas aos fornecedores para participação nos certames

licitatórios, cada órgão da Administração Pública passou a ter o seu próprio cadastro de fornecedores, requerendo um contingente elevado de mão-de-obra para atualização e guarda de documentos, incorrendo muitas vezes em riscos de fraudes, comprometendo a seleção de fornecedores, reduzindo as possibilidades de participação destes nos certames licitatórios face ao uso restrito dos recursos de tecnologia de informação e outros meios de comunicação disponíveis³⁵.

Essa política de informatização e modernização das compras públicas, base para a melhoria das ações governamentais, teve como marco essencial o ano de 1998, quando foi implementado o portal de compras do governo, chamado inicialmente de Comprasnet³⁶, vinculado ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG, ferramenta gerencial da Administração Pública Federal, criada pelo Decreto nº 1.094 de 23 de março de 1994.

Inicialmente, com o fito de proporcionar maior participação da população, agilidade e transparência, o portal fornecia consultas à base de dados da SRF, PGFN, INSS e FGTS, download de editais, resultados de licitações e contratos firmados, avisos de licitações nas diversas modalidades, entre outras funcionalidades. Com o tempo, foram agregados novos serviços, dos quais se destaca a modalidade do pregão eletrônico, incorporada a partir de dezembro de 2000, que disponibilizava opções específicas de acesso para o pregoeiro³⁷, fornecedores e a sociedade em geral.

A modernização das compras públicas, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, promoveu a transparência e a ampliação da competitividade do pregão. O regulamento do pregão subordinou os órgãos da Administração Pública Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, a realizar preferencialmente a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns em sessão pública à distância, por meio da internet.

A inserção espacial da União em todo o território nacional concorreu para o êxito da aplicação da política de aquisições pelo sistema eletrônico de compras, pois trouxe a democratização do acesso às compras com o governo, resultando em uma significativa

³⁵ CONCURSO INOVAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA FEDERAL – ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Experiência: COMPRASNET: O SITE DA TRANSPARÊNCIA DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão Departamento de Logística e Serviços Gerais – DLSG Responsável: Elisabeth Braga Integrantes: Equipe – DLSG (Carlos Henrique de Azevedo Moreira, Valteno de Souza Marques, Beethoven Batista)

³⁶ Atualmente o sistema é denominado “compras.gov.br”, disponível no sítio eletrônico: <https://www.gov.br/compras/pt-br/>

³⁷ Autoridade responsável por presidir e conduzir os trabalhos do pregão.

ampliação do número de licitantes, sobretudo em decorrência da diminuição dos custos de deslocamento.

Por outro lado, no nível municipal, as peculiaridades de cada região ou localidade, como a ausência de inserção tecnológica que viabilize negociações pela internet, dificultam a participação de licitantes e órgãos públicos em pregões eletrônicos. A metodologia a ser adotada (pregão presencial ou eletrônico) deve ser analisada pelo administrador público local levando em consideração as variáveis existentes, para que se evite a restrição do caráter competitivo que deve ter o certame licitatório.

5.4. Outros Regimes Jurídicos aplicáveis.

5.4.1. Regime Diferenciado de Contratações

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, foi um regime jurídico criado, exclusivamente, para contratações de obras e serviços de engenharia para a Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo Fifa 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2014, todos, realizados no Brasil.

Mas, se já existia, à época um regime de contratações públicas de obras e serviços de engenharia, por qual razão foi necessária a edição de um novo regime? Simples, a Lei 8.666/1993, considerada muito burocrática, não tinha a eficiência necessária para a implementação das contratações públicas necessárias para a execução dos eventos esportivos, em tão pouco tempo (a edição do RDC ocorreu em 2011 e o primeiro evento esportivo já estava marcado para 2013).

Ou seja, a criação do RDC era o reconhecimento incontroverso da ineficiência do regime jurídico precedente, no entanto, o constrangimento não foi suficiente para fazer revogar a Lei 8.666/1993, vigorando, dois regimes: o primeiro para obras e serviços de engenharia para obras ligadas aos eventos esportivos citados, e o segundo, para as demais obras e serviços de engenharia em geral.

Na prática, o que o RDC tentou fazer foi incorporar as boas práticas e a experiência com a modalidade pregão, e aplicá-las às obras e serviços de engenharia, inclusive prevendo a “inversão de fases”³⁸, prazos mais enxutos de publicidade do instrumento convocatório da

³⁸ Art. 12, Lei RDC

licitação³⁹, orçamento sigiloso, remuneração variável, bem como, a criação de modos de disputa aberto e fechado, facilitando a adoção de estratégias de obtenção das melhores propostas de acordo com o objeto de cada licitação.

Além disso, também foi prevista a possibilidade de adoção de um novo regime de execução: a contratação integrada⁴⁰. De acordo com o §1º, do art. 9, da Lei do RDC, a contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Ou seja, na prática, a empresa contratada seria responsável não apenas pela execução da obra ou serviço de engenharia, mas também pela elaboração e desenvolvimento do principal documento da etapa de planejamento da contratação, que é o Projeto Básico, que contém o escopo da contratação, dentre os quais, a definição precisa do objeto, as especificações técnicas, o quantitativo, a forma de execução etc. Geralmente este modelo é adotado quando o órgão ou entidade licitante não dispõe de corpo técnico qualificado (ex.: engenheiros civis com experiência em construção de pontes) para concepção do projeto básico do objeto que se quer contratar.

Pela Lei nº 8.666/1993, o órgão deveria, primeiro realizar uma licitação para contratar uma empresa para conceber o Projeto Básico e, somente depois de pronto, realizar uma segunda licitação para contratar a empresa que de fato vai executar o projeto. O que a Lei do RDC fez foi simplificar esse procedimento, possibilitando que a contratação possa ocorrer em um único procedimento licitatório e pela mesma empresa.

Obviamente, em razão das inovações e dos avanços trazidos pelo RDC, houve a incorporação, com o passar do tempo, de novas hipóteses de aplicação do novo regime, tal como pode-se ver em seu art. 1º:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso

³⁹ Art. 15, Lei RDC

⁴⁰ Art. 8, inciso V, Lei RDC.

- de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

A Lei do RDC é um dos três regimes jurídicos de contratações públicas incorporados (ou absorvidos)⁴¹, pela nova Lei de Licitações, a Lei nº 14.133/2021, e que será definitivamente revogada, no prazo de dois anos após a publicação da Nova Lei de Licitações.

5.4.2. O Regime Jurídico de Contratações das Sociedades Anônimas e das Empresas Públicas

O regime jurídico de contratações das empresas públicas e das sociedades de economia mista tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (CFRB/1988). O caput do art. 173 CFRB/1988 estabelece que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Isto é, segundo a Carta da República, compete à lei definir os casos de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo para criação destas entidades.

Do mesmo modo, também compete à lei, segundo o §1º, inciso III, do art. 173, da CFRB/1988, estabelecer o seu estatuto jurídico, dispondo, inclusive sobre licitações e contratações públicas:

Art. 173. (...) § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os

⁴¹ Os outros dois foram: a Lei 8.666/1993 (obras e serviços de engenharia) e a Lei 10.520 (pregão)

princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A regulamentação do regime jurídico das empresas só veio a ocorrer em 2016, com a edição da **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais)**, que revogou alguns dispositivos esparsos que tratavam de licitações no âmbito destas organizações, a saber, o § 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961⁴², bem como, os arts. 67 e 68, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Assim como a Lei nº 8.666/1993 (LLC/1993), a Lei das Estatais, também é uma lei nacional e suas normas abarcam toda e qualquer empresa pública, sociedade de economia mista da União, Estados, Município e do Distrito Federal, que explorem uma das seguintes atividades: a) *atividade econômica de produção*; b) *atividade econômica de comercialização de bens*; c) *prestação de serviços públicos*.

Incluem-se neste rol de entidades sujeitas às normas da Lei das Estatais todas as subsidiárias controladas por empresas públicas ou por sociedades de economia mistas dos entes federativos que explorem alguma das três atividades citadas.

Antes de 2016, as estatais utilizam as modalidades de licitação previstas na LLC/1993⁴³. A Lei das Estatais estabeleceu um regime jurídico muito mais flexível em relação às regras previstas na LLC/1993. Por exemplo, não foram adotadas modalidades específicas de licitação, apenas a adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns⁴⁴ e o estabelecimento de regimes de contratação, tais como a empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada⁴⁵.

Outra mudança procedimental, em relação à LLC/1993, foi a adoção da “inversão de fases” já adotada na modalidade pregão que assegura uma maior eficiência à condução do certame, conforme sucessão de fases prevista no art. 51 da Lei das Estatais:

Do Procedimento de Licitação Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:(Vide Lei nº 14.002, de 2020)

I - preparação;

II - divulgação;

III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;

IV - julgamento;

V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;

VI - negociação;

VII - habilitação;

VIII - interposição de recursos;

⁴² Redação dada pelo art. 19 da Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009.

⁴³ Concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

⁴⁴ Art. 32, IV, Lei das Estatais.

⁴⁵ Art. 42, incisos IV, V e VI, da Lei das Estatais

- IX - adjudicação do objeto;
- X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

Destaca-se que o Título II (artigos 28 a 90) da Lei das Estatais é dedicado à tratar do tema de contratações públicas, passando por assuntos como: normas gerais sobre licitações e contratos administrativos; hipóteses de dispensa e inexigibilidade; normas específicas para obras e serviços; normas específicas para aquisição e alienação de bens; procedimentos; procedimentos auxiliares, e; contratos (formalização, alteração, sanções administrativas).

O fato é que a Lei das Estatais possibilitou maior autonomia, flexibilidade, eficiência e celeridade às estatais, frente à rigidez da LLC/1993, de forma a mantê-las mais competitivas diante do dinâmico mercado produtivo privado, sem perder de vista, por outro lado, a necessária impessoalidade e transparência, aplicáveis e exigíveis dessas entidades.

6. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVO

6.1. *Histórico da Tramitação nas Casas Legislativas*

O ano de 2021 vai entrar para a história como sendo o ano da entrada em vigor do novo marco regulatório das contratações públicas no Brasil. Foi neste ano que foi promulgada e publicada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC/2021), após longa jornada de 26 (vinte e seis) anos de tramitação no Congresso Nacional. Logo a seguir, será apresentado o histórico desta tramitação.

O Senador Lauro Campos, do Partido dos Trabalhadores (PT), eleito pelo Distrito Federal, sem maiores pretensões, propôs, em 22 de maio de 1995, dois anos após a edição da Lei nº 8.666/1993, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 163/1995, para incluir dois novos parágrafos na redação do art. 72 da Lei nº 8.666/1993, que trata da subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento na etapa de execução contratual. O referido PLS, embora em nada tratasse sobre um novo regime de contratações, viria a ser o primeiro embrião para a edição da nova Lei de Licitações.

Em novembro de 1995, o PLS nº 163/1995 foi encaminhado para a Câmara dos Deputados (CD), passando a tramitar com o nome de Projeto de Lei (PL) nº 1292/1995⁴⁶. Este projeto, durante sua tramitação na CD, passou por diversas comissões, e teve o apensamento de diversos outros projetos de lei versando sobre licitações e contratos administrativos, e o que era apenas um projeto de lei desprezioso, para alteração de um simples dispositivo, transformou-se, ao longo do tempo e das diversas incorporações, audiências e emendas, em um projeto abrangente de alteração do regime jurídico de contratações públicas até então vigente.

No ano de 2013, dezessete anos mais tarde, ainda não havia perspectiva do PL nº 1292/1995 ser aprovado e devolvido para o SF para reavaliação. Aproveitando-se deste fato, e por ocasião da comemoração do vigésimo aniversário da publicação da Lei nº 8.666/1993, o Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, editou o Ato do Presidente nº 19, de 28 de maio de 2013⁴⁷, criando a Comissão Temporária do Senado para atualizar e modernizar a LLC/1993, integrada pelos Senadores Vital do Rêgo (Presidente), Kátia Abreu (Relatora),

⁴⁶ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 163/1995.

⁴⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4728346&ts=1593989881341&disposition=inline> (consultado em: 1º de nov. 2021)

Waldemir Moka (Relator Revisor), Francisco Dornelles, Eduardo Suplicy, Aloysio Nunes Ferreira, Armando Monteiro e Wilder Morais.

Os trabalhos da Comissão Temporária resultaram em um novo PLS nº 559/2013, que, diferentemente do que ocorreu com o PLS 163/1995, já nasceu com a intenção de substituir a Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações). Após a aprovação do PLS nº 559/2013 pelo SF, ele foi encaminhado, em 3 de fevereiro de 2017, para a CD, passando a tramitar nesta Casa Legislativa sob o registro de PL nº 6814/2017.

Em 27 de fevereiro de 2018, o então Presidente da CD, Rodrigo Maia, nos termos regimentais, decidiu constituir Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 6814, de 2017. Um dia depois, foi apresentado Requerimento de Apensação nº 8.165/2018, solicitando o apensamento do PL nº 6814/2017 ao antigo PL nº 1292/1995, do Senador Lauro Campos, conforme justificativa transcrita a seguir:

De acordo com sua ementa, o Projeto de Lei nº 6.814/2017, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal, visa a instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública e revogar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Trata-se de uma proposição abrangente, que revoga toda a Lei de Contratos e Licitações, a Lei do Pregão e o Capítulo da Lei nº 10.520/2002 que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC para estabelecer um novo conjunto de regramentos sobre tais temas, em atendimento ao disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

O Projeto de Lei nº 1.292/1995, de autoria do Senador Lauro Campos, por sua vez, propõe realizar uma alteração pontual no art. 72 da Lei de Contratos e Licitações – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no que se refere às subcontratações.

Considerando, portanto, que ambas as proposições tratam de normas afetas às contratações públicas, observa-se a clara conexão entre seus objetos.

Destaca-se que o assunto específico objeto do Projeto de Lei nº 1.292/1995, qual seja, a subcontratação, é tratado no art. 99 do Projeto de Lei nº 6.814/2017.

Considerando que o assunto tratado no Projeto de Lei nº 1.292/1995 está contido no Projeto de Lei nº 6.814/2017, identifica-se a evidente correlação entre as proposições. Dessa forma, tendo em vista que a norma regimental não traz uma faculdade, mas uma obrigação de realização da apensação em caso de constatação de matérias conexas e correlatas, solicitamos o deferimento do presente requerimento.

Trata-se de medida que promove a economicidade e celeridade na gestão dos projetos legislativos, haja vista que a tramitação em separado gera a duplicidade dos custos relativos à análise legislativa e o aumento do tempo de seu processamento.

Em 16 de março de 2018 a Mesa Diretora da CD deferiu o requerimento, fazendo anexar o PL mais novo ao PL mais antigo. Como ambos os projetos foram originados de iniciativas parlamentares do SF, a CD teria que atuar como Casa Revisora (fruto do bicameralismo do Poder Legislativo Federal), nos termos do caput do art. 65 da CRFB/1988

(HAAB, 2021). No entanto, em razão da grande alteração na CD (230 projetos de lei apensados e 117 emendas ao relatório final da Comissão Especial), foi necessária a apresentação de uma “Subemenda Substitutiva Global Reformulada de Plenário ao Projeto de Lei 1292/1995”, em 25 de junho de 2019 (Ibidem). Após ajustes e alterações pontuais, o texto foi aprovado e enviado ao SF, em 10 de setembro de 2019 (Ibidem).

Ao receber o PL 1292/1995, o SF entendeu, por questões regimentais de trâmite da matéria, ser necessária a autuação do processo sob novo número, passando a ser denominado PL nº 4.253/2020. Esse imbróglgio processual é esclarecido por Augusto Haab, no artigo “breves considerações históricas da tramitação da nova lei de licitações e contratos administrativos”:

Ocorre que, nos termos do caput e do parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal de 19887, quando um projeto de lei é emendado pela casa revisora, como no caso, deverá retornar à casa iniciadora para apreciação das modificações. No que tange ao retorno do Projeto ao Senado Federal, salienta-se que o artigo 285 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) estabelece a impossibilidade de modificação por subemenda de emenda apresentada pela Câmara dos Deputados. Em complemento, o artigo 287 do RISF determina que "o substitutivo da Câmara a projeto do Senado será considerado série de emendas e votado, separadamente, por artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens [...]".

No caso da tramitação sob análise, se fosse, de fato, considerada a vinculação do Projeto de lei 1.292/95 com o Projeto de lei 163/95, inexistiria texto original da Casa Iniciadora, o que poderia resultar em anomalias legislativas. Impende registrar que, coincidentemente, ou não, verifica-se ocorrência similar à época da elaboração da lei 8.666/93, todavia, em um sentido inverso, haja vista que a Casa Iniciadora do Projeto de lei 1.491/91 (convertida na lei 8.666/93) foi a Câmara dos Deputados. Nesse contexto, ao ser remetido para o Senado Federal, foi averiguado que o Substitutivo Final do Projeto de lei 1.292/95 foi muito mais influenciado pelo Projeto de lei 559/13 do que pelo Projeto de lei 163/95, o que inviabilizaria a devida atuação como Casa Iniciadora. Por isso, o Presidente do Senado Federal, no dia 02/12/20, determinou a publicação da matéria no Diário Oficial do Senado Federal como Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de lei do Senado 163, de 1995; e 559, de 2013, bem como estabeleceu a tramitação do feito como Projeto de lei 4.253/20.

A questão, inclusive, foi motivo de esclarecimento pelo SF, no histórico de tramitação do PL nº 4253/2020⁴⁸:

Foi recebido, da Câmara dos Deputados, Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Presidência esclarece, em relação à matéria recebida, que o Senado Federal enviou para revisão da Câmara dos Deputados os seguintes Projetos relacionados ao tema:

⁴⁸ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/145636> <consultado em 1º de nov. de 2021>.

- O Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995, do Senador Lauro Campos, aprovado e remetido à revisão da Câmara em 29 de novembro de 1995, contendo alteração tão unicamente ao art. 72 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, de iniciativa da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, aprovado em 13 de dezembro de 2016 e remetido à revisão da Câmara, contendo uma nova lei de licitações, composta de 131 artigos.

Na Câmara dos Deputados, as matérias foram apensadas, com o Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995, tendo preferência, em razão do art. 143 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que determina que tenha precedência a mais antiga sobre as mais recentes proposições. Porém, o Substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados em 17 de setembro de 2019 teve contribuição muito maior do texto do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, mais recente.

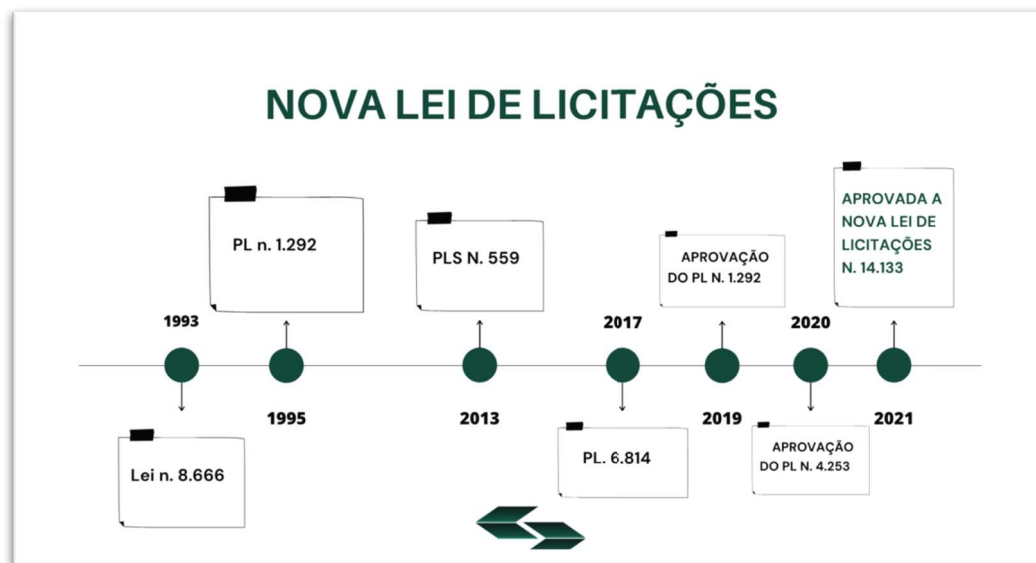
A vinculação ao projeto menos compreensivo tem como efeito tornar impossível a correspondência dos dispositivos do Substitutivo da Câmara aos dispositivos emendados, como definido pelo art. 287 do Regimento Interno do Senado Federal. Dessa forma, para possibilitar a efetiva atuação do Senado Federal como Casa iniciadora, viabilizando a devida correspondência dos dispositivos do Substitutivo da Câmara aos dispositivos das matérias do Senado, como definido pelo art. 287 do Regimento Interno do Senado Federal, a Presidência determina a atuação da presente matéria como Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Assim sendo, a matéria vai à publicação no Diário do Senado Federal e tramitará como Projeto de Lei nº 4.253, de 2020.

No dia 10 de março de 2021, o Plenário do SF aprovou o texto final do PL nº 4253/2020, sendo remetido, dois dias depois levado à apreciação do Presidente da República, para sanção ou veto. Por meio da Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021⁴⁹, o Presidente da República, após avaliação do Ministério da Economia, vetou parcialmente 28 dispositivos, dos quais 6 foram rejeitados pelo Congresso Nacional⁵⁰. No dia 1º de abril de 2021, o PL nº 4253/2020 foi sancionado e publicado, sendo, a partir de então, denominado como Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Era o nascimento da nova “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

⁴⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm
<consultado em: 1º de nov. de 2021>

⁵⁰ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/33382036/publicacao/34147981> <consultado em: 1º de nov. de 2021>

Figura 1 – Linha do tempo da Nova Lei de Licitações



Fonte: BLL Compras

6.2. Um Novo Regime Jurídico e suas Disposições Preliminares

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC/2021) entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação⁵¹, dando início a um novo Regime Jurídico de Contratações Públicas no País e estabelecendo um prazo para que outros regimes jurídicos concorrentes deixem de integrar o ordenamento jurídico.

Além de regulamentar o disposto no inciso XXI, art. 37, da CRFB/1988, a finalidade do novo diploma foi melhorar a eficiência e eficácia dos procedimentos licitatórios e da sistemática das contratações públicas, frente às mudanças ocorridas na sociedade nos últimos 30 anos (mudanças tecnológicas, culturais, econômicas, mercadológicas etc.) e da obsolescência da Lei nº 8.666/1993. Para tanto, a premissa utilizada foi a de unificar os regimes anteriores em um único diploma, reunindo o que cada um tinha de melhor.

Assim, a partir do dia 1º de abril de 2021, passou a vigorar e a produzir efeitos⁵², sem a previsão de *vacatio legis*, um novo marco da gestão pública brasileira, em substituição aos regimes previstos na Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e na Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de

⁵¹ Art. 194 da Lei nº 14.133/2021.

⁵² Diversos dispositivos da Nova Lei de Licitações ainda dependem de regulamentação infralegal para que possam produzir todos os seus efeitos.

Contratações). Destaca-se, no entanto, que estas normas não foram revogadas de imediato, sendo estabelecido o prazo dois anos, a contar da publicação oficial da NLLC/2021, para que sejam revogadas.

Isso significa que os regimes jurídicos de contratações públicas (o novo e o velho) estão com vigência simultânea, podendo os órgãos e entidades optar entre a utilização de um ou de outro regime, pelo período de até dois anos da publicação da Nova Lei, ao fim dos quais a NLLC/2021 passará a ser obrigatória, e as antigas serão revogadas⁵³. Salienta-se que, de forma imediata, revogou-se, apenas, os artigos 89 a 108 da Lei 8.666/1993 (referente às Seções III e IV do Capítulo V), que tratam de “crimes e penas” e “processo e procedimento judicial”, passando, estes, a serem regulados, imediatamente, pela NLLC/2021.

Destaca-se que os contratos administrativos cujo instrumento tenha sido assinado com fundamento legal na Lei nº 8.666/1993, continuarão sendo regidos por esta norma, mesmo após a revogação desta, tal como previsto no art. 190 da NLLC/2021. Este fenômeno é conhecido como ultratividade da norma jurídica, e significa que a norma permanecerá produzindo efeitos, no caso concreto, mesmo após o encerramento de sua vigência.

Do ponto de vista da abrangência da Norma, o seu art. 1º estabelece que a NLLC/2021 estabelece normas gerais de licitações e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos e entidades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, quando no desempenho de funções administrativas. Além disso, também estão abrangidos os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Ficaram de fora da abrangência da NLLC/2021, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, a exceção das disposições atinentes à crimes cometidos em licitações e contratos administrativos, previsto no art. 178 da NLLC/2021.

No que tange ao escopo dos objetos que estão sujeitos aos procedimentos previstos na NLLC/2021, temos a previsão do art. 2º, que estabelece que a nova Lei se aplica-se a:

- a) alienação e concessão de direito real de uso de bens;
- b) compra, inclusive por encomenda;
- c) locação;
- d) concessão e permissão de uso de bens públicos;

⁵³ Art. 193, da 14.133/2021.

- e) prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;
- f) obras e serviços de arquitetura e engenharia;
- g) contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Não menos importante é a disposição do art. 4º que determina a aplicação das disposições constantes dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado às Microempresas – ME e às Empresas de Pequeno Porte – EPP, nas licitações regidas pela NLCC/2021, assim como já era aplicável aos regimes antigos. Trata-se de um instrumento de incentivo ao desenvolvimento e ao mercado produtor de bens e serviços, bem como um instrumento de acesso ao mercado para as pequenas e médias empresas, que, em muitas situações, não tem condições de concorrer em pé de igualdade com as grandes empresas, em razão do poderio econômico destas. Ou seja, as regras de tratamento diferenciado da LC nº 123/2006 tentam corrigir as falhas de mercado, minimizando os desequilíbrios concorrenciais e econômicos entre grandes, médias, pequenas e microempresas.

6.3. Normas Gerais de Licitação e Contratação

De acordo com o art. 1º da Lei nº 14.133/2021, esta Lei estabelece *normas gerais* de licitação e contratação. O estabelecimento de “normas gerais” sobre o tema “licitação e contratação” é uma competência legislativa “privativa” da União, nos termos da Constituição Federal de 1988:

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, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A própria CRFB/1988 prevê a possibilidade de que os Estados possam legislar sobre questões específicas de “licitação e contratação”, desde que previamente autorizados por lei complementar: “Art. 22 (...) *Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*”. É cediço que a referida norma, que autoriza os entes federativos estaduais a legislar sobre “licitação e contratação” não existe até o momento, razão pela qual estão proibidos de tratar de normas gerais de licitação.

O ex-Ministro Carlos Velloso⁵⁴, do Supremo Tribunal Federal (STF), apresenta, com muita clareza, o conceito de normas gerais, reproduzindo inclusive a lição da Professora Alice Gonzalez Borges:

A formulação do conceito de “normas gerais” é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material -norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, posta, como seria a lei de “normas gerais” referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a Professora Alice Gonzalez Borges que as “normas gerais”, leis nacionais, são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de lei, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente de ordens federadas, pelo que “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam”. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de “norma geral”, conclui: “normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeitos a seus comandos genéricos, básicos”. (Alice Gonzales Borges, “Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos”, RDP n 96/81)

O professor Mello (2021) esclarece, no artigo “O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro”, que:

A expressão “norma geral” tem um significado qualificador de uma determinada compostura tipológica de lei. Nesta, em princípio, o nível de abstração é maior, a disciplina estabelecida é menos pormenorizada, prevalecendo a estatuição de coordenadas, de rumos reguladores básicos e sem fechar espaço para ulteriores especificações, detalhamentos e acréscimos a serem feitos por leis que se revestem da “generalidade comum” ou quando menos nelas é reconhecível uma peculiaridade singularizadora em contraste com as demais.⁵⁵

Já o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto tabula e sintetiza o conceito de normas gerais, trazido por diversos outros doutrinadores⁵⁶, chegando ao seguinte conceito:

Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que

⁵⁴ Relator nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade no. 933-8/GO e 927-3/DE

⁵⁵ Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf> <consultado em 2 de nov. de 2021>

⁵⁶ São eles: Bülher, Maunz, Matz, Burdeau, Claudio Pacheco, Pontes de Miranda, Alcino Falcão, Carvalho Pinto, Geraldo Ataliba, Souto Mayor Borges, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Grecco, Adilson Dallari, José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho

possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos⁵⁷

Logo, percebe-se que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos possui papel central no estabelecimento das regras e procedimentos de caráter geral, a serem seguidos por todas as pessoas jurídicas incluídas no rol do art. 1º da NLLC/2021. Essa característica, embora não seja uma novidade, uma vez que a própria Lei nº 8.666/1993 já a possuía, é bastante relevante para entender o ordenamento jurídico no que tange às contratações públicas e os limites de competência de cada um dos Entes Federativos.

Ocorre que, na prática, essa característica contrasta com a própria extensão da norma. Por tratar de normas gerais de licitação e contratação, não há dúvidas que a NLLC/2021 poderia ser mais “enxuta”, ou seja, poderia ter privilegiado uma redação menos analítica, volumosa e prolixa, em prol da possibilidade de regulamentação infralegal, e em prol de uma maior flexibilização e adaptabilidade das normas, de acordo com as alterações fáticas da sociedade. Mas a opção do legislador ordinário não foi essa: a NLLC/2021 contém 194 artigos, isto é, 68 artigos a mais do que a LLC/1993, com seus 126 artigos.

Por esta razão, críticas não faltam à NLLC/2021:

O poder de síntese, se é importante na literatura e na escrita técnica, na legislação é crucial, e deveria ser perseguido ao máximo por qualquer legislador, em qualquer tema ou assunto.

A prolixidade – sobretudo quando a matéria não é própria de lei mas de ato infralegal ! – é um defeito de didática, uma negação de objetividade, um grave empecilho à própria eficácia do texto normativo.

Com efeito, ler uma lei cujos artigos são superdimensionados a olhos vistos, e a qual a todo tempo desce a particularidades de reduzidíssima relevância no mundo jurídico, e que em verdade pouco alteram o direito, mas consomem tempo e capacidade de atenção preciosos do leitor e do aplicador, isso não é um bom texto normativo. Antes constituiu um castigo, amiúde imerecido.

Escrever muito jamais significou escrever bem, e esta L 14133 é apenas mais um dos milhões de exemplos dessa verdade.⁵⁸

O professor Dallari (2021) é também um destes críticos, conforme artigo “Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21”:

A Lei 14.133/21, tal como está redigida, não é uma lei nacional (aplicável igualmente aos três níveis de governo), mas, sim, é uma lei federal, talhada para disciplinar licitações e contratações, de grande vulto e complexidade, no âmbito da administração pública federal, que dispõe de pessoal qualificado para isso. Estados

⁵⁷ Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 159.

⁵⁸ Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17814&n=undefined <consultado em: 2 de nov. 2021>

e Distrito Federal terão dificuldades em sua aplicação, mas salta escancaradamente aos olhos a sua impossível aplicação na maioria dos mais de cinco mil e quinhentos Municípios brasileiros. Sua redação é bastante prolixa, marcada pela ambição insana de resolver todos os problemas que já surgiram em matéria de licitações. A dificuldade de leitura e compreensão é agravada pela formidável profusão de remissões. Nesta primeira crítica de ordem geral cabe ainda mencionar a previsão de inúmeros regulamentos, que vão gerar problemas de aplicabilidade. Com efeito, o Art. 187 faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a aplicação de regulamentos editados pela União (o que já é questionável) mas fica a pergunta: poderão essas unidades editar regulamentos próprios a dispositivos da lei federal?⁵⁹

Em que pese as críticas, ainda há muito espaço para regulamentação de temas tratados na NLLC/2021, a exemplo de assuntos como Portal Nacional de Contratações Públicas e as novas modalidades de licitação, assuntos estes que serão estudados mais à frente.

6.4. *Estrutura Normativa*

Para melhor compreensão da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é necessário ter conhecimento sobre a organização dos temas por ela disciplinadas. Desta forma, será apresentada, a seguir, uma visão geral dos títulos, capítulos e seções da Lei 14.133/2021.

Os 194 artigos da NLLC/2021 estão estruturados em 5 títulos, da seguinte forma:

Quadro 1 – Estrutura da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

<p>TÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES (ART. 1º AO ART. 10)</p>	<p>Capítulo I - Do Âmbito de Aplicação desta Lei Capítulo II - Dos Princípios Capítulo III - Das Definições Capítulo IV - Dos Agentes Públicos</p>
---	--

⁵⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei-1413321> <consultado em: 2 de nov. 2021>

<p style="text-align: center;">TÍTULO II DAS LICITAÇÕES (ART. 11 AO ART. 88)</p>	<p>Capítulo I - Do Processo Licitatório Capítulo II - Da Fase Preparatória Seção I - Da Instrução do Processo Licitatório Seção II - Das Modalidades de Licitação Seção III - Dos Critérios de Julgamento Seção IV - Disposições Setoriais Capítulo III - Da Divulgação do Edital de Licitação Capítulo IV - Da Apresentação de Propostas e Lances Capítulo V - Do Julgamento Capítulo VI - Da Habilitação Capítulo VII - Do Encerramento da Licitação Capítulo VIII - Da Contratação Direta Seção I - Do Processo de Contratação Direta Seção II - Da Inexigibilidade de Licitação Seção III - Da Dispensa de Licitação Capítulo IX - Das Alienações Capítulo X - Dos Instrumentos Auxiliares Seção I - Dos Procedimentos Auxiliares Seção II - Do Credenciamento Seção III - Da Pré-Qualificação Seção IV - Do Procedimento de Manifestação de Interesse Seção V - Do Sistema de Registro de Preços Seção VI - Do Registro Cadastral</p>
<p style="text-align: center;">TÍTULO III DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (ART. 89 AO ART. 154)</p>	<p>Capítulo I - Da Formalização dos Contratos Capítulo II - Das Garantias Capítulo III - Da Alocação de Riscos Capítulo IV - Das Prerrogativas da Administração Capítulo V - Da Duração dos Contratos Capítulo VI - Da Execução dos Contratos Capítulo VII - Da Alteração dos Contratos e dos Preços Capítulo VIII - Das Hipóteses de Extinção dos Contratos Capítulo IX - Do Recebimento do Objeto do Contrato Capítulo X - Dos Pagamentos Capítulo XI - Da Nulidade dos Contratos Capítulo XII - Dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias</p>
<p style="text-align: center;">TÍTULO IV DAS IRREGULARIDADES (ART. 155 AO ART. 173)</p>	<p>Capítulo I - Das Infrações e Sanções Administrativas Capítulo II - Das Impugnações, dos Pedidos de Esclarecimento e dos Recursos Capítulo III - Do Controle das Contratações</p>
<p style="text-align: center;">TÍTULO V DISPOSIÇÕES GERAIS (ART. 174 AO 194)</p>	<p>Capítulo I - Do Portal Nacional de Contratações Públicas Capítulo II - Das Alterações Legislativas Capítulo III - Disposições Transitórias e Finais</p>

Fonte: próprio autor

Analisando-se a estrutura acima percebe-se que há uma maior subdivisão e aprofundamento dos temas abordados, se comparados com a estrutura apresentada pela Lei nº 8.666/1993.

6.5. O Que Há de Novo?

A Lei nº 14.133/2021 inaugurou um novo marco legal nas contratações públicas. Isso porque além de incorporar o que havia de melhor nos regimes jurídicos anteriores, também trouxe muitas novidades, os quais serão estudadas a seguir. Em razão da extensão da norma, a intenção não é esgotar todas as novidades, mas apenas apresentar os temas considerados mais relevantes e que merecem maior destaque.

Para melhor organização do assunto, os temas serão apresentados em tópicos.

6.5.1. Publicidade

O primeiro ponto que merece destaque são os meios de divulgação do edital de licitação. O tópico é tratado no Capítulo III, Título II – Das Licitações, e compreende os artigos 53 e 54 da NLCC/2021. O art 53, embora esteja dentro do Capítulo que trata da divulgação do edital, na verdade aborda questões atinentes a análise jurídica da contratação, durante a fase preparatória da contratação e as formas de dispensa desta. O art. 54, por sua vez, é o que de fato adentra à questão da publicidade, estabelecendo a forma de divulgação do edital:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no **caput**, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

O edital deve ser divulgado, obrigatoriamente, em três veículos de comunicação: a) inteiro teor no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); b) extrato no Diário Oficial do Ente Federativo que realizar a licitação; c) extrato em jornal diário de grande circulação.

O §1º havia sido vetado pelo Presidente da República, por ser considerado antieconômico, conforme razões apresentadas na Mensagem nº 118⁶⁰:

Todavia, e embora se reconheça o mérito da proposta, a determinação de publicação em jornal de grande circulação contraria o interesse público por ser uma medida desnecessária e antieconômica, tendo em vista que a divulgação em ‘sítio eletrônico oficial’ atende ao princípio constitucional da publicidade.

Além disso, tem-se que o princípio da publicidade, disposto no art. 37, **caput** da Constituição da República, já seria devidamente observado com a previsão contida no **caput** do art. 54, que prevê a divulgação dos instrumentos de contratação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), o qual passará a centralizar a publicidade dos atos relativos às contratações públicas.”

Porém, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional⁶¹, o que parece ser um passo para trás, considerando que os editais para contratação de bem e serviços comuns, regulados pela Lei nº 10.520/2002, já não estavam mais obrigados a serem divulgados em jornais privados desde a revogação do Decreto nº 5.450/2005, que foi substituído pelo Decreto nº 10.024/2019.

Inclusive, o Governo Federal já vinha, desde 2019, tentando evitar os custos com a publicações em jornais privados, com a edição da Medida Provisória nº 896, de 6 de setembro de 2019, que alterava a forma de publicação dos atos administrativos previstos na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/ 2002, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, porém, a MP não foi convertida em Lei.

O legislador facultou a divulgação adicionais do inteiro teor do edital e seus anexos em sites eletrônicos oficiais do ente federativo⁶² ou em sites do próprio órgão responsável pela licitação. Essa é uma das flexibilizações que não surtem muito efeito, pois no caso do primeiro, a disponibilização do arquivo contendo o edital e seus anexos, na prática, é obrigatório para finalização da inclusão do Aviso de Licitação no sistema eletrônico do Governo Federal. Em relação ao segundo, por exemplo, a modalidade pregão, na sua forma eletrônica, ainda vai depender de novo Decreto regulamentando o seu uso com base na Lei nº 4.133/2021, pois o Decreto nº 10.024/2021, atualmente em vigor, ainda opera sob a batuta da Lei nº 10.520/2002 e prevê a obrigatoriedade de divulgação em sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação⁶³

⁶⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm <consultado em: 1º de nov. de 2021>

⁶¹ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/33382036/publicacao/34147981> <consultado em: 1º de nov. de 2021>

⁶² No âmbito do Governo Federal, a divulgação é feita pelo site compras.gov.br (antigo Comprasnet).

⁶³ Art. 20. Decreto 10.024/2019.

6.5.2. PNCP

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) talvez tenha sido uma das grandes inovações da NLLC/2021. O referido Portal, lançado no dia 9 de agosto de 2021⁶⁴, é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O tema é tratado no Capítulo I, do Título V – Disposições Gerais, com três artigos que trazem as regras gerais de funcionamento. O art. 174 cria o PNCP, e define a sua destinação:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

- I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
- II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

Já os §§2º e 3º, do art. 174, da NLLC/2021 definem as informações mínimas a serem disponibilizadas e as funcionalidades ofertadas:

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

- I - planos de contratação anuais;
- II - catálogos eletrônicos de padronização;
- III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
- IV - atas de registro de preços;
- V - contratos e termos aditivos;
- VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:

- I - sistema de registro cadastral unificado;
- II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
- III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no [§ 4º do art. 88 desta Lei](#);
- IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
- V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
- VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
 - a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;
 - b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o [inciso III do caput do art. 19 desta Lei](#);
 - c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;

⁶⁴ <https://pncp.gov.br/>

d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

A inovação reside no fato de não ser possível, atualmente, ter acesso direto ao inteiro teor de contratos administrativos (a menos que se requeira cópia ou se solicite vista, junto ao órgão ou entidade contratante). Até então eram divulgados apenas o extrato do contrato, com informações básicas (nome das partes, CNPJ, objeto e valor). A mesma situação ocorre com as Atas de Registro de Preço. A partir do PNCP, cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deverá cadastrar suas informações (editais, contratos, atas de registro de preços) nos respectivos sistemas e estes farão a integração com o PNCP. Isto é, as informações não serão publicadas diretamente no PNCP.

Ademais, o art. 175 da NLLC/2021 franqueou a possibilidade de que os entes federativos possam instituir sítios eletrônicos oficiais para divulgação complementar de suas respectivas contratações, sem prejuízo da criação do PNCP.

Os Municípios tiveram tratamento diferenciado neste ponto. Segundo o §2º do art. 175 da NLLC/2021, até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local. Já o art. 176, consignou prazo de seis anos para que os Municípios com até 20 mil habitantes possam observar as regras de divulgação em sítio eletrônico:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

(...)

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Outras características importantes do PNCP são tratadas no art. 87 e 94 da NLLC/2021. O primeiro artigo determina que os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento. O segundo artigo determina que a divulgação no PNCP é condição

indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos. Ou seja, se não publicar no PNCP o contrato com fundamento na Lei nº 14.133/2021 não é eficaz, logo, não produz efeitos.

6.5.3. Modalidades

A nova Lei de Licitações pois fim à duas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, a saber, a *tomada de preços* e o *convite*. Como novidade aparece o “diálogo competitivo” (art. 6º, XLII, NLLC/2021), modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos; É uma modalidade de licitação importada de experiências bem-sucedidas nos Estados Unidos da América e na Europa⁶⁵.

Além do diálogo competitivo foram previstos mais outras quatro modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso e leilão, conforme redação do art. 28 da NLLC/2021. Diferentemente do que ocorria com a LLC/1993, a eleição de uma ou outra modalidade não se dá mais por conta do valor, mas sim por conta do objeto da contratação (aquisição, serviço comum, serviço de engenharia, obra etc.).

Destaca-se que o §2º do referido artigo vedou a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação destas modalidades, por ato infralegal. Destaca-se que nada impede que outra lei ordinária crie outras modalidades.

Adicionalmente, o legislador ainda previu a utilização “procedimentos auxiliares” para realização das contratações, conforme redação do art. 78:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

- I - credenciamento;
- II - pré-qualificação;
- III - procedimento de manifestação de interesse;
- IV - sistema de registro de preços;
- V - registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

⁶⁵ <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/31/7-pontos-do-dialogo-competitivo-que-voce-precisa-saber/>
<consultado em: 2 de nov. de 2021>

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Veja que a realização de atos de “credenciamento” (art. 79, NLLC/2021) e de “pré-qualificação” (art. 80, NLLC/2021). para licitações não são enquadradas como modalidades de licitação, e, sim, como procedimentos auxiliares, devendo se valer da modalidade aplicável em cada caso ou da contratação direta. No caso do credenciamento, por exemplo, pode-se realizar uma inexigibilidade de licitação (art. 74, IV, NLLC/2021). No caso da “pré-qualificação” pode-se realizar uma licitação, na modalidade pregão, apenas para os licitantes previamente pré-qualificados (art. 80, §10º, NLLC/2021).

6.5.4. Contratação Direta

A contratação direta sem a realização do procedimento de licitação sempre foi um item de grande relevância para as contratações públicas, pois flexibilizou bastante a contratação de itens de baixo valor, além daqueles objetos que, por conta da urgência não podem se submeter ao rito burocrático de contratação, ou ainda, aqueles, que por conta da inviabilidade de competição (ex.: exclusividade de fornecimento) não podem ser submetidos à procedimento competitivo. As duas formas de contratação direta são a “dispensa de licitação” e a “inexigibilidade de licitação”, já previstas na Lei nº 8.666/1993. Quanto a isso, não houve nenhuma inovação, sendo o tema tratado no Capítulo VIII, do Título II – Das Licitações.

A grande inovação se deu, em relação ao aumento do número de hipóteses de dispensa que passou de doze para trinta hipóteses na NLLC/2021, conforme redação do art. 75 da nova Lei de Licitações:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

IV - para contratação que tenha por objeto:

- a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
 - b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;
 - c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
 - d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;
 - e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
 - f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
 - g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
 - h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;
 - i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
 - j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
 - k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
 - l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;
 - m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;
- V - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
- VI - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
- VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;
- VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XII - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV - para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso

XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

No caso das dispensas, destaca-se ainda o aumento do limite para contratação por valor (inciso I e II, art. 75, NLLC/2021), que passou de R\$ 17.600,00 para R\$ 50.000,00 (no caso de aquisição de bem e serviços comuns), e de R\$ 33.000,00 para R\$ 100.000,00 (no caso de obras e serviços de engenharia ou de manutenção de veículos automotores).

A inexigibilidade de licitação é tratada no art. 74 da nova Lei, e é aplicada nas seguintes hipóteses:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

O número de hipóteses também aumentou em relação à Lei 8.666/1993, no entanto, em linhas gerais, aplica-se quando for inviável a competição, seja em razão da natureza predominantemente intelectual (serviço técnico especializado) ou então em razão de notória especialização. A demonstração da singularidade da empresa, antes prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, não foi exigida na nova Lei, com exceção da hipótese de compra ou locação de imóvel pela Administração (art. 74, §5º, III, NLLC/2021).

6.5.5. Garantias

No tocante às garantias, a nova Lei de Licitações previu a possibilidade de se exigir, em edital, tanto a garantia da proposta (art. 58, NLLC/2021), no valor de até 1% do valor estimado para a contratação, quanto a possibilidade de se exigir da empresa contratada a garantia contratual (arts. 96 a 102, NLLC/2021). O limite da garantia contratual, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos é de até 5%, podendo este percentual ser majorado para até 10%, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos (art. 98, NLLC/2021). Para as contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, o percentual de garantia aumento, podendo chegar até o limite de 30% do valor inicial do contrato (art. 99, NLLC/2021).

As modalidades são as mesmas já previstas na Lei nº 8666/1993, conforme estipulado no §1 do art. 96 da NLLC/2021: a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; b) seguro-garantia; c) fiança bancária.

A grande inovação, em relação ao tema, foi a previsão da chamada cláusula *step in* (art. 102 e 139, inciso II, alínea *d*, ambos da NLLC/2021). Na prática, caso haja a inadimplência do contrato por da empresa contratada, a seguradora poderá ser obrigada a assumir a execução do objeto, desde que a previsto em contrato.

Vejam a redação do art. 102 da NLLC/2021:

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplência pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
 - b) acompanhar a execução do contrato principal;
 - c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
 - d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;
- II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente. Parágrafo único. Na hipótese de inadimplência do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

A previsão da cláusula *step in* é um avanço em relação às regras previstas no Regime Jurídico anterior.

6.5.6. Prazos

Os prazos são tratados de forma dispersa ao longo da Lei nº 14.133/2021, de acordo com o tema. Houve alterações significativas em relação a alguns destes prazos. O primeiro deles, e o mais importante, foi a previsão da possibilidade de prorrogação do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços (ARP). Sob a égide da Lei nº 8.666/1993 o prazo máximo de vigência da ARP era de 1 (um) ano. Com a edição da NLLC/2021 esse prazo foi estendido, podendo ser prorrogado por igual período, desde que comprovada a vantajosidade (art. 84, NLLC/2021). Esta alteração representa um grande avanço, pois possibilitará a redução da quantidade de licitações a serem realizadas e, por conseguinte, os custos administrativos.

Outra alteração importante foi em relação aos prazos mínimos entre a divulgação do edital de licitação e a data prevista para realização da licitação. Com a nova redação, os prazos

ficaram mais adequados, de acordo com a natureza da contratação. Isso significa que os prazos variam de acordo com o objeto da contratação:

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

I - para aquisição de bens:

a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;

c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;

d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso;

III - para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;

IV - para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis.

Os prazos para apresentação e resposta à pedidos de esclarecimento e impugnações ao edital também foram padronizados (art. 164, NLLC/2021), adotando-se regra já prevista no Decreto nº 10.024/2019. O mesmo ocorreu com os prazos de recursos administrativos e pedidos de reconsideração (art. 165, NLLC/2021)

6.5.7. Modos de Disputa

Quanto aos modos de disputa da licitação, a NLLC/2021 espelhou-se nas experiências bem-sucedidas do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e, posteriormente, implementado na modalidade pregão, por meio da edição do Decreto nº 10.024/2021. O art. 56 da NLLC/2021 dispõe sobre os modos de disputa “aberto” e “fechado”:

Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;

II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

§ 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

A diferença em relação aos regimes anteriores é que não foi adotado o modelo híbrido ou combinado de disputa “aberto/fechado” e “fechado/aberto”, tal como previsto no art. 16 da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC), o que parece ser uma oportunidade perdida de dar mais instrumentos ao administrador.

6.5.8. Regimes de Execução

A Lei nº 14.133/2021 previu sete regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia, em seu artigo 46: a empreitada por preço unitário; a empreitada por preço global; a empreitada integral; a contratação por tarefa; a contratação integrada; a contratação semi-integrada e o fornecimento e prestação de serviço associado.

Destes, apenas o último aparece como novidade, sendo os demais adaptados tanto da Lei nº 8.666/1993, quanto da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011).

6.5.9. Orçamento Sigiloso

Acertadamente, previu-se a possibilidade de uso do orçamento de caráter sigilo (art. 24, NLLC/2021), tal como já adotado pelo pregão e pelo RDC. Representa uma evolução, pois as contratações regidas pela LLC/1993, marcadamente, obras de engenharia, não podiam ter orçamento sigiloso.

Destaca-se que o sigilo aqui tratado em nada prejudica o princípio da publicidade, uma vez que ele deve, ao final da etapa de lances da licitação, ser disponibilizado aos participantes. O sigilo em questão é utilizado como estratégia de contratação, pois viabiliza, sobretudo em licitações de grande vulto e com poucos participantes, que os licitantes não “ancorem” os seus valores próximos do valor estimado. Ou seja, induz os licitantes a praticarem preços mais próximos de sua própria realidade.

Outra questão importante é que, mesmo com a imposição de sigilo ao orçamento, este deve ficar permanentemente aberto para consulta dos órgãos de controle interno e externo (art. 24, inciso I, NLLC/2021).

6.5.10. Atores

A NLLC/2021, assim como os regulamentos anteriores, prevê a participação e vários atores no processo de contratação. Vários deles foram mantidos, a exemplo da “autoridade máxima” (art. 7º; art. 137, VIII; art. 156, §6º, I, todos da NLLC/2021), “autoridade competente” (art. 8º; art. 15, §4º; art. 20, §2º; art. 26, §6º; art. 31; art. 46; §6º; art. 72, VIII; art. 96; art. 106, I; art. 107; art. 138, §1º; art. 140, I, *b* e II, *b*; art. 141, §1º; art. 159; art. 168, *caput* e parágrafo único; todos da NLLC/2021). Enquanto a “autoridade máxima” é representada pelo cargo de maior nível hierárquico dentro de uma organização, a “autoridade competente” pode ser entendida com quem tem a “atribuição” regimental, ou por delegação, para realizar determinada atividade. Quando isso não está previamente definido, como regra, a prática deste ato acaba sendo de competência da própria “autoridade máxima” ou do “ordenador de despesas” do órgão ou entidade em questão.

Outro ator importante no processo de contratação é a figura do “órgão de assessoramento jurídico da Administração”, que tem o papel de prestar auxílio jurídico à “autoridade competente” para dirimir dúvidas e subsidiar informações no âmbito de recursos e pedidos de reconsideração (parágrafo único, art. 168, NLLC/2021), bem como, o papel de realizar o controle prévio das contratações mediante análise jurídica da contratação, durante a fase preparatória (art. 53, NLLC/2021).

O §4º do art. 53 da NLLC/2021 também previu outras hipóteses de análise jurídica obrigatória, dentre os quais se desta a adesão a atas de registro de preços (ARP), o que é uma novidade em relação ao regime anterior:

Art. 53

(...)

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

A previsão da necessidade de análise jurídica para adesão à ARP poderá deixar o instrumento auxiliar do Sistema de Registro de Preços (SRP) mais burocrático, pois no órgão gerenciador da licitação a contratação já foi objeto de análise jurídica durante a fase preparatória da contratação. Isso significa que se há uma ARP publicada aquele certame já foi submetido a análise jurídica prévia, razão pela qual, parece ser desmedida a necessidade de nova análise jurídica por parte do órgão que fará a adesão àquela ARP.

Outros atores importantes também são citados diversas vezes, como a figura do “licitante” que é previsto em mais de 100 (cem) dispositivos da Lei nº 14.133/2021, como a figura do “fiscal de contrato”, citado em 6 (seis) dispositivos diferentes.

No entanto, a principal inovação da NLLC/2021, no que tange, aos atores que participam da contratação, está a figura do “agente de contratação”, que é uma pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação (art. 6º, LX, NLLC/2021).

Este agente de contratação será o responsável, portanto, por conduzir a licitação (art. 8º, NLLC/2021) e será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe (art. 8º, §1º, NLLC/2021). O agente de contratação pode ser substituído, excepcionalmente, por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 membros (art. 8º, §3º, NLLC/2021). Quando a licitação for realizada na modalidade pregão, o agente responsável pela condução será designado “pregoeiro” (art. 8º, §5º, NLLC/2021).

Na prática, o que a Lei nº 14.133/2021 faz é acabar com a figura do “presidente” da comissão de licitação, prevista na Lei nº 8.666/1993 e na Lei do RDC.

6.5.11. Resolução de Conflitos Administrativos

A nova Lei de Licitações definiu o Capítulo XII, do Título III – Dos Contratos Administrativos, para tratar dos meios alternativos de resolução de controvérsias contratuais. Os meios são considerados alternativos, uma vez que o meio ordinário é próprio diálogo e a negociação entre as partes (meio administrativo) e a eleição do foro competente para tratar de controvérsias (meio judicial).

O art. 151 da NLLC/2021 prevê quatro meios alternativos: a *conciliação*, a *mediação*, o *comitê de resolução de disputas* e a *arbitragem*. O parágrafo único deste artigo estabelece, ainda, que estes meios devem ser utilizados em caso de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

6.5.12. Crimes em Licitações e Contratos Administrativos

O art. 178 da NLLC/2021 acresceu um capítulo inteiro ao Código Penal (CP), Decreto-Lei nº 2-848, de 7 de dezembro de 1940, versando sobre “crimes em licitações e contratos administrativos”.

Os crimes previstos são os de:

- a) “contratação direta ilegal” (art. 337-E, CP);
- b) Frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F, CP);
- c) Patrocínio de contratação indevida (art. 337-G, CP);
- d) Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H, CP);
- e) Perturbação de processo licitatório (art. 337-I, CP);
- f) Violação de sigilo em licitação (art. 337-J, CP);
- g) Afastamento de licitante (art. 337-K, CP);
- h) Fraude em licitação ou contrato (art. 337-L, CP);
- i) Contratação inidônea (art. 337-M, CP);
- j) Impedimento indevido (art. 337-N, CP);
- k) Omissão grave de dado ou de informação por projetista (art. 337-O e 337-P, ambos do CP).

Diferentemente do que ocorreu com as demais disposições da Lei nº 8.666/1993, que tiveram a revogação postergada para depois de decorridos 2 (dois) anos da publicação da nova Lei de Licitações, a parte referente aos crimes e aos procedimentos judiciais foi inteiramente revogada, imediatamente após a publicação da nova norma, conforme redação do art. 193, inciso I, da NLLC/2021.

6.5.13. Contratos Administrativos

No que tange aos contratos administrativos (Título III da NLLC/2021), também houve alterações significativas. Além das alterações no tocante às garantias contratuais, já tratado em tópico anterior, também houve alteração no tempo de duração dos contratos. Previu-se a possibilidade de duração de contratos de 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos (art. 106, NLLC/2021) e a possibilidade de contratos de 10 anos, em casos específicos de dispensa de licitação (alíneas “f” e “g” do inciso IV e incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 da NLLC/2021), referenciados a seguir:

- a) alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

- b) materiais de uso das Forças Armadas, para fins de padronização (com exceções);
- c) inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo;
- d) comprometimento da segurança nacional;
- e) transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS);
- f) insumos estratégicos para a saúde.

A lei prevê, ainda, a possibilidade de contratos com prazo de vigência de até 15 (quinze) anos, no caso de contrato que prever a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação (art. 114, NLLC/2021). Ainda há a possibilidade de celebração de contratos de até 35 (trinta e cinco) anos, conforme será visto mais adiante.

Destaca-se que a Lei 8.666/1993 é muito mais rígida neste aspecto, prevendo apenas a hipótese de contratos com duração padrão de 12 meses, prorrogáveis até o limite 60 meses (art. 57, inciso II, LLC/1993), podendo ser, excepcionalmente, prorrogados por mais 12 (doze) meses (art. 57, §4º, LLC/1993), totalizando 72 meses.

Outra novidade da nova Lei de Licitações é a possibilidade de formalização de contratos verbais para hipóteses de pequenas compras ou de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do §2º, art. 95, da NLLC/2021.

Outra modalidade de contrato é o “contrato de eficiência”, que é aquele cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada (art. 6º, LIII, NLLC/2021).

O critério de julgamento deste tipo de contratação é o julgamento por “maior retorno econômico” (art. 39, NLLC/2021). O §4º do art. 39 da nova Lei dispõe sobre as hipóteses em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:
I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;
II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

O art. 110 da NLLC/2021 estipula a duração dos contratos de eficiência que gerem economia para a Administração, podendo variar de contratos com até 10 anos (contratos sem investimento) e até 35 anos (contratos com investimento):

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:
 I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;
 II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

A previsão deste tipo de contratação pública é algo sem precedentes na administração pública brasileira.

6.5.14. Planejamento e Governança das Contratações Públicas

O *planejamento* foi alçado à princípio administrativo, nos termos do art. 5º da Lei nº 14.133/2021. Não por outro motivo, diversos instrumentos de planejamento, já habitualmente utilizados na rotina administrativa, por imposição de normas infralegais, foram incluídos expressamente na nova Lei de Licitações, a exemplo, do “estudo técnico preliminar” (art. 6º, XX, NLLC/2021), do Documento de Formalização de Demandas (art. 12, VII, NLLC/2021) e do Plano de Contratações Anual (inciso VII do *caput* do art. 12 da NLLC/2021).

O tópico “planejamento” da contratação, do ponto de vista procedimental, é chamado de “fase preparatória do processo licitatório”, nos termos do art. 18 da NLLC/2021, que prevê o cumprimento das seguintes etapas:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:
 I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;
 II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;
 III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;
 IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;
 V - a elaboração do edital de licitação;
 VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
 VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
 VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
 IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas

técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

O inciso VII do art. 12 da nova Lei de Licitações ainda prevê a obrigatoriedade que os órgãos de planejamento, por meio da elaboração do Plano de Contratações Anual, possam se planejar adequadamente, racionalizando as contratações por meio do alinhamento das contratações com o planejamento estratégico de suas organizações, subsidiando, inclusive, por este meio, a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

Uma questão interessante é que a palavra “planejamento” aparece 12 (doze) vezes ao longo do texto da Lei nº 14.133/2021, enquanto, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, a expressão “planejamento” só aparece uma única vez, e ainda de forma indireta, quando aborda o tema “serviço técnicos profissionais especializados” (art. 13, I, LLC/1993). É um indicador muito forte de mudança de foco e preocupação entre uma norma e outra.

6.5.15. Outras Características

Por fim, ainda cabe trazer alguns outros tópicos não tratados anteriormente, que são, igualmente, relevantes. Um deles é a confirmação da “inversão de fases”, assim considerada quando a etapa de lances (competição) e a análise das propostas de preços (aceitabilidade da proposta, que compreende a verificação da compatibilidade de preço com a estimativa de preço e com os critérios de exequibilidade) antecedem a etapa de habilitação (verificação da qualificação técnica, fiscal, trabalhista, econômico-financeira e jurídica das empresas, em conformidade com as regras previstas em edital).

Esse procedimento, não é uma novidade, pois é uma das características marcantes e diferenciadoras da modalidade pregão, conforme já estudado ao longo deste trabalho, mas que ainda não era adotada pelas modalidades da Lei 8.666/1993. Assim, com a edição da NLLC/2021 (art. 17), o procedimento da inversão de fases foi definitivamente consolidado, inclusive para obras e serviços de engenharia, tornando o procedimento da licitação muito mais eficiente.

Outra influência do pregão foi a adoção da regra de realização das licitações, preferencialmente, sob a forma eletrônica, admitindo-se a utilização da forma presencial, apenas excepcionalmente, desde que motivadamente (art. 17, §2º, NLLC/2021). Como é

sabido, no âmbito da Lei 8.666/1993, as modalidades adotavam o modelo de licitação presencial, o que, em tempos de expansão de uso de meios tecnológicos de comunicação, parece ser completamente inapropriada e extemporânea.

Por fim, ainda cabe salientar a previsão de uso preferencial da Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la, nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, nos termos do art. 19, §3º da NLLC/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo empreendido ao longo deste trabalho permite concluir que ao longo dos últimos 100 anos houve uma grande transformação das contratações públicas no Brasil. Em um primeiro momento, mais especificadamente até o do século XIX até meados do século XX, o que tínhamos era um conjunto de regras isoladas e normas que versavam de forma ainda muito esporádica sobre licitações, muitas vezes voltadas a atender à necessidade de órgãos específicos.

Na segunda metade do século XX, a situação muda de figura e pode ser dividida em duas partes. Com a edição do regulamento do Decreto nº 200/1967, e, posteriormente, com a edição do DL 2.300/1986, o Brasil passou a conviver com os regimes jurídicos de contratação pública, propriamente dito. Foram estabelecidas as bases sobre licitações e contratos administrativos, com a previsão de normas gerais aplicáveis à Administração Pública.

Em um segundo momento, temos os regimes jurídicos pós-Constituição de 1988, que inauguraram uma nova era para as licitações. Destaca-se, neste contexto, as Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei 10.520/2002 (Lei que institui a modalidade Pregão), a Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações), a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Sociedades Anônimas e das Empresas Públicas) e, por fim, a Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Estas normas, vieram para regulamentar disposições previstas na própria Constituição Federal.

Em outras palavras, nestes últimos 30 anos, tivemos a edição de cinco normas fundamentais sobre contratações públicas, regulando às licitações e os contratos administrativos dos órgãos e entidades da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Acompanhado disso, surgiram também diversos sistemas e uma infinidade de normas infralegais (Portarias, Instruções Normativas, Decretos etc.) para regulamentar as disposições e possibilitar a operação.

Logo, é inegável que houve uma evolução, tanto normativa, quanto operacional, em relação à situação anterior das contratações públicas no Brasil, deixando claro que existe no País um procedimento formal de contratação, calcado em uma sólida base jurídica (leis, princípios, doutrina e jurisprudência). No entanto, a evolução normativa apresentada, bem como, a recente edição da Lei 14.133/2021, pode dar a falsa impressão de que os velhos problemas das contratações públicas foram resolvidos.

No Brasil, as normas que versam sobre licitações e contratos administrativos demonstram a extrema preocupação com um velho problema do Brasil: a corrupção. A estrutura do processo licitatório é totalmente focada em viabilizar a fiscalização e o controle. Pouco espaço é dado para sistemas e procedimentos baseados no resultado. De modo geral, o que se verifica são normas extremamente extensas, o que demonstra a tentativa do legislador de regular todos os campos e assuntos possíveis, deixando pouco espaço para os entes locais possam atuar, bem como, procedimentos burocráticos, muitas vezes, extremamente morosos e pouco eficientes.

A burocracia excessiva não decorre somente das regras de uma ou de outra modalidade de licitação, mas da própria necessidade de instrumentalização processual, que exige uma rígida instrução documental nas etapas de planejamento, seleção de fornecedores e de contratação. A prática administrativa deixa claro que o processo de contratação sofre atrasos pelos motivos mais variados, tais como, atrasos relativos à grande quantidade de atores envolvidos no processo (equipes de planejamento e de licitação formalmente designados, servidores e chefes da área demandante, da área de licitações, da área jurídica, do setor de contratos, da área financeira-orçamentária, da área de gestão, da área de suporte de informática etc.), atrasos em razão da necessidade de tramitação de processo de um setor para outro, atrasos em razão da demora na tomada de decisão (o chamado “apagão das canetas”), atrasos em razão da grande quantidade de processos e da pouca, ou má, alocação de servidores, atrasos decorrentes de problemas orçamentários e financeiros, atrasos relativos a problemas operacionais e de informática, atrasos decorrentes do mal planejamento das contratações, que acarretam a necessidade de republicação de editais, a suspensão de licitações, demandas judiciais etc.

É notório que o problema das contratações públicas (ex.: ineficiência, atrasos, desvios, sobrepreços, superfaturamento, direcionamentos, corrupção etc.) tem raízes mais profundas e não serão resolvidas, única e exclusivamente, por força de lei. É ingenuidade achar que a criação de novas regras de controle (*compliance*), o investimento em fiscalização, ou o aumento da publicização das contratações públicas, terão o condão de, sozinhas, superar os defeitos apontados. O Brasil ainda carece de estudos mais aprofundados de modo a avaliar se o foco normativo em controle e fiscalização das contratações, e a rigidez do procedimento formal, trazem mais benefícios ou malefícios do ponto de vista gerencial e de resultados.

Outra questão premente é o fato de que, embora a doutrina se debruce sobre a importância do planejamento bem feito, tal como demonstrado ao longo deste trabalho, o legislador ainda faz pouco caso dessa etapa. A palavra “planejamento” só aparece 12 (doze) vezes na nova NLLC/2021, enquanto a palavra “controle” aparece 34 (trinta e quatro) vezes,

um aumento de quase três vezes em relação à Lei 8.666/1993, no qual a palavra “controle” aparece 13 (treze) vezes, e a palavra “planejamento” só aparece uma única vez. No âmbito da legislação infralegal, há esparsas tentativas de corrigir esse descaso com o planejamento, com a edição de normas e regras específicas de gerenciamento e planejamento das contratações, a exemplo da Instrução Normativa nº 1, de 10 de janeiro de 2019, que dispõe sobre o Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações. Dentro de uma visão mais tradicional de contratações pública, acredita-se que planejar seria simplesmente elaborar o edital de licitação e os respectivos anexos. Mas isso é uma visão míope do processo. Na verdade, o planejamento envolve uma série de fatores, que perpassam os níveis estratégicos das organizações, a missão institucional para o qual aquele órgão ou entidade foi criado, o foco no resultado e no atingimento de metas.

Mas, voltando-se à problematização inicial, que originou o interesse em realizar este trabalho: *a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) representa uma evolução ao regime jurídico de contratações públicas?* Este estudo apresentou diversas inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021. Porém, na prática, o que se observa é que o legislador optou por permanecer nas mesmas bases e estruturas do velho procedimento licitatório de trinta anos atrás. A nova roupagem – mais atual e tecnológica – infelizmente não será capaz de resolver os problemas das contratações públicas, já apontados aqui. A NLLC/2021, portanto, ainda está muito aquém das necessidades e expectativas de uma gestão focada mais em resultados. Perdeu-se uma grande oportunidade de se promover uma alteração estrutural nas regras de licitações e contratos e no regime jurídico de contratações públicas.

Aparentemente, o que ainda precisa mudar não é somente a lei, mas as pessoas e a mentalidade sobre esse tema fascinante que é as contratações públicas.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. Saraiva, 2018.
- BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A Nova Modalidade de Licitação: Pregão**. 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Edição. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 194, out./dez. 1993. p. 97.
- BRASIL. **Decreto 5.450**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.
- BRASIL. **Decreto nº 10.024**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.
- BRASIL. **Decreto- Lei nº 2-848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.
- BRASIL. **Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922**. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública.
- BRASIL. **Decreto nº 2.922, de 10 de maio de 1862**. Cria o Corpo de Engenheiros Civis ao serviço do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e aprova o respectivo Regulamento.
- BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.
- BRASIL. **Decreto nº 30, de 7 de fevereiro de 1991**. Regulamenta disposições do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.
- BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União (CCU).
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967**. Estabelece normas para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987**. Altera o Decreto-lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.
- BRASIL. **Instrução Normativa nº 1, de 10 de janeiro de 2019**. Dispõe sobre Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e

comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações.

BRASIL. **Lei 10.520**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 200**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

BRASIL. **Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009**. Mensagem de veto Conversão da Medida Provisória nº 450, de 2008 Autoriza a União a participar de Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica - FGEE; altera o § 4º do art. 1º da Lei nº 11.805, de 6 de novembro de 2008; dispõe sobre a utilização do excesso de arrecadação e do superávit financeiro das fontes de recursos existentes no Tesouro Nacional; altera o art. 1º da Lei nº 10.841, de 18 de fevereiro de 2004, as Leis nos 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.848, de 15 de março de 2004, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 10.847, de 15 de março de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e autoriza a União a repassar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES recursos captados junto ao Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD.

BRASIL. **Lei nº 12.462/2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC;

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

BRASIL. **Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964**. Estabelece normas gerais para licitação de obras e serviços, bem como para a aquisição de materiais no âmbito da União.

BRASIL. **Lei nº 5.456, de 20 de junho 1968**. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no 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.

BRASIL. **Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971**. Dispõe sobre normas relativas às licitações e alienações de bens do Distrito Federal.

BRASIL. **Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981**. Atualiza os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplifica a organização de cadastros de licitantes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. **Medida Provisória nº 896, de 6 de setembro de 2019**. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para dispor sobre a forma de publicação dos atos da administração pública.

BRASIL. **Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021 Disponível em:**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. [S.l.]: [s.n.].

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 163/1995**. Altera a lei 8666, de 21 de junho de 1993, que 'regulamenta o artigo 37, inciso xxi, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e da outras providencias.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 559/2013**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei (PL) nº 1292/1995**. Altera a lei nº 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 e dá outras providências.

BRASIL. **Requerimento de Apensação nº 8.165/2018**. Requer a apensação do Projeto de Lei nº 6.814/2017 ao Projeto de Lei nº 1.292/1995

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Edição. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, Set/Out 2008.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo. D**. 4ª Edição. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

CUNHA, Antônio Geral da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 2ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2021.

FELIX, Renan Paes. Fraudes em Licitações: Uma Abordagem Pragmática. **Revista do CNMP – Improbidade Administrativa**, n. 5, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i5>. Pags. 209-229.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HAAB, Augusto. Breves Considerações Históricas da Tramitação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343217/consideracoes-historicas-sobre-a-lei-de-licitacoes>. Acesso em: nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª Edição. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos**. 1ª Edição. ed. Curitiba: Zênite, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. 1ª Edição. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 10ª Edição. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho. **Tratado de Direito Administrativo**. v. 6, 2019. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1212768817/tratado-de-direito-administrativo-vol-6-ed2019>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª Edição, 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERIN, Armando Moutinho. Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. n° 18, Ano 5, mar./abr. 2003. p. 174.
- PINTO, Solon Lemos. **Pregão Para Menor Preço. Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: Zênite, v. 1ª Edição, 2000.
- ROSILHO, André Janjácómo. **QUAL É O MODELO LEGAL DAS LICITAÇÕES NO BRASIL? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. 2011.
- SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo Contratual: Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças”. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n° 11, jul./set. 2008. pp. 214-215.