

BIANCA SOARES SILVA CORREIA

Regime jurídico de contratações públicas:
por que insistir em modelo único e fragmentado?

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Marcos Augusto Perez

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

BIANCA SOARES SILVA CORREIA

Regime jurídico de contratações públicas:
por que insistir em modelo único e fragmentado?

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Marcos Augusto Perez.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Correia, Bianca Soares Silva

Regime jurídico de contratações públicas: por que insistir em um modelo único e fragmentado? ; Bianca Soares Silva Correia ; orientador Marcos Augusto Perez -- São Paulo, 2023.

145

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Regime Jurídico. 2. Contratações Públicas. 3. Fragmentação. I. Perez, Marcos Augusto, orient. II. Título.

Nome: CORREIA, Bianca Soares S.

Título: Regime Jurídico de Contratações Públicas: por que insistir em um modelo único e fragmentado?

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Marcos Augusto Perez.

Depósito em 2023. Aprovação em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus amados pais, minha constante fonte de inspiração, e à memória de minha querida prima Gláucia de Melo Corrêa, sempre viva.

“Ninguém nasce feito, é experimentando-nos no mundo que nós nos fazemos”.

Paulo Freire

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, meus sinceros agradecimentos à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, instituição em que me graduei e em que cursei pós-graduação em Direito do Estado com recursos inteiramente públicos. Por isso, agradeço à população paulista pelo financiamento da minha formação, aos funcionários, pela presteza e eficiência, e aos corpos docente e discente, pelo ótimo convívio de que pude desfrutar e pelas significativas contribuições para o meu processo de aprendizado.

Agradeço, em especial, ao Professor Marcos Augusto Perez, que acreditou na ideia deste trabalho desde quando ela ainda era prematura e que, com muito zelo, me orientou e me possibilitou aperfeiçoá-la até que chegasse à sua devida forma.

Agradeço, também, aos Professores Fernando Dias de Almeida Menezes e Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, que integraram a banca de qualificação e fizeram contribuições valiosas para o aprimoramento da estrutura deste trabalho e para o desenvolvimento adequado do tema.

Agradeço à minha família, que, de perto ou de longe, esteve presente e apoiou incondicionalmente as minhas decisões, sempre torcendo para que elas trouxessem o resultado almejado. A todos, agradeço em nome de Alexandra Soares, Jadson Correia, João Pedro Soares Barros, Ricardo Bispo, Andrea Pacheco, Raimunda Soares, Evandro Silva, Celso Corrêa, Lindinalva Dias Leão (em memória).

Agradeço enormemente a Caio Rioei Yamaguchi Ferreira pelo amor, acolhimento e companheirismo que, na reta final, foram decisivos para que eu não duvidasse da superação dos muitos desafios que se colocaram à minha frente.

Também agradeço aos amigos queridos, que vibraram com cada uma das etapas e que torceram para que tudo sempre transcorresse bem. Em nome de todos, agradeço a Manoela Silva, Caio Menezes e Gustavo Andrejczuk.

Também agradeço a toda a equipe de Resolução de Conflitos do Veirano Advogados, que sempre me permitiu compatibilizar o ideal acadêmico com a rotina intensa do escritório e que sempre me incentivou ao longo dessa jornada. Agradeço, em especial, à compreensão e ao

generoso apoio dos meus colegas Mauro Hiane de Moura e Victória Pereira Andrade que, diariamente, me possibilitaram concretizar este trabalho.

Agradeço também aos meus companheiros de jornada Karen Faralli, Lucas Módolo, Anna Beatriz Savioli e Bruno Cesar Lauer, com os quais dividi as agruras de uma vida acadêmica na pandemia e que, por vezes, me ajudaram a aplacar as inquietações que surgiram ao longo do caminho.

RESUMO

CORREIA, Bianca Soares Silva. **Regime Jurídico de Contratações Públicas: por que insistir em um modelo único e fragmentado?** 2023. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 determinou a ampliação de diversas competências administrativas, pois passou a exigir do Poder Público a realização de atividades prestacionais voltadas à concretização de seus objetivos. Esse contexto gerou a necessidade de uma intensa produção legislativa que viabilizasse a concretude dos ditames constitucionais e a ampliação das competências discricionárias da Administração Pública para abarcar as suas mais muitas hipóteses de atuação. A despeito disso, a legislação concernente às contratações públicas ainda se manteve sob forte legalização e uniformização, o que reduziu significativamente a liberdade do administrador público para decidir, à luz dos casos concretos, a melhor forma de contratar. Com o passar do tempo, houve um movimento de fuga das amarras da Lei nº 8.666/1993, por meio do qual foram editados diversos atos normativos que facilitavam a celebração de novos modelos contratuais. Entretanto, a permanente fragmentação das normas sobre contratações públicas dificulta a sua correta interpretação e aplicação, o que levou à necessidade de consolidação do regime de contratações públicas vigente em uma Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, promulgada em abril de 2021. Como essa lei não alterou significativamente as bases do modelo anterior, pois manteve o estilo excessivamente legalizado e rígido da Lei nº 8.666/1993, logo depois de ter sido promulgada – e antes mesmo de que essa lei se tornasse obrigatória –, diversas outras normas sobre contratações públicas foram publicadas. A opção feita pelo legislador leva à repetição de um padrão adotado durante a vigência da Lei nº 8.666/1993: aquele em que uma lei maximalista estabelece um regime jurídico único de contratações públicas que, ainda que seja mais flexível que seu antecessor, parece não satisfazer a totalidade das demandas contratuais da administração pública e que, assim, gera a necessidade de ser suplantado por novas normas, de modo que sejam atendidas as especificidades de um ou de outro segmento. Esse cenário jurídico motivou a pesquisa consolidada neste trabalho, que investigou o motivo da insistência nesse padrão, que tem se provado insuficiente para bem atender as demandas administrativas, como também investigou as alternativas ao modelo jurídico de contratações públicas que tem sido adotado no Brasil. A conclusão é de que não há um motivo sólido para a manutenção do modelo atualmente vigente e que a complexidade da atuação administrativa atual, traduzida numa ampla gama de módulos contratuais dos quais a Administração pode fazer parte, demanda amplas formas de contratar, ou seja, um regime jurídico menos detalhado, mais flexível e menos fragmentado do que os que têm sido adotados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, inclusive pela Lei Federal nº 14.133/2021. Isso garantirá a ampliação da margem de discricionariedade do Administrador Público para decidir concretamente, mediante a motivação dos seus atos e a processualização da tomada de suas decisões, e, de outro lado, a racionalidade do arcabouço jurídico-normativo sobre contratações públicas. Nesse cenário, as normas gerais sobre contratações públicas têm o relevante papel de estabelecer balizas mínimas a serem observadas pela atuação administrativa, mas precisaria resguardar alguma margem de adaptabilidade dos contratos para os temas que precisassem ser abordados caso a caso.

Palavras-chave: (1) Regime Jurídico; (2) Contratações Públicas; (3) Fragmentação.

ABSTRACT

CORREIA, Bianca Soares Silva **Public Procurement Legal Regime: why insist on a single and fragmented model?** 2023. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The prescriptive nature of the Brazilian Constitution of 1988 has determined the expansion of several administrative powers, as it has required the Government to perform several public services aimed at the achievement of its purposes. The foregoing has triggered the need for intense legislative production to allow the materialization of the constitutional orders and the magnification of the discretionary powers of the Government, covering the most diverse events of administrative activity. However, government procurement-related laws have remained under strong legalization and standardization, what has significantly reduced the freedom of the public administrator to decide, based on the actual cases, the best form of contract. Over time, there was a movement of challenging the limitations of Federal Law 8,666/1993, through which several normative rules were enacted allowing for new contract models to be enforced. However, the persistent fragmentation of rules on government procurement hinders their accurate interpretation and application, what have led to the need of consolidating the government procurement regime currently in effect under a New General Law on Government Contracts and Procurement, enacted in 2021. As such law has not substantially amended the grounds of the previous model, having maintained the maximalist approach of Law 8,666/1993, several other rules on government contracts were enacted shortly after it was enacted – and even before it became mandatory. The lawmaker's choice therefore leads to the repetition of a standard seen under Federal Law 8,666/1993: a maximalist law sets out a single legal regime for government contracts, which, albeit more flexible than the preceding system, does not seem to meet all the government's contractual needs, thereby resulting in the necessary supplementation by other rules, to cater to the specificities of one or another industry. The aforesaid legal scenario is the motivation behind this study, which is focused on the reasons behind the many attempts of such standard, despite it having consistently proven to be insufficient to meet government needs. The purpose hereof is also to investigate alternatives to the legal framework of government contracts used in Brazil. The conclusion is that there is no solid reason to maintain the current legislation model and that the complex nature of current administrative activity, translated into a broad spectrum of contract types the Government may be a party to, requires broad means of hiring, that is, a simpler, more flexible and less fragmented legal regime for government contracts than those that have been used since the enactment of the Brazilian Constitution of 1988, including under Federal Law 14,133/2021. Such alternative regime allows for greater discretionary power for Public Administrators to effectively make decisions, upon the provision of reasons and the implementation of processes for one's decision-making process and will also contribute towards the rationality of the legal-normative framework for government contracts. In this scenario, general rules on government contracts play the key role of setting out ground rules to be complied with by administrative activity. It would nonetheless be necessary to provide some room for the adaptability of contracts, to issues that must be addressed on a case-by-case basis.

Keywords: (1) Legal Regime; (2) Public Procurement; (3) Fragmentation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Módulos convencionais da Administração Pública	75
Quadro 2 – Comparação entre os regimes jurídicos da Lei Federal nº 14.133/2021 e da LC nº 182/2021 para contratação de inovação.....	115

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia Geral da União
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CF/1988 – Constituição Federal de 1988
CGU – Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
DEM – Partido Democratas
DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
FAR – Federal Acquisition Regulation
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MS – Mandado de Segurança
OS – Organização Social
OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
PETROBRAS – Petróleo Brasil S.A.
PPP – Parceria Público-Privada
PPS – Partido Popular Socialista
PSDB – Partido Social da Democracia Brasileira
RDC – Regime Diferenciado de Contratações
RE – Recurso Extraordinário
SUS – Sistema Único de Saúde
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. CAPÍTULO I – CONTEXTUALIZAÇÃO: A REDEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS, A COMPLEXIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALGUMAS DE SUAS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO EM GERAL.....	34
1.1. A FRAGMENTAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E A AMPLIAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	44
1.2. AUMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	49
1.3. O RECONHECIMENTO DESSE CONTEXTO PELO DIREITO POSITIVO E A PROMULGAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 13.655/2018	54
1.4. EFEITOS DA POSITIVAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS INAUGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	59
1.4.1. AUMENTO: (I) DA EFETIVIDADE DO CONTROLE; (II) DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES; (III) ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS; E (IV) DE EFICIÊNCIA DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS	59
2. CAPÍTULO II – O CAMINHO PERCORRIDO PELAS NORMAS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O REGIME JURÍDICO MAXIMALISTA, UNIFORME E RÍGIDO DA LEI Nº 8.666/1993 E SEUS EFEITOS	62
2.1. A ORIGEM DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A INTERPRETAÇÃO DADA AO INSTITUTO NO BRASIL	69
2.2. O CARÁTER HETEROGÊNEO DOS MÓDULOS CONTRATUAIS	73
2.3. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO MODELO JURÍDICO DA LEI Nº 8.666/1993 – REPRODUZIDO, EM GRANDE PARTE, PELA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021	79
3. CAPÍTULO III – EFEITOS DE UM REGIME JURÍDICO EXCESSIVAMENTE LEGALIZADO E HOMOGENEIZADO SOBRE OS MÓDULOS CONTRATUAIS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	85
3.1. AS OBRAS DA COPA DO MUNDO E A EDIÇÃO DO RDC.....	86

3.2.	O REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS REALIZADAS PELA PETROBRAS E PELO BNDES.....	95
3.2.1.	PETROBRAS.....	96
3.3.	OS MÚLTIPLOS CASOS QUE ENVOLVEM O “JOGO DE PLANILHAS”	103
3.4.	AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE PANDÊMICA	107
4.	CAPÍTULO IV - A LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 E UMA PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS QUE POSSA CONTEMPLAR A HETEROGENEIDADE DOS MÓDULOS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO.....	110
4.1.	ANÁLISE DA ESTRUTURA DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021	110
4.2.	ANÁLISE COMPARADA DO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO COM REGIMES JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....	124
4.2.1.	AS DIRETRIZES EUROPEIAS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	125
4.2.2.	O MODELO NORTE-AMERICANO.....	128
4.2.3.	O REGIME JURÍDICO CHILENO	130
4.3.	UMA NOVA PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO: O ESTABELECIMENTO DE “NORMAS-QUADRO” QUE GARANTAM A FLEXIBILIDADE NECESSÁRIA À CONTEMPLAÇÃO DOS DIVERSOS MÓDULOS CONTRATUAIS.	131
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
	REFERÊNCIAS.....	139

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou o começo de um novo tempo no direito brasileiro. Por meio das normas constitucionais programáticas, estabeleceu muitas ações futuras que visavam melhorar as condições sociais e econômicas da população brasileira, a partir da efetivação dos direitos e garantias fundamentais sobre os quais dispunha.

Esse caráter dirigente do texto constitucional determinou a ampliação de diversas competências administrativas, pois passou a exigir do Poder Público a realização de diversas atividades prestacionais voltadas à concretização de seus objetivos.

Desde que foi promulgado, em 05 de outubro de 1988, o texto constitucional jamais parou de crescer. Ele sofreu diversas alterações por meio de emendas constitucionais que o tornaram ao menos 44% maior após os seus primeiros 30 anos, com um salto de 1855 dispositivos para 2683 nesse período.¹

Os efeitos desse crescimento são diversos, mas, para os propósitos deste trabalho, importa a contínua ampliação e complexificação das atividades atribuídas à Administração Pública, pois isso desaguou em uma intensa produção de normas de Direito Administrativo, por diferentes esferas de governo, que ampliavam as competências discricionárias da Administração Pública para abarcar as mais diversas hipóteses de atuação administrativa.

A ampliação da agenda programática dificultava a antecipação das múltiplas hipóteses de atuação administrativa pelo legislador, de modo que as normas que continham previsões para uma atuação administrativa vinculada se mostravam cada vez mais insuficientes para equacionar os casos concretos.

Isso foi determinante para que os legisladores buscassem recursos de linguagem que fossem mais genéricos, de sorte que, então, conseguissem abarcar o maior número possível de demandas que ficariam a cargo da Administração Pública. Assim, os princípios jurídicos e os conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado passaram a ser utilizados com mais frequência nas normas sobre Direito Administrativo, já que proporcionavam uma ampliação da margem

¹ ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela. (Org.). **A carta: para entender a constituição brasileira**. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2019, p. 14.

de liberdade decisória da Administração Pública e a maior aderência dessas normas aos casos concretos – o que também garantia alguma perenidade ao arcabouço jurídico-normativo que deveria ser aplicado a esses casos, cada vez mais diversos.

Como contrapartida à liberdade decisória conferida à Administração Pública, houve o aprimoramento dos mecanismos de controle previstos constitucionalmente, para que ainda fosse possível manter a supervisão sobre a atuação administrativa, que, nesse momento, dispunha de maior liberdade para se ramificar e ocupar os novos espaços nos quais passou a ser demandada.

Com efeito, muitos mecanismos de controle foram implementados ou aprimorados,² dentre os quais a exigência por uma motivação efetiva dos atos administrativos – mais tarde consubstanciada pela processualização das tomadas de decisão da Administração Pública – e o fortalecimento e ampliação das competências de diversas esferas de controle.

Como será demonstrado adiante, a processualização das decisões objetiva assegurar e demonstrar a racionalidade de determinado ato administrativo e, com isso, possibilitar o controle efetivo sobre a atuação da Administração Pública – tanto pelos órgãos de controle competentes, quanto pelos administrados. Ao mesmo tempo, contribui para que essa atuação leve em conta as particularidades dos casos concretos e seja mais aderente às necessidades do interesse público que a justifica.

As esferas de controle, por sua vez, foram tão fortalecidas e tiveram suas competências tão ampliadas que, atualmente, têm desafiado os estudiosos do Direito Administrativo a encontrar uma linha delimitadora do escopo de sua atuação, de modo que ela não avance indevidamente sobre as competências atribuídas à Administração Pública.

Esse contexto permite observar que, de um modo geral, a atividade administrativa paulatinamente tem se afastado de um modelo rígido – com pouca liberdade de atuação, no qual há o predomínio de normas-regra, de atuação vinculada – para frequentemente se aproximar de um modelo em que predominam os princípios jurídicos e a atuação discricionária.

² PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN, Filho Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, v. 1, p. 852.

A Administração Pública deixa de encontrar fundamento imediato para o desempenho de suas funções no formalismo da lei e passa a ter o dever de exercer o ônus de motivar e de processualizar as suas decisões, para que elas sejam mais transparentes e eficientes.

São muitos os exemplos de leis que, ora ampliaram a discricionariedade da Administração Pública, ora estimularam a utilização desses mecanismos de controle. Como exemplo deste último, pode ser citada a Lei Federal nº 9.784/1999, que dispôs sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e positivou esse mecanismo que veio a ser uma das principais formas de controle da atuação administrativa.

Embora tenha limitado sua abrangência à Administração Pública Federal, a referida lei serviu de inspiração para diversas outras normativas estaduais e municipais sobre processo administrativo e, na prática, serviu como norma fundacional do fenômeno de processualização das tomadas de decisões administrativas no Brasil, que já havia sido inaugurado no Estado de São Paulo pela Lei Paulista nº 10.177/1998.

Em outro momento, a necessidade de elaboração de decisões customizadas – isto é, confeccionadas à luz dos casos concretos – veio a ser reconhecida e positivada pelo legislador brasileiro por meio da Lei Federal nº 13.655/2018, que incluiu dispositivos sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (“LINDB”).

Os dispositivos que alteraram a LINDB, além de exigirem uma motivação efetiva dos atos administrativos, aderente à realidade do caso submetido à apreciação, ofereceram parâmetros legais de segurança jurídica e de eficiência a serem observados pelas decisões judiciais ou administrativas, que também possibilitaram a realização do controle efetivo sobre elas.

Esse caminho foi trilhado pela legislação de amplos espectros do direito administrativo, mas é curioso notar que, no que diz respeito à legislação das contratações públicas, houve uma significativa resistência ao desapego do formalismo e da rigidez das normas-regra. Sua evolução foi muito mais tímida quanto à possibilidade de configuração de diferentes arranjos contratuais à luz das demandas concretamente aferidas pela Administração Pública.

Mesmo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação concernente às contratações públicas ainda se manteve sob forte legalização e uniformização

de regime jurídico, que reduziu significativamente a liberdade do administrador público para decidir, à luz dos casos concretos, a melhor forma de contratar.

O maior expoente disso foi a edição da Lei nº 8.666/1993, que estabeleceu um regime jurídico geral, bastante rígido e detalhado, para abarcar as inúmeras hipóteses de licitações e contratos da Administração Pública³. A opção do legislador por um modelo excessivamente legalizado e rígido à época foi feita sob os fundamentos de um discurso moralizante, segundo o qual a redução da margem de liberdade de decisão do administrador público reduziria, conseqüentemente, os casos de corrupção que escandalizavam a população e os atores institucionais à época de sua promulgação.

A utilização da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos como ferramenta de combate à corrupção parece não ter cumprido muito bem as expectativas de seus idealizadores. De um lado, porque grandes escândalos de corrupção vieram a ocorrer justamente sob a sua vigência.⁴ De outro, porque a própria Lei nº 8.666/1993 tem um viés que privilegia determinados agentes econômicos, que foram capazes de se articular e de influenciar o processo de elaboração da referida lei. André Janjácómo Rosilho chega a descrever a Lei nº 8.666/1993 como um “dado viciado”⁵.

Com efeito, a decisão pela “superlegalização” de normas sobre contratações públicas dificultou a tomada de decisões dos Administradores Públicos à luz dos casos concretos, já que, por vezes, eles não encontravam ali as soluções jurídicas para as demandas existentes, mas, ainda assim, precisavam decidir.

Frequentemente, então, os gestores públicos tomavam decisões que não necessariamente seriam as melhores para um dado caso concreto, mas as tomavam porque a lei

³ ROSILHO, André Janjácómo. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?** As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011 p. 14: “A Lei Geral de Licitações e Contratos vigente seguiu o caminho da superlegalização. O Legislativo, em 1993, optou por transferir para o diploma normativo federal boa parte das decisões que poderiam ser tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e atores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios, ou então, pela própria administração pública das três esferas federativas. 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”.

⁴ LIMA, Claudia. Os maiores escândalos de corrupção do Brasil. **Super Interessante**, São Paulo, 24 fev. 2012. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil/>>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁵ ROSILHO, André Janjácómo. **As licitações segundo a Lei n. 8.666: um jogo de dados viciados.** In: Revista de Contratos Públicos [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

não lhes deixava alternativa. Em contrapartida, a mesma lei lhes conferia um sistema de prerrogativas exorbitantes, para, unilateralmente, adequar o contrato às suas reais necessidades.

Como essas prerrogativas foram conferidas genericamente à Administração Pública, e em razão de sua natureza e não do objeto do contrato, houve uma utilização inesperada do instituto. Por vezes, ele passou a funcionar como uma porta de saída das amarras da Lei nº 8.666/1993 para os gestores públicos que não encontravam uma alternativa viável às suas necessidades quando da contratação pública, mas que sabiam que poderiam contar com essa alternativa para adaptar sua tomada de decisão ao longo da execução do contrato.

Essa utilização imprecisa do instituto, além de comprometer a eficiência das contratações públicas e dos contratos dela decorrentes, favorece o mau planejador e facilita voluntarismos e práticas escusas – o que certamente não objetivava o legislador da Lei nº 8.666/1993, ao conferir o sistema de prerrogativas exorbitantes à Administração Pública⁶ -, mas a necessidade de encontrar uma solução para as demandas cada vez mais diversas e complexas da Administração Pública persistia.

À medida que o tempo passava – e que os casos concretos não eram atendidos a contento –, o movimento de fuga das amarras da Lei nº 8.666/1993 passou a ocupar também o campo legislativo.⁷ Apesar da forte resistência que existia a qualquer forma de flexibilização do regime jurídico estabelecido por essa lei, em razão da desconfiança que se colocava sobre a moral de

⁶ BRASIL. Lei nº 8.666 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993. Art. 65: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.”

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Como reformar as licitações?** In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 269-270: “No entanto, a partir de certo momento, a Lei 8.666/1993, permeada por estas características, passou a ser vista como problemática. Isto porque se percebeu que nela havia excessos relativamente ao ônus, à demora, aos impedimentos e ao custo (em sentido estrito) da contratação. Assim iniciou-se tendência legislativa em sentido contrário à que até então prevalecia. Algo como se, de repente, se tivesse percebido que a licitação apresentava sérios problemas e que era preciso encontrar instrumentos com o objetivo de afastá-la. Portanto, (...), depois de se ter buscado “declarar a morte do administrador, procurou eliminar a licitação. A repulsa ao procedimento licitatório gerou reflexos claros na legislação. A própria Lei começou a ser modificada para que fossem introduzidas novas hipóteses de contratação direta e para que fossem ampliados os limites de valor, de dispensa de licitação e de cabimento dos procedimentos licitatórios mais complexos. (...) Estas soluções, no entanto, não foram suficientes para que certos órgãos e entidades públicas fossem capazes de transpor os obstáculos que enfrentavam. Isto fez com que outras alternativas de gestão administrativa fossem buscadas, levando à transferência de atividades administrativas para entidades situadas fora da Administração, com o objetivo de afastar o regime processual da Lei nº 8.666/1993. A própria criação das organizações sociais e, especialmente, das fundações de apoio decorre desta questão”.

quem pretendia alterá-lo, ainda era necessário buscar soluções que não podiam ser extraídas de seu texto normativo.

Nesse contexto, foram ampliadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitações dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993⁸ e, posteriormente, a despeito das disposições da Lei nº 8.666/1993, foram editados diversos atos normativos que permitiram a celebração de novos modelos contratuais para atender às diversas demandas existentes, tais como as Leis Federais nº 8.987/1995 (“Lei de Concessões”), 10.520/2002 (“Lei do Pregão”), 11.079/2004 (“Lei de PPPs”) e 12.462/2011 (“RDC”).

Essas normas, embora contivessem previsões que inquestionavelmente ampliaram as possibilidades de atuação da Administração Pública no que diz respeito às contratações públicas – a exemplo da liberdade para inverter as fases da licitações ou para distribuir os riscos envolvidos em uma determinada contratação –, ainda não representaram uma mudança completa de paradigma no seu regime jurídico, pois, naquilo que silenciassessem, seriam regidas subsidiariamente pelas normas rígidas e uniformes da Lei nº 8.666/1993, o que mantinha o sistema de contratações públicas ainda muito uniforme e pouco flexível para absorver o amplo universo de demandas submetidas à Administração Pública.

Assim, além de gerar longos debates sobre a correta interpretação das leis, essa permanente fragmentação das normas sobre contratações públicas não foi suficiente para atender as necessidades administrativas satisfatoriamente, o que fez com que se cogitasse da ideia de uma reestruturação do regime de contratações públicas vigente, que veio a ser consubstanciada por meio do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013⁹ que, posteriormente, deu lugar ao Projeto de Lei nº 4253/2020¹⁰, que, finalmente, foi transformado na Lei Federal nº 14.133/2021 (“Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos”).

Depois de uma longa tramitação do referido Projeto de Lei, a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos foi promulgada em abril de 2021 e seus preceitos

⁸ Essas hipóteses foram inseridas pelas Lei Federais nº 8.883/1994, 9.648/1998, 10.973/2004 e 11.107/2005.

⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 559/2013**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em 18 dez. 2022.

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4253/2020**. 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 nº 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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>> Acesso em 18 dez. 2022.

passam a ser obrigatórios a partir de abril de 2023. Além de abarcar diversos conceitos existentes na legislação fragmentada de contratações públicas – notadamente no RDC e na Lei do Pregão –, a Lei Federal nº 14.133/2021 traz inovações que atualizam o regime jurídico de contratações públicas e o torna mais adaptável às demandas concretas, se comparadas com as normas da Lei nº 8.666/1993.

Entretanto, ela ainda não alterou significativamente as bases do modelo anterior, pois manteve o estilo maximalista que já era visto na Lei nº 8.666/1993, com excessiva legalização e pouco espaço para a regulação contratual do objeto contratado. Exemplifica-se: inspirada nas Diretivas Europeias sobre contratações públicas,¹¹ a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos previu o Diálogo Competitivo como uma nova modalidade licitatória,¹² que permite que a Administração Pública estabeleça um diálogo aberto com os particulares com o

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/eu do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 94/65 de 23 mar. 2014.

¹² BRASIL. Lei Federal nº 14.133 de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1 – Extra F, Brasília, DF, p. 2, 1 abr. 2021. Art. 32. “A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições: I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação; II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos; III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada; IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades; VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo; VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas; VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto; IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas; X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado; XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão; § 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses”.

intuito de buscar uma solução tecnológica ou técnica para uma determinada demanda, que não possa ser satisfeita a partir das opções disponíveis no mercado.

A medida surpreendeu positivamente, pois é, em alguma medida, mitigadora da desconfiança que sempre pairou sobre as relações entre público e privado no direito administrativo brasileiro. Também porque permite que as regras para as contratações públicas a que se destina sejam desenhadas à luz da necessidade administrativa previamente identificada.

Entretanto, ela ainda cuidou de limitar a aplicação da modalidade licitatória a casos bastante específicos e de estabelecer uma série de requisitos e procedimentos que, embora justificáveis sob diversos prismas, possivelmente a tornará menos dinâmica do que o desejável. Explica-se: o avanço das tecnologias e a necessidade de contratar soluções inovadoras impõem, por vezes, contratações rápidas e altamente customizadas, de modo que a observância de todos os requisitos e procedimentos previstos na Lei Federal nº 14.133/2021 podem não necessariamente respaldar a contratação mais vantajosa para a Administração Pública nesses casos.

Em que pese o intuito salutar de assegurar a isonomia de tratamento dos particulares e a transparência das tratativas durante o desenvolvimento da solução buscada pela Administração Pública, a opção do legislador por enrijecer a utilização da modalidade licitatória, já na estrutura da Lei de Geral de Licitações e Contratos Administrativos, parece não contribuir para a eficiência das contratações que se valerem da nova modalidade licitatória, além de conter resquícios da desconfiança que permeou o imaginário coletivo acerca das interações público-privadas nos últimos anos.

É possível imaginar um cenário em que o legislador – que não padecesse dessa desconfiança – optasse por privilegiar a dinâmica do instituto para assegurar que ele atendesse, da maneira mais eficaz, o interesse público perseguido em uma determinada contratação, e que, além disso, confiasse à regulação contratual a possibilidade de adequar o procedimento àquilo que fosse necessário para obter a melhor proposta – respeitadas, é claro, as premissas de isonomia do tratamento entre as partes e de transparência das tratativas estabelecidas.

Pois bem. Exemplos como esse parecem contribuir para a contínua necessidade de aprovação de novos marcos legislativos que conformem as necessidades administrativas de determinado seguimento de contratações públicas. Essa realidade não parece ter sido alterada ao longo dos anos: era assim sob a vigência da Lei nº 8.666/1993 e tendencialmente será assim também sob a vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, pois a sua flexibilidade não parece ser

suficiente para evitar que a fragmentação das normas sobre contratações públicas continue a acontecer.

Com efeito, logo depois de ter sido promulgada a Lei Federal nº 14.133/2021 – e antes mesmo de que essa lei se tornasse obrigatória – diversas outras normas sobre contratações públicas já foram promulgadas. Exemplo disso é o Capítulo VI da Lei Complementar nº 182/2021 (“Marco Legal das Startups”), que passou a estabelecer regras específicas para a contratação de soluções inovadoras pelo Estado – possivelmente porque as normas da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos ainda não atendiam satisfatoriamente esse nicho de contratações.

Podem ser citadas, ainda, as inúmeras regulamentações da Lei Federal nº 14.133/2021, que têm sido editadas desde a sua promulgação, em razão da opção feita pelo legislador de conferir aos diversos entes federativos um largo espaço para editar normas específicas em matéria de contratações públicas.¹³ Para que se tenha uma dimensão, a Lei Federal nº 14.133/2021 faz mais de 40 (quarenta) referências a regulamentos que precisam ser editados pelos entes competentes para dar aplicabilidade aos seus comandos legislativos, muitos dos quais já estão em debate ou já foram publicados.

Assim, antes mesmo da obrigatoriedade da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que pretendeu absorver as normas esparsas de contratações públicas, já houve uma significativa fragmentação das normas sobre contratações públicas, exatamente como ocorreu ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993.

Embora a recente reforma legislativa tenha tentado consolidar o arcabouço normativo sobre contratações públicas, a partir da absorção de diversos regramentos constantes da legislação extravagante, parece que, na verdade, a opção feita pelo legislador leva à repetição de um mesmo padrão adotado pela Lei nº 8.666/1993: aquele em que uma lei maximalista estabelece um regime jurídico único de contratações públicas que, ainda que seja mais flexível que seu antecessor, parece não satisfazer a totalidade das demandas contratuais da

¹³ Nos termos do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal de 1988, a União dispõe de competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Por essa razão, entende-se que Estados, Distrito Federal e Municípios dispõem de competência subsidiária para legislar sobre a matéria, isto é, podem legislar sobre aquilo que não afronta as normas gerais promulgadas pela União.

administração pública e que, assim, gera a necessidade de ser suplantado por novas normas, de modo que sejam atendidas as especificidades de um ou de outro segmento.

Esse cenário jurídico foi o que motivou a pesquisa consolidada neste trabalho. As inevitáveis perguntas a serem feitas foram: Por que insistir nesse modelo de regime jurídico único para hipóteses contratuais tão distintas? Há algum benefício que o justifique? Há, em outros países, modelos jurídicos que sejam mais longevos e não precisem ser recortados a todo instante, para que possa satisfazer plenamente as necessidades da Administração Pública? Algum desses modelos poderia ser incorporado, ainda que com adaptações, pelo direito brasileiro?

A pesquisa desenvolvida pretendeu responder essas perguntas centrais. Em torno delas, gravitavam outros questionamentos que também pautaram a pesquisa: quais são as características do regime jurídico atual de contratações públicas que não contribuem para a adequada acomodação das necessidades contratuais da Administração Pública, que, bastante heterogêneas, precisam ser mais bem endereçadas? Quais seriam, então, as características essenciais do modelo jurídico de contratações públicas que, em si, bastasse para permitir que os contratos celebrados pela Administração Pública fossem mais eficientes à luz dos resultados que pretendem produzir – de modo que não se insista em um modelo que tem recorrentemente se mostrado insuficiente para atender às demandas administrativas?

O trabalho parte, então, de uma análise do contexto histórico e do arcabouço jurídico-normativo de direito administrativo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 para retratar a existência de uma evolução descompassada entre as normas de direito administrativo em geral e as normas de direito administrativo pertinentes às contratações públicas.

Em seguida, passa-se a um estudo de casos por meio do qual se investigou a capacidade de adequação desse arcabouço jurídico-normativo sobre contratações públicas às múltiplas hipóteses submetidas à Administração Pública e, na prática, como esse modelo repercute na tomada de decisão administrativa. O objetivo desse estudo foi identificar eventuais benefícios do modelo em questão e, se o caso, identificar o motivo pelo qual o Brasil tem insistido nele, a despeito de suas reiteradas e comprovadas insuficiências.

A partir de então, passou-se a uma análise comparativa do regime jurídico nacional e estrangeiros – a saber, União Europeia, Estados Unidos e Chile – com o objetivo de investigar possíveis alternativas ao modelo jurídico adotado no Brasil. A escolha por tais regimes se

justificou pelo fato de os dois primeiros serem sabidamente mais flexíveis que o regime jurídico nacional e, além disso, por geralmente serem considerados bem-sucedidos. O terceiro regime, por sua vez, se justifica pelo fato de que o país está num contexto socioeconômico próximo ao brasileiro e de que também tem sido bem avaliado em pesquisas sobre ambientes negociais públicos.¹⁴

Por fim, investigou-se a possibilidade de compatibilização dos benefícios identificados nos regimes jurídico estrangeiros com aquele que foi instituído pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e, em outro cenário, as vantagens da substituição de um modelo por outro, sempre com vistas à otimização dos efeitos produzidos pelos contratos que venham a ser celebrados pela Administração Pública.

¹⁴ Segundo a pesquisa *Doing Business* do Banco Mundial referente ao exercício de 2019, divulgada em 2020, na soma dos quesitos avaliados, o Chile teve *score* de 72.6 e ocupou a 59ª posição no ranking de 190 países avaliados. O Brasil, por outro lado, teve *score* de 59.1 e ocupou somente a 124 posição entre esses mesmos 190 países. Fontes: The World Bank. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment/doing-business-legacy>> Acesso em: 02 jan. 2023.

1. CAPÍTULO I – Contextualização: a redemocratização do país, a complexificação das atividades administrativas a partir da Constituição de 1988 e algumas de suas principais consequências para o direito administrativo em geral

Para além de um momento histórico, político e social, a redemocratização do país repercutiu na produção do Direito. Trouxe para o ordenamento jurídico nacional os valores que lhe eram próprios, de valorização dos direitos e das garantias dos indivíduos e da coletividade, de contenção do arbítrio e de convicção no papel transformador das normas.

Assim é que os ventos da democracia embalaram a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição de um Estado Democrático de Direito, que, de outro lado, inauguraram uma época de consagração de diversos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico nacional, no qual foram contemplados os muitos segmentos da sociedade que participaram da elaboração do texto constitucional.¹⁵

Além disso, foi retomada uma agenda que pretendia reformar a Administração Pública brasileira para torná-la mais eficiente. Bresser-Pereira fez um apanhado histórico que explicou o contexto dessa reforma, desde o Estado Patrimonial até o Estado Gerencial, com todos os seus avanços e retrocessos. Para o que diz respeito à pesquisa aqui desenvolvida, esse contexto pode ser assim sintetizado:

“Do ponto de vista administrativo, o Estado será patrimonial até os anos de 1930, prevalecendo então a confusão intrínseca ou inerente ao patrimonialismo entre o patrimônio público e o privado. Nos anos de 1930, começa a Reforma Burocrática ou do serviço público e a administração passa a ser burocrática ou weberiana, preocupada principalmente com a efetividade da ação pública. A partir de 1995, quando começa a Reforma Gerencial ou da Gestão Pública, a administração assume um caráter crescentemente gerencial na medida em que o critério da eficiência torna-se decisivo. A essas formas de Estado correspondem formas de burocracia: patrimonial, weberiana e gerencial, as duas últimas podendo ser consideradas “modernas”, mas a weberiana está ainda preocupada com a racionalidade formal da organização e com a efetividade de suas normas e regulamentos, enquanto que a gerencial já está voltada para a realização eficiente das tarefas, ou seja, para a redução dos custos e o aumento da qualidade dos serviços, independentemente das normas e rotinas, que continuam necessárias, mas são flexibilizadas”.¹⁶

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Menezes de. Impacto da Constituição de 1988 na Compreensão do Contrato Administrativo. In: Maria Sylvia Zanella di Pietro; Fabrício Motta (Org.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 189-190.

¹⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia Pública e Estado no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em

Embora tenha sido implementada somente em 1995, em razão da crise econômica que assolou o país após a redemocratização, a Reforma Gerencial ou da Gestão Pública foi desencadeada já pela promulgação da Constituição Federal de 1998.¹⁷ Com efeito, o texto constitucional foi minucioso no tratamento de diversas matérias – muitas das quais diziam respeito ao Direito Administrativo – e dispunha de um caráter dirigente que objetivava dar concretude aos direitos fundamentais que cuidou de zelar.

Essas duas preocupações – com a promoção dos direitos humanos e com o exercício das atividades administrativas – foram decisivas para a ampliação das funções socioeconômicas do Estado e para o aumento dos mecanismos republicanos de controle. Guiado por esses propósitos, o texto constitucional ampliou significativamente as atividades prestacionais do Estado, que ficavam a cargo do Poder Executivo principalmente, e implementou e fortaleceu diversas formas de controle da atuação administrativa.

Marcos Augusto Perez observou muito bem esse fenômeno e identificou, tanto os programas que culminaram no incremento da atividade administrativa quanto os meios de fortalecimento do controle administrativo:

“Observe-se que já em seu art. 3º, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Texto Fundamental de 1988 destacou um conjunto de objetivos que perpassa necessariamente toda a atividade da Administração: (i) liberdade, justiça e solidariedade; (ii) desenvolvimento nacional; (iii) erradicação da pobreza e redução das desigualdades; (iv) promoção do bem de todos e a igualdade na mais ampla acepção. (...) Mas a Constituição não para por aí. Seu texto é repleto de programas a serem concretizados pela Administração: tais como a função social da propriedade (art. 5º, XIV) e as reformas agrária e urbana (arts. 182 e 184); a conservação do meio ambiente (art. 23, VI, e art. 225); o registro e a proteção de patentes e o estímulo à inovação tecnológica (art. 5º, XXIX, art. 23, V e art. 218); a defesa do consumidor e da livre concorrência (art. 5º, XXXII e art. 170, IV); os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância, à assistência aos desamparados (art. 6º), todos concretizados por meio de serviços atribuídos ao Estado (e.g. arts. 194, 196, 201, 203, 205, 215). E não é só. No plano da intervenção na economia, a Constituição ainda cria programas relativos à implantação e à manutenção de serviços públicos industriais e comerciais nacionais, dentre os quais: ferrovias; transporte aéreo e aeroportos; energia; telecomunicações; correios (todos previstos no art. 21), além de preconizar a possibilidade de criação das empresas estatais para a intervenção direta em mercados ou setores econômicos considerados essenciais (art. 173, caput) e da edição de políticas de fomento (art. 174). Como se isso não bastasse, a Administração regula e emite moeda (art. 21, VII) e

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-BRESSER%20PEEREIRA.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2023

¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Burocracia Pública... op. cit., p. 48.

regula os mercados em geral, na perspectiva de adequá-los aos valores e interesses republicanos defendidos pela Constituição (art. 174). Se, por um lado, é inequívoco o incremento da agenda econômica a cargo da Administração, observe-se que também não resta dúvida sobre o fato de que o constituinte/1988 ter ampliado em muito o controle das distintas e numerosas atividades que deveriam vir a ser desempenhadas pela Administração. (...) o direito de receber informação dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII); o direito de petição (art. 5º, XXXIV); a inafastabilidade da jurisdição e sua duração razoável (art. 5º, XXXV e LXXVIII); o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LIV e LV); e todos os remédios constitucionais: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular (art. 5º, LXVIII e ss.). Nesse mesmo sentido tem-se a autonomização dos órgãos de controle, como o Ministério Público (art. 127, caput e §1º), que, no Brasil, possui função correccional da Administração Pública, e os Tribunais de Contas (art. 71), órgãos de fiscalização externa, ligados ao Legislativo, mas com funções extremamente amplas e, em grande parte, coincidentes com as atribuições do Ministério Público”.¹⁸

Os novos paradigmas constitucionais descritos pelo autor ainda produziram outros efeitos para o Direito Administrativo. Houve a substituição do paradigma da autoridade pública de Maurice Hauriou¹⁹ por outro, influenciado pelo constitucionalismo do final do século XX²⁰, em que o Direito Administrativo passou a ser compreendido como ferramenta de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e passou a prestigiar a transparência, o diálogo e a participação social dos administrados.

Esse novo paradigma também foi inspirado pelos pensamentos de Léon Duguit, fundador da Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux²¹, cujos preceitos implicam uma atuação administrativa mais horizontalizada, que prestigia a atuação concertada da Administração e dos administrados para o atendimento dos interesses da coletividade. A respeito do tema, lecionou Odete Medauar²²:

“A série de decisões do Conselho de Estado que se referiam ao serviço público provavelmente chamou atenção da doutrina, então muito voltada para as decisões desse órgão. A expressão foi trabalhada como teoria, como concepção, por Duguit e Jeze, surgindo então a Escola do Serviço Público, também chamada Escola de Bordeaux.

(...)

Em 1901, na obra *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (que foi uma resposta à obra de Georg Jellinek sobre direitos subjetivos, surgida em 1892), uma das ideias fundamentais é a seguinte: "a noção de *puissance publique* deve ser substituída pela de serviço público; o Estado deixa de ser *puissance* que ordena, para tornar-se grupo que trabalha. O Estado moderno aparece cada vez mais como um grupo de indivíduos

¹⁸ PEREZ, O mundo.... op. cit., p. 851-869.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Serviço Público**. In: Revista de Direito Administrativo. 189:100-13, jul./set. 1992, p. 103-105.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, Caps. 1 e 3, passim.

²¹ MEDAUAR, Odete. Op cit.

²² MEDAUAR, Odete. Op cit.

trabalhando de *concert*, sob a direção e controle dos governantes, para a realização das necessidades materiais e morais dos participantes.

(...)

No 2º vol. do *Traité de Droit Constitutionnel*, ed. 1927, Duguit afirma: ‘O Estado não é uma *puissance* que comanda, uma soberania; ele é uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes”. Eis o conceito de Duguit - "serviço público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não pode se realizar a não ser com a intervenção da força governamental". Para Duguit, ‘a ideia de serviço público está na noção de uma obrigação que se impõe aos governantes’. ‘O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. Se há uma *puissance* publique, ela é um dever, uma função, não um direito’

(...)

O texto clássico de Hauriou a respeito e o famoso prefácio à 11. edição do seu *Précis de droit administratif et de droit public*, de 1927, intitulado "*La puissance publique et le service publique*". Em síntese as idéias de Hauriou aí expostas são as seguintes: "o serviço público é a obra a realizar; a *puissance* é o meio. Qual está em primeiro plano? *Puissance*. Serviço Público, embora em segundo plano, desempenha papel importante". Afirma que a doutrina de Duguit não é verdadeiramente realista, porque negligencia elemento essencial da realidade, o poder político, que é um fato”.

Em razão disso, o conceito de supremacia do interesse público sobre o privado foi relativizado e passaram a ser prestigiados valores democráticos típicos, assim como reafirmados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A atuação tradicionalmente verticalizada e autoritária da Administração Pública deu lugar a uma atuação dialética e participativa, na qual as decisões unilaterais passaram a ser gradualmente emanadas de forma concertada com aqueles que seriam “direta ou indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado”.²³

Não que a Administração Pública tenha deixado de exercer sua autoridade no âmbito sua atuação, pois sempre manteve seus poderes e prerrogativas, mas passou a exercê-los de forma mais condizente com os direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos administrados, a exemplo do devido processo legal, e de seus desdobramentos, o contraditório e a ampla defesa.

Desde então, a democracia participativa tem sido incentivada e promovida por diversos meios, a exemplo da realização das audiências e das consultas públicas, que são cada vez mais

²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (Orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 10.

adotadas pela Administração Pública nesse contexto de busca por legitimidade de suas decisões, a partir da angariação de contribuições técnicas que as respaldem adequadamente.

Esses mecanismos foram positivados a partir da Lei Federal nº 9.784/1999 (“Lei de Processos Administrativos”) e têm sido constantemente replicados por outras normas regentes da atividade administrativa, a exemplo da Lei Federal nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”)²⁴ e pela Lei Federal nº 13.655/2018,²⁵ em um nítido esforço do legislador para incentivar a sua realização pelos diversos órgãos e entidades administrativas, tamanha a sua importância para uma tomada de decisão sólida pela Administração Pública.

De mais a mais, essa fórmula também passou a garantir a transparência necessária ao diálogo estabelecido com a sociedade civil que, muito bem articulada e organizada em grupos de interesse, tem buscado influenciar em todo o processo de elaboração de políticas públicas, e não somente nas tomadas de decisões administrativas concretamente.

De um lado, um diálogo aberto e acessível a todos os interessados prestigia a formação de uma convicção sólida, construída a partir de elementos de diversas ordens, colhidos dos diferentes grupos de interesse sobre determinado assunto, o que tende a contribuir para a

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.848 de 25 junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 26 jun. 2019. Art. 10: “A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

(...)

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 12. Os relatórios da audiência pública e de outros meios de participação de interessados nas decisões a que se referem os arts. 10 e 11 deverão ser disponibilizados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após o seu encerramento.

(...)

Art. 13. A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, em caso de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno.

²⁵ BRASIL. Lei Federal nº 13.655 de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Art. 29: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver”.

elaboração de decisões mais eficientes, pois aderentes às necessidades práticas de um determinado segmento econômico.

De outro, dificulta que uma determinada decisão administrativa seja tomada com base em voluntarismos ou em negociatas, pois a exposição de motivos da referida decisão precisa levar em conta todos os elementos que lhes são postos pelos participantes. Ainda que priorize um elemento em detrimento de outro, a decisão final precisa expor o racional que justificou a opção feita entre eles.

Por tudo isso, passou-se a exigir que os atos administrativos não somente fossem publicados depois de emitidos, mas que todo o racional que lhes dava suporte fosse devidamente publicizado ao longo de sua confecção, de sorte que fosse possível influenciar os gestores públicos ao longo de sua tomada de decisão, ao mesmo tempo em que se asseguraria que o diálogo estabelecido entre o público e o privado fosse pautado em valores republicanos.

Deixou de importar somente o ato administrativo final para passar a importar todo o encadeamento de atos que lhe dão origem, que é – e deve ser – influenciado por diversos fatores externos. Referindo-se a isso, Floriano de Azevedo Marques descreveu a “superação do ato administrativo autista”²⁶:

“Este ato administrativo, tomado pelo ângulo interno ao sistema jurídico administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da administração pública, denominaremos aqui de ato administrativo autista. E assim o faremos para ressaltar sua principal característica: um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos.

(...) Neste processo de superação da concepção autista do ato administrativo, cremos que se pode vislumbrar três vetores que apontam para a sua superação, deixando entrever que a reconfiguração do ato administrativo indica, a seu tempo, também algumas trilhas da própria reconfiguração epistemológica do direito administrativo. 15. O primeiro vetor é a processualidade administrativa que tem lugar a partir da consagração na Constituição de 1988 (art. 5º, LV) do direito ao processo administrativo como um direito fundamental do cidadão. Mais do que assegurar este direito (que poderia já ser considerado como existente e protegido no regime constitucional anterior), a prescrição constitucional acabou por ter um efeito colateral que se revelou ainda mais importante. Ao lançar mão da fórmula 'litigantes em processo administrativo', o texto da Constituição acabou por consagrar que a atividade administrativa, o exercício da função administrativa, não é atividade que se realize isolada dos interesses e pretensões dos administrados. Logo, seja ontologicamente, seja operativamente, a edição de atos administrativos não pode ser concebida mais de forma autista, infensa à participação e à consideração dos diversos

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein. Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 96 e 109.

interesses envolvidos. Para além das consequências diretas da sujeição da atividade administrativa ao processo (participação dos interessados, contraditório, direito a aduzir suas razões e produzir provas, direito a uma manifestação de outra autoridade no curso do manejo recursal), tem-se que a prescrição constitucional cria um dever em si para a Administração Pública de conduzir a prática dos atos administrativos em permanente comunicação com os setores potencialmente atingidos, de forma positiva ou negativa, pelo ato a ser praticado ao fim do processo necessário”.

Foi nesse contexto que ganhou relevo o fenômeno da processualização das tomadas de decisões administrativas, como mecanismo que viabiliza o contraditório anteriormente à confecção dos atos administrativos e por meio do qual os gestores públicos expunham os motivos que os levariam a um ou a outro entendimento, baseados nos elementos práticos que foram colhidos a partir da interação com os administrados.

Nesse ponto, é preciso citar também a percepção de Gustavo Henrique Justino de Oliveira sobre a relevância da processualização das tomadas de decisão e de realização das consultas e audiências públicas ao longo desses processos como forma de cumprimento da finalidade do agir administrativo, inclusive na concretização dos direitos e garantias fundamentais:

“O estreitamento dos laços da sociedade civil com o Estado, a ser alcançado sobretudo por meio do aprimoramento dos vínculos mantidos por esse com os cidadãos, tende a tornar mais efetiva a finalidade primeira do atuar dinâmico da Administração Pública: o agir a serviço da comunidade.

Bem por isso, é preciso empreender tentativas de ‘fazer coincidir o mais possível realidade social e centros de decisão política e administrativa, em uma expansão progressiva e ‘quotidiana’ do princípio da soberania popular’.

(...) A realização de audiências públicas nos processos administrativos vem de encontro com o postulado de legitimidade do poder, inerente ao Estado de direito democrático. Está relacionada com a aplicação dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Inseridas na fase de instrução dos processos administrativos, podendo ocorrer também na fase decisória, as audiências públicas têm por escopo tornar efetivo o direito de defesa dos cidadãos, o direito de opinar e ser ouvido, quando a situação envolva direitos coletivos e difusos.

Portanto, toda vez que esses direitos estiverem em discussão, as audiências públicas possibilitam a real observância do direito de informação (art. 5º, inciso XXXIII), bem como das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), integrantes da cláusula constitucional que fundamenta o processo administrativo”.²⁷

²⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul./set. 1997, p. 280.

Por isso, o processo administrativo não é tema que mereça uma atenção menor da Administração Pública, como se viu historicamente no Brasil. Embora já fosse visto e reconhecido em diversos países, aqui, o fenômeno da processualização das decisões administrativas só veio a ser positivado uma década depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, em primeiro lugar por meio da Lei Paulista nº 10.177/1998 e, finalmente, por meio da Lei Federal nº 9.784/1999, que o instituiu para todas as decisões emanadas da Administração Pública Federal.

De lá para cá, o fenômeno da processualidade administrativa tem ganhado mais e mais a centralidade nos debates sobre direito administrativo, exigindo-se que ele seja cuidadosamente construído, inclusive porque tem sido compreendido como meio de atendimento da validade do ato administrativo final, isto é, ele precisa ser detidamente observado para que o ato administrativo que venha a ser confeccionado seja plenamente válido.

A respeito desse tema, leciona Odete Medauar:

“Na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu ‘formar-se’ e nos seus vínculos instrumentais.”²⁸

Portanto, a mudança de paradigma instituído pela Constituição Federal também recai sobre a compreensão do ato administrativo. Perde importância a visão estática do ato administrativo e passa a ter relevo a sua visão dinâmica, isto é, aquela que recai sobre o seu processo de formação. Nisso parece estar contido o reconhecimento de que é mais vantajoso para todos – Administração Pública e administrados – que os contornos de um determinado ato administrativo sejam definidos conjuntamente e antes de sua efetiva edição – e não que essa definição passe a ser discutida posteriormente à completa formação desse ato, inclusive pelos custos decorrentes do seu eventual desfazimento.

A processualidade administrativa ainda tem a importância reforçada pela ampliação da atuação discricionária dos órgãos e entidades administrativos. Nesse modelo de ampliação da

²⁸ MEDAUAR Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 224.

liberdade decisória da Administração Pública, as decisões exaradas não podem simplesmente se escorar na letra fria da lei para serem devidamente respaldadas.

Uma vez que o legislador cuidou de lhes conferir ampla liberdade para decidir, é preciso motivar a decisão com base em elementos concretos, de sorte que o processo administrativo passou a figurar como um dos principais meios de aferição da racionalidade das tomadas de decisões administrativas nesses casos.

Como a citação de um mero artigo de lei não costuma mais ser suficiente para efetivamente expor os motivos de uma determinada decisão, na medida em que esses dispositivos têm costumeiramente se valido de abstrações, tais como princípios e conceitos jurídicos indeterminados, é preciso descer às minúcias do caso concreto e confrontá-las diretamente para que seja possível expor os reais motivos de decidir.

Assim, os principais motivos pelos quais o processo administrativo tem ganhado relevo nos últimos anos estão relacionados: (i) à efetividade do controle sobre a atuação discricionária da Administração Pública que ele proporciona; e (ii) à qualificação das decisões administrativas, conquistada pelo contraditório que lhe é inerente, que permite que sejam colhidos os elementos concretos que subsidiam tais decisões.

Além dos que já foram citados até o momento, para os fins desta pesquisa, ainda vale citar uma outra importante consequência da promulgação da Constituição Federal de 1988: o aumento da contratualização das relações público-privadas²⁹.

O estabelecimento de relações contratuais despontou como um importante meio de captação de recursos que viabilizariam a implementação dos inúmeros programas constitucionais que foram deixados a cargo da Administração Pública. Não por outra razão, a partir dos anos 1990, houve um significativo aumento das concessões de serviços públicos – precedidas ou não de obras públicas – e de parcerias público-privadas (“PPP”) em diversos setores econômicos, cujo exercício era monitorado por meio da atividade regulatória do Estado, que também foi amplamente desenvolvida nesse contexto.

²⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos Administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coords.). Contratos Administrativos II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 195: “(...) além da multiplicidade atual de modalidades contratuais praticadas pela Administração – por exemplo, concessão de serviços públicos caracterizadas como parcerias público-privadas, contrato de gestão, consórcio público, convênio -, o que se constata é a difusão de mecanismos contratuais por extensos setores da ação afirmativa, inclusive em relações internas à própria Administração. Fala-se em ‘administração concertada’, com ênfase na aplicação de instrumentos de consenso e na busca da participação dos indivíduos nas decisões”.

O fenômeno da contratualização das relações público-privadas se deu em diversos âmbitos e surgiu no contexto de substituição do paradigma da autoridade pública, embora isso tenha se refletido de forma mais sutil nas normas que davam suporte a tais contratações, como será detalhado mais adiante.

De qualquer modo, sua utilização tem sido um meio fundamental para assegurar a viabilidade de diversos dos mandamentos constitucionais, ainda que, na prática, seja possível discutir se os arranjos contratuais possibilitados pela legislação atual poderiam eventualmente ser confeccionados de modo a atender o interesse público envolvido mais adequadamente.

O tema dos contratos públicos será abordado detidamente nos próximos capítulos. Por ora, é relevante apenas fazer o registro de que o fenômeno da contratualidade administrativa também foi significativamente reforçado a partir da ampliação das atividades atribuídas à Administração Pública pelo texto constitucional e do reconhecimento de que ao Estado faltavam meios suficientes para efetuar todas as intervenções diretas no domínio econômico que seriam necessárias para atingir os objetivos constitucionalmente previstos.

Também é importante registrar que o contexto inaugurado pela Constituição Federal de 1988 não trouxe só refinamentos ao Direito Administrativo para compatibilizá-lo com os novos paradigmas constitucionais, trouxe também inúmeros desafios a sua aplicação. Exemplo disso foi a grande proliferação de normas dessa seara, que objetivavam dar aplicação aos ditames constitucionais, mas causavam grande incerteza jurídica sobre a aplicação do direito em determinados casos concretos.

A necessidade de ampliar a margem de liberdade decisória da Administração Pública também foi um desafio, já que, para isso, o legislador precisou se valer de recursos linguísticos com elevado grau de abstração e de indeterminação, que demandaram a reconstrução do modelo de controle sobre a atividade administrativa.

Esse cenário tem demandado um longo processo de acomodação, que permanece em curso. Com efeito, é difícil imaginar que se possa tomar conhecimento de todas as normas de Direito Administrativo que têm sido editadas por todos os órgãos e entidades competentes, da mesma forma que é difícil imaginar que essas normas, que possuem um elevado grau de abstração, serão interpretadas todas da mesma maneira no Brasil afora, o que dificulta substancialmente a aplicação uniforme, sistemática e coerente desse ramo do Direito.

Alguns esforços têm sido empreendidos para atenuar esse problema de aplicação e uniformidade das leis, a exemplo da consolidação parcial de normas sobre contratações públicas que o legislador implementou por meio da Lei Federal nº 14.133/2021. Embora seja louvável a medida, ela tende a ser insuficiente para racionalizar a aplicação dessas normas, pois a estrutura normativa adotada não é imune ao fenômeno da fragmentação, conforme será analisado mais adiante.

Nos tópicos a seguir, três das consequências da Constituição Federal de 1988 para o Direito Administrativo serão pormenorizadas pela importância que têm para o tema desenvolvido neste trabalho. Pelo diálogo existente entre elas, serão agrupadas da seguinte maneira: (1) A fragmentação das normas de direito administrativo e a ampliação da discricionariedade administrativa; e (2) o aumento dos mecanismos de controle sobre a atuação administrativa.

A escolha metodológica por essas consequências diz respeito ao impacto diretamente causado por elas sobre o regime jurídico de contratações públicas, que, por sua vez, será passar a ser analisado no Capítulo II deste trabalho.

1.1. A FRAGMENTAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E A AMPLIAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Como antecipado, a Constituição Federal de 1988 promoveu o alargamento do escopo de atuação administrativa com a finalidade de concretizar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Isso demandou a edição de um número significativo de normas que pudessem dar aplicabilidade aos comandos constitucionais, o que gerou uma significativa fragmentação desse ramo jurídico.

O Direito Administrativo passou a contar com inúmeras normas esparsas, espalhadas por toda a Federação, emanadas de todos os seus entes e poderes que objetivavam dar aplicação ao texto constitucional naquilo que lhes competia – e, por vezes, excedendo as competências que lhes foram conferidas.

Com isso, o arcabouço jurídico-normativo sofreu um crescente processo de legalização e se complexificou sobremaneira, a ponto de recorrentemente desencadear dúvidas sobre a

aplicação de uma ou de outra norma em determinado caso. Carlos Ari Sundfeld denominou esse fenômeno de "concorrência normativa" e assim o descreveu:

“(...) no Brasil, ao contrário do que se costuma dizer, a lei é hoje muito mais presente e importante do que foi no passado. Vivemos no direito administrativo brasileiro não a *era da deslegalização*, mas, sim, a *era da concorrência normativa*.

Legislativo, Administração e Judiciário são, hoje, produtores intensos de normas sobre questões administrativas. Nesse sentido, pode-se dizer que o Legislativo vem perdendo a centralidade que teve outrora, pois não monopoliza como antes a função normativa. Mas isso não é pela decadência do instrumento lei – cujo espaço inclusive se ampliou, pois mais setores passaram a ser regulados por lei –, mas, sim, pelo aumento do número de centros produtores de normas. Há, sim, uma perda da importância relativa da lei, mas ela não encolheu, ela inflou.

Não há elementos indicando que, pela via da abstenção sistemática ou da delegação de sua função normativa, o Parlamento venha permitindo a corrosão da legalidade (em sentido amplo), que seria um princípio do direito administrativo. As leis não diminuíram seu espaço; ao contrário, aumentaram. O que se passa é que a legalidade formal já não é mais o bastante.”³⁰

Essa dita fragmentação do Direito Administrativo tem se mostrado rotineiramente nociva à sua aplicação enquanto sistema normativo. Em primeiro lugar, porque inviabiliza o seu conhecimento por inteiro, e, em segundo lugar, porque dificulta a sua aplicação racional e coerente.

Esse fenômeno, que inicialmente ocorreu em razão da necessidade de aplicação de um sem-número de programas constitucionalmente previstos, tende a ter continuidade com a necessidade de regulamentação dessas muitas normas e à medida em que elas se tornam obsoletas e, por isso, inservíveis para os novos casos que venham a ser submetidos à atuação administrativa.

Nesse cenário, passa a existir a necessidade de complementação ou de revisão do arcabouço jurídico-normativo existente, que implica a contínua produção de normas para o atendimento das novas demandas administrativas ou para regulamentação das normas já existentes.

Vale dizer que, quanto mais robustas e rígidas são essas leis, mais frequente tende a ser a necessidade de sua revisão, pois elas costumam ser menos adaptáveis às novas demandas apresentadas ao aplicador do direito e, por isso, chegam mais brevemente à sua obsolescência.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld, **Direito Administrativo para Céticos**, 2 ed., 2 tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 253.

De outro lado, como já foi pontuado, o alargamento da atuação administrativa pela Constituição Federal de 1988 dificultou a edição de normas que estipulassem atuações vinculadas da Administração Pública, pois o escopo dessa atuação passou a ser muito amplo e complexo, o que inviabilizava a antecipação das muitas hipóteses de atuação.

Para dar conta dos inúmeros programas atribuídos à Administração Pública e, ao mesmo tempo, mitigar tanto quanto possível a contínua – e indesejável – fragmentação normativa, os legisladores perceberam que seria necessário promover a ampliação da margem de liberdade decisória dos gestores públicos, de modo que estes não ficassem limitados a simplesmente analisar o cabimento de uma hipótese normativa a um determinado caso concreto.

Inclusive porque, nesse papel, os gestores não necessariamente encontrariam hipótese normativa que atendesse a todas as suas necessidades, cada vez mais imprevisíveis e complexas. Estas costumeiramente demandavam soluções customizadas para que pudessem ser solucionadas de maneira eficiente, o que dificilmente seria alcançado por meio de normas que estipulassem uma atuação vinculada da Administração, que lhes tirasse a liberdade para acomodar as particularidades de suas demandas.

Por isso, esses gestores puderam passar a escolher, entre as alternativas oferecidas pela lei, aquela que melhor se amoldasse aos casos concretos que lhe eram submetidos. Esse modelo não só se prestava a suprir a impossibilidade de antecipação da atuação administrativa dentro de um novo e complexo cenário, mas também mitigaria a necessidade de produção de normas de Direito Administrativo, já que garantiria que aquelas que já haviam sido produzidas em quantidade substancial permanecessem adequadas e suficientes para reger as mais diversas hipóteses de atuação que eram apresentadas aos gestores públicos.

A respeito desse tema, vale mencionar novamente as lições de Marcos Augusto Perez:

Os pais fundadores do Direito Administrativo seguramente não imaginaram que o Estado chegaria ao grau de intervenção social e econômica que hoje se presencia. Seja por força da necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação dos direitos fundamentais, seja como fruto de uma sociedade (ou da existência de movimentos sociais) cada vez mais reivindicadora ou de atuações estatais, seja, por fim, pela necessidade de constantemente intervir no domínio econômico para corrigir as falhas de mercado, para executar medidas contra graves e recorrentes crises econômicas ou para ajudar as pessoas sem recursos ou condições econômicas de sobrevivência digna. (...) Torna-se evidentemente impossível catalogar-se a partir de fórmulas vinculantes todos os modos de atuação das autoridades públicas. Aliás, ainda que possível, talvez fosse indesejável a existência desse catálogo universal de condutas que fizesse do administrador público um carimbador automático, um mero verificador de fatos concretos para aplicar o direito posto como 'longa manus' da vontade do legislador. Afinal a realidade socioeconômica é constantemente mutável, as ações exigidas da

Administração de ontem são distintas das ações de hoje, que serão distintas das que passarão a ser imperiosas amanhã. O direito posto não é insensível a essa realidade e tende a se tornar mais flexível, mais processual e mais principiológico de modo a conservar-se eventualmente íntegro e estável diante da flutuação constante e imprevisível da realidade.³¹

Nesse contexto, os conceitos jurídicos indeterminados começaram a ser usados mais frequentemente como recurso linguístico para, de um lado, ampliar a liberdade decisória da Administração Pública e, de outro, conferir flexibilidade – e, por isso, longevidade – às normas de Direito Administrativo.

É também verdade que essa escolha tem outras implicações. Ela concorre para a dificuldade de dar uma aplicação coerente e uniforme às normas de Direito Administrativo, já que elas dispõem de um elevado nível de abstração, que pode levar a diferentes tipos de compreensão pelos aplicadores do direito de todo o Brasil.

Esse parece ser um custo inerente à ampliação dos direitos e garantias dos administrados e das atividades prestacionais da Administração Pública, mas que, sem dúvida, pode ser minorado por outros meios, a exemplo da atenuação da fragmentação normativa, da construção de entendimentos sumulados pelas cortes administrativas, etc.

Pois bem. São muitos os exemplos de atuação discricionária da Administração Pública que, registre-se, pode ocorrer no exercício de suas múltiplas atividades. Há, por exemplo, discricionariedade na edição de atos normativos, nos atos de gestão interna e, também, no desenvolvimento de políticas públicas.

Como um exemplo específico dessa atuação, é possível mencionar a liberdade de escolha conferida pelo art. 53 da Lei Federal nº 9.784/1999 à Administração Pública de revogar ou não um determinado ato administrativo, segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade, desde que respeitados os direitos adquiridos dos administrados.³²

Também é possível citar a hipótese de autorização administrativa para que um particular use determinado bem público, em seu interesse exclusivo ou preponderantemente, a título

³¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da Discricionariedade Administrativa**. In: Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza (Orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-68.

³² BRASIL. Lei Federal nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999. Art. 53 da: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

precário. Esse ato administrativo é um ato de consentimento estatal³³, que pode ser exarado pela Administração Pública, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência.

O fato é que o caminho da ampliação da discricionariedade administrativa foi comum a diferentes espectros do direito administrativo, sem ficar limitado a um ou a outro segmento, pois, como visto, decorreu de uma evolução natural da matéria para se adaptar à necessidade de dar concretude aos novos ditames constitucionais.

Curiosamente, disso se distanciaram as normas sobre contratações públicas, pois, nessa seara, houve uma resistência significativa por parte do legislador para atribuir liberdade decisória aos gestores públicos, que veio a ser justificada, em grande parte, por um discurso moralizante, como será analisado em capítulo próprio.

Essa distinção de tratamento, que precisa ser explicitada desde este momento para a melhor compreensão da problemática que motivou o desenvolvimento da pesquisa exposta neste trabalho, criou particularidades para o regime jurídico de contratações públicas que afetaram tanto a racionalidade de sua aplicação, quanto a eficiência dos contratos administrativos. E, a despeito do notório reconhecimento dessa circunstância, o legislador tem insistido no modelo normativo que levou a ela.

Esse tema merece atenção porque os contratos não são um fim em si mesmo, eles têm caráter instrumental. São firmados para viabilizar as atividades deixadas a cargo da Administração Pública, necessárias à concretização dos direitos e garantias fundamentais. Se, visando a essa mesma finalidade, as demais normas de Direito Administrativo caminharam para a ampliação da liberdade da Administração Pública, não parece haver razão tecnicamente sólida para a distinção de tratamento jurídico entre as diversas normas de Direito Administrativo.

Antes de aprofundar esse ponto, no entanto, é preciso retomar os debates sobre os demais efeitos da promulgação da Constituição Federal de 1988 para o Direito Administrativo, já que todos eles repercutem na análise sobre o regime jurídico de contratações públicas.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 117-130, 2002, p.119.

1.2. AUMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como contrapartida à ampliação do escopo de atuação administrativa e do aumento de liberdade decisória conferida à Administração Pública, a Constituição Federal de 1988 empoderou os sistemas de controle sobre essa atuação. Fortaleceu instituições de controle e alargou suas competências, além de prever diversos institutos que facilitam o controle sobre a atuação administrativa, pelos controladores e pelos administrados, conforme mencionado acima.

Esse novo cenário também exigiu que o exercício do controle fosse adaptado, especialmente do controle jurisdicional. É dizer que o clássico controle jurisdicional de legalidade exercido sobre os atos administrativos, que se negava a analisar o mérito desses atos, passou a ser insuficiente para efetivamente controlar a atuação administrativa.

Como visto, o exercício das diferentes atividades administrativas – tais como planejamento, regulação e fomento –, passou a ser mais discricionário e fundamentado em normas principiológicas ou que se valiam de outros conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado, o que ampliou a noção de legalidade e demandou a adaptação dos mecanismos clássicos de controle.

A legalidade, sobre a qual costumava recair o controle jurisdicional dos atos administrativos, foi ampliada e passou a compreender não somente a observância das normas-regra de conteúdo determinado, como também as normas principiológicas ou de conteúdo jurídico indeterminado que integravam o arcabouço jurídico-normativo, e que muitas vezes se confundiam com o mérito dos atos administrativos.

Por isso, com frequência, o controle jurisdicional precisou avançar sobre o mérito desses atos para analisar os aspectos principiológicos que lhes deveriam servir de fundamento – a exemplo da proporcionalidade ou da razoabilidade dos atos emitidos –, que integravam a legalidade dos atos administrativos, mas que, por vezes, tangenciava as questões de oportunidade e conveniência que justificaram a emissão de tais atos.

Sobre tal ponto, vale resgatar as lições de Marcos Augusto Perez³⁴:

³⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de Legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.87-89.

“(…) o controle da discricionariedade administrativa é um tema que, apesar de clássico, enfrenta intensas mudanças de tratamento e grandes desafios na contemporaneidade.

As mudanças referem-se, primeiramente, à explosão da discricionariedade enquanto fenômeno normativo, e, em segundo lugar, à mais do que significativa ampliação dos poderes jurisdicionais de controle da discricionariedade.

Os desafios, por sua vez, correspondem à inevitável e difícil ponderação entre os princípios constitucionais da vedação ao arbítrio, da universalidade de acesso à jurisdição e da separação de poderes e à necessária criação de mecanismos de aferição de conduta, que, ao mesmo tempo, constituam-se como guias para a atuação das autoridades administrativas e como critério para o controle jurisdicional da discricionariedade.

Como se procurou demonstrar, a superação desses desafios tem sido buscada de diferentes modos e por distintos ordenamentos jurídicos. É possível resumir essa busca a partir de dois movimentos ainda em construção (...). O primeiro é relacionado à tentativa de melhorar a qualidade dos atos discricionários por meio da instituição ou do aperfeiçoamento (nos casos em que ele já existe) do processo administrativo. O segundo movimento está relacionado à criação de métodos ou de técnicas para a aferição jurídica dos atos administrativos discricionários.

(...) O Direito Administrativo atual não dá, assim, uma resposta única para os desafios formulado, mas cria uma tendência clara em torno dos movimentos aqui apontados, voltados claramente a ampliar, por meio de uma diversidade de ferramentas jurídicas, a jurisdição da discricionariedade”.

Mesmo revestidos de um propósito absolutamente legítimo e necessário – que poderia ser traduzido na intenção de garantir que a atividade administrativa atue segundo as normas que lhe foram postas (princípio da legalidade) e direcionada a uma finalidade de interesse público (princípio da finalidade) –, foram tantos e tão abrangentes os mecanismos de controle instituídos sobre a atuação administrativa que, atualmente, há uma grande preocupação acerca da sua contenção.

Essa é uma situação curiosa e desafiadora para o Direito Administrativo, que tem sido convidado a revisitar as suas origens de contenção do arbítrio, mas que agora não fica limitado somente à ação do Poder Executivo, mas também – e muito frequentemente – precisa se preocupar em limitar o excesso de ação dos órgãos controladores, nos seus diferentes domínios de atuação.

A respeito do tema, Floriano de Azevedo Marques e Juliana Palma descreveram:

“Desde a promulgação da Constituição/1988 o Brasil vivencia um movimento de "ampliação do controle da Administração Pública". (...) instituições foram criadas com a única e exclusiva finalidade de verificar a lisura nos gastos orçamentários e checar a legalidade no exercício das competências públicas (...) instituições já consolidadas no panorama político brasileiro foram reconfiguradas praticamente por completo para efetivar com maior força o ideal de controle (...) em prol da probidade administrativa, do interesse público, da ética pública e de outros valores tão relevantes

quanto juridicamente indeterminados, são compiladas impressões em forma de instrumentos jurídicos, para satisfazer em grau máximo o ideal de controle”.³⁵

Com efeito, os doutrinadores têm constantemente apontado, por exemplo, para a necessidade coordenação das diversas instâncias de controle sobre a atuação administrativa, que comumente têm competências sobrepostas, o que gera uma significativa insegurança jurídica acerca da aplicação do direito administrativo.

Também há uma preocupação com a contenção do contínuo alargamento de competências dessas instâncias que, por vezes, atuam com excesso de poder e interferem na atuação de outras esferas. Por todos, é possível citar um trecho do estudo desenvolvido por André Janjácomo Rosilho:

“Ao longo do tempo, surgiram, no Brasil e alhures, diversos atores, veículos e instrumentos que, espalhados pelos três Poderes e dotados de configurações e características distintas, se voltaram à fiscalização da administração pública e do modo pelo qual ela desempenha suas atribuições. Nalguns casos, receberam competências mais amplas e foco mais genérico, abrangente; noutros casos, receberam competências mais restritas e foco mais específico e delimitado. O controle externo da administração pública desenvolvido pelo Poder Judiciário talvez seja, ao menos no Brasil, o mais evidente e debatido de todos. Não é, contudo, o único tipo de controle incidente sobre as atividades administrativas. Há muitos outros, compondo uma verdadeira *rede de controle*, internos e externos, toda ela voltada a equacionar a permanente tensão entre autoridade do Estado e a liberdade que se quer garantir aos indivíduos, a proteção contra o arbítrio.

(...) Esse processo de “autonomização do controle” estaria sendo acompanhado de uma série de problemas. Destaco alguns deles: 1) a multiplicidade de instâncias (decorrente de uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, frequentemente fazendo com que competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva); 2) a captura das políticas públicas pelo controlador (a partir do momento em que se passa a exercer o controle, sem preocupação com propósitos e finalidades, bem como com resultados, o controlador acaba por se apropriar da pauta de políticas públicas que se intenciona implementar); 3) o deslocamento da discricionariedade (se o controle é exercido pelo controle e o controlador captura as políticas públicas, a discricionariedade do administrador público passa a ser substituída pela opção discricionária do controlador)”.³⁶

A despeito dos problemas identificados na atual configuração do controle, foi preciso viabilizar o seu exercício sobre a atuação administrativa no cenário inaugurado pela

³⁵ NETO, Floriano de Azevedo Marques e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-22.

³⁶ ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2016, p. 13-17.

Constituição Federal de 1988. Não era mais suficiente respaldar as decisões tomadas em simples artigos de lei, já que o seu conteúdo era cada vez mais indeterminado. Passou-se, então, a exigir que a Administração Pública atuasse de forma transparente, dialética e racional – em consonância com os novos paradigmas constitucionais –, sem deixar margem de dúvidas acerca da lisura dos procedimentos e dos motivos que levaram à tomada de determinadas decisões.

Essa transparência permitiria tanto a obtenção de informações de interesse dos administrados em prazos razoáveis, o que garantiria o controle social da atividade administrativa, quanto exigiria da Administração Pública uma atuação voltada à comunicação de seus atos, de sorte que os administrados ficassem efetivamente informados sobre eles.

Isso também contribuiria para a mitigação do tradicional desconforto existente nas relações estabelecidas entre o público e o privado, os quais ficariam resguardados de eventuais questionamentos acerca da lisura da tomada de decisões nesse novo contexto de participação social ao longo da confecção de atos administrativos.

Como antecipado, foi nesse contexto que a processualização da tomada de decisões ganhou importância como mecanismo de controle, pois o encadeamento de atos que formam um determinado ato administrativo permite o controle sobre a racionalidade dessas decisões. O processo permite a conjugação da análise acerca da aderência à legalidade, às particularidades do caso concreto e aos resultados que se pretende produzir com a formação desse ato administrativo.

Esse caminho foi indistintamente tomado por diversos segmentos de normas de direito administrativo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inclusive pelas normas sobre contratações públicas, que tiveram grande preocupação com o procedimento a ser adotado pela Administração Pública para contratar parceiros privados em todo esse período.

Tanto é assim que a Lei nº 8.666/1993 tem, na licitação, que é simplesmente um *iter* que leva à celebração de um contrato público, uma de suas maiores preocupações. A Lei Federal nº 14.133/2021 foi ainda mais cuidadosa com o tema, pois, além do capítulo dedicado às licitações, criou um capítulo extra para tratar do planejamento das contratações públicas (“Capítulo II – Da fase preparatória”), a primeira das etapas dos procedimentos licitatórios, que se tornou também um princípio.³⁷

³⁷ BRASIL. Lei nº 14.133... op. cit., 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

Essa medida, a propósito, foi um avanço da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos em relação aos ditames da Lei nº 8.666/1993, pois visa à estruturação de uma das fases mais importantes das contratações públicas, que é aquela em que se define o objeto, a modelagem jurídica do certame e as demais condições do contrato.

A Lei Federal nº 14.133/2021 passou a exigir não só o planejamento de cada uma das contratações públicas a serem realizadas, como também estabelece o dever de boa governança da atividade de contratar.³⁸ Como esclarece a parte final do parágrafo único do art. 11 da referida lei, o legislador adotou a medida com o objetivo de “promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

Como a Lei nº 8.666/1993 não deu o devido destaque ao tema, essa fase era constantemente negligenciada pelos órgãos e entidades licitantes que, frequentemente, se valiam do sistema de prerrogativas exorbitantes conferidos à Administração Pública para readequar os contratos firmados às suas reais necessidades, causando impacto à eficiência de suas contratações públicas e aos contratos decorrentes delas.

Há que se destacar, contudo, uma nítida diferença no tratamento dado ao tema da processualização das decisões administrativas pelos demais segmentos do Direito Administrativo e pelas normas atualmente vigentes sobre contratações públicas: é que, nestas últimas, há um elevado nível de detalhamento e de rigidez das normas sobre o tema, o que costuma tornar o procedimento licitatório mais burocrático e inflexível, nem sempre aderente às necessidades imediatas da Administração Pública.

Por todo o exposto até aqui, é possível perceber que a processualização das decisões administrativas é fundamental nos tempos atuais, mas é importante que o processo ou o procedimento administrativo sejam customizáveis em alguma medida, de sorte que eles não

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)”.

³⁸ BRASIL. Lei nº 14.133... op. cit., art. 11º, parágrafo único: “A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

comprometam a dinâmica que se precise imprimir em determinada atividade administrativa para bem atender um determinado caso concreto.

Como antecipado, a inflexibilidade das normas procedimentais de contratações públicas, aliada ao regime de prerrogativas exorbitantes estabelecido pelos regimes jurídicos das Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021, geram consequências nocivas à eficiência das contratações públicas e à efetividade controle.

Este último ocorre porque essas características permitem que os gestores públicos tomem decisões ancorados pela letra da lei, atuando como verdadeiros “gestores boca da lei”, mas que, posteriormente, se valham das referidas prerrogativas para adequar o escopo do contrato àquilo que originalmente intencionavam.

Em razão disso, essas leis funcionariam como verdadeiras “cortinas de fumaça” para um controle que se pretenda efetivo, pois o agente controlador não consegue saber o motivo que fez um gestor público verdadeiramente agir em primeiro lugar, se ele deixar de exercer o efetivo ônus de motivar a sua decisão e, em vez disso, simplesmente citar um determinado artigo de lei, e, posteriormente, alterar unilateralmente a referida decisão para atender a um suposto juízo de conveniência e oportunidade.

O tema será retomado em capítulo próprio, mas importa destacar, desde já, que também a efetividade do sistema de controle tem sido comprometida por esse regime jurídico de licitações altamente legalizado, que foi instituído tanto pela Lei nº 8.666/1993 quanto pela Lei nº 14.133/2021 e que causa uma espécie de “cegueira” nos agentes controladores.

1.3. O RECONHECIMENTO DESSE CONTEXTO PELO DIREITO POSITIVO E A PROMULGAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 13.655/2018

Todos esses efeitos da promulgação da Constituição Federal de 1988 têm sido observados ao longo dos anos de sua vigência. À medida em que se tornavam evidentes, passaram a ocupar a atenção dos doutrinadores e a repercutir no acervo jurídico-normativo nacional de diversas áreas. À medida que impactavam o Direito Administrativo, influenciaram também as decisões proferidas pela Administração Pública e pelos diferentes órgãos de controle.

Apenas exemplificativamente, é possível citar a promulgação de diversas leis que reconheceram a mudança do paradigma da autoridade pública para o da consensualidade no

exercício das atividades administrativas. A Lei Federal nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que tratou da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, autorizou que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrasse acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática desses atos lesivos contra a Administração Pública, desde que atendidos alguns requisitos ali previstos.

Dois anos mais tarde, foi promulgada a Lei Federal nº 13.105/2015 (“Novo Código de Processo Civil”), que trouxe a solução consensual de conflitos como uma de suas diretrizes e expressamente dispôs sobre sua aplicação subsidiária aos procedimentos especiais, dentre os quais estaria o da Lei Federal nº 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa” ou LIA). Na sequência, foi também promulgada a Lei Federal nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”), que previa o instituto da mediação como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Todas essas leis, por estimularem a consensualidade na solução de controvérsias administrativas, passaram a ser utilizadas como fundamento para celebração de acordos com a Administração Pública, inclusive em matéria de improbidade administrativa, quando ainda havia vedação nesse sentido na Lei Federal nº 8.429/1992, pois havia uma forte corrente que sustentava que essa vedação havia sido tacitamente revogada por todas essas normas autorizativas que lhe sucederam.

Para sanar de vez a polêmica, mais recentemente a Lei Federal nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”)³⁹ inseriu previsão na LIA para passar a admitir expressamente os referidos acordos, que vieram a ser regulamentados posteriormente, somente a partir da promulgação da Lei Federal nº 14.230/2021,⁴⁰ que conferiu uma nova redação à LIA e finalmente disciplinou a sistemática de celebração dos acordos de não persecução cível.

Todas essas normas refletem a consensualidade administrativa, mas elas não cuidavam de consolidar todas as ideias decorrentes da mudança de paradigma inaugurado com a Constituição de 1988 de forma sistemática, de sorte que esse novo cenário se tornasse uma referência interpretativa, para, então, ser aplicado ao direito administrativo indistintamente.

³⁹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 24 dez. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021.

Por isso, teve muito relevo uma norma promulgada entre todas as normas citadas acima: a Lei Federal nº 13.655/2018, que alterou a LINDB para nela inserir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

De acordo com a justificativa apresentada no Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, que deu origem à Lei Federal nº 13.655/2018, havia a necessidade de reforçar a segurança jurídica da aplicação das normas de Direito Administrativo, em vista de sua proliferação a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como de estabelecer novas balizas interpretativas, processuais e de controle para essa aplicação:

“Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. [...] O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

(...)

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal”.⁴¹

Nessa ocasião, o legislador da Lei Federal nº 13.655/2018 parece ter reconhecido a mudança de paradigma que havia ocorrido no Direito Administrativo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois positivou os efeitos desse novo contexto em uma norma que trata sobre a aplicação de normas – isto é, tornou a nova realidade em que estava inserido o Direito Administrativo uma referência interpretativa para todos os aplicadores de suas normas⁴².

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1630433024558&disposition=inline>> Acesso em: 12 fev.2023.

⁴² Vale destacar que, a esse altura, o §1º do art. 489 CPC/2015 já havia consignado que “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação,

As primeiras inclusões feitas pela Lei Federal nº 13.655/2018⁴³ impõem que as decisões das esferas administrativa, controladora e judicial não sejam fundamentadas em abstrações, sem que se considere as consequências práticas da decisão.

Ademais, exigem que a exposição de motivos demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face de possíveis alternativas. Trata-se de uma exigência de motivação efetiva das decisões, que, muitas vezes, ficavam resumidas à exposição de princípios jurídicos que pouco – ou nada – explicavam acerca da decisão tomada. Sobre esse tema, vale retomar as preciosas lições de Carlos Ari Sundfeld⁴⁴:

“O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o ônus da competência e o ônus do regulador.

Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de elementos especiais de ordem institucional que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (ônus da competência).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (ônus do regulador)”.

Com isso, evidencia-se novamente o relevante papel da processualidade das decisões, não só como um meio de controle sobre a atuação discricionária da Administração Pública, mas também como um meio de tornar o direito aplicado aderente à realidade que o circunscreve,

à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;(…)”

⁴³ BRASIL. Lei Federal nº 13.655... op. cit. Art. 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Art. 21: A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2ª tir., 2017, p. 206.

pois é, por meio do processo, que se pode aferir o cumprimento efetivo do dever de motivação dos julgadores, bem como a consistência dos motivos de fato e de direito que levaram a determinada decisão.

Em seguida, a consensualidade administrativa, que já era reconhecida por diversas outras normas, foi definitivamente consagrada. O art. 26 da LINDB passou a autorizar genericamente que a Administração Pública celebre compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, atendidos os diversos requisitos ali previstos.⁴⁵

Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi Palma ainda destacam que a natureza genérica desse permissivo garante que a celebração de compromisso prescindida da edição de qualquer lei ou regulamento específicos, de sorte que ele pode ser imediatamente aplicado a qualquer segmento do Direito Administrativo:

“O texto normativo, de certa forma, estrutura o que normas esparsas já tratam desde longa data, como se verá, sobre institutos que direcionam a Administração Pública à consensualidade administrativa, envolvendo a celebração de acordos substitutivos de sanção e demais compromissos de ajustamento de comportamento. Com efeito, a legislação anterior à LINDB, em situações variadas, já permite aquilo que a doutrina denomina de “acordo substitutivo (...)”
A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica”.⁴⁶

No art. 29 da LINDB⁴⁷, o legislador também cuidou de consagrar a participação social como uma diretriz a ser observada nas tomadas de decisões. Autorizou que a edição de

⁴⁵ BRASIL. Lei Federal nº 13.655... op. cit. Art. 26: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

⁴⁶ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Lei Federal nº 13.655... op. cit. Art. 29: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.
§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver”.

atos normativos por qualquer órgão ou Poder, salvo os de mera organização interna, pudessem ser precedidos de consulta pública para manifestação de interessados.

Por fim, o legislador ainda se mostrou preocupado com a aplicação coerente e sistemática das normas de direito administrativo e determinou, no art. 30 da LINDB⁴⁸, que as autoridades públicas atuem para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio da edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Todos esses são exemplos do reconhecimento do legislador do novo paradigma que passou a nortear o Direito Administrativo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A sua positivação foi relevante para indicar o viés interpretativo que deve ser dado à aplicação das normas dessa seara do direito, inclusive pelas normas sobre contratações públicas, pois isso produz efeitos em larga escala, que passarão a ser analisados a seguir.

1.4. EFEITOS DA POSITIVAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS INAUGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.4.1. Aumento: (i) da efetividade do controle; (ii) da legitimidade das decisões; (iii) estabilidade das relações jurídicas; e (iv) de eficiência das decisões administrativas

Conforme apontado acima, a LINDB positivou valores que foram consolidados no Direito Administrativo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 para a melhor aplicação de seus mandamentos. Essa positivação não se deu somente para consagrar esses valores no direito positivo, mas para dar o devido destaque à matéria, tornando-a um viés interpretativo do Direito Administrativo, porque a sua aplicação tem grande utilidade no aprimoramento da prática administrativa e, sobretudo, na efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Carlos Ari Sundfeld, um dos idealizadores da Lei Federal nº 13.655/2018, se manifestou sobre os resultados que são esperados a partir da inclusão de novos dispositivos na LINDB:

⁴⁸ BRASIL. Lei Federal nº 13.655... op. cit. Art. 30: “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

“A LINDB renovada é uma lei que, ao mesmo tempo, preserva as conquistas do controle público e ajuda no indispensável equilíbrio das relações internas do estado e das relações deste com a sociedade. A aposta é esta: que equilíbrio, moderação e inovação possam incentivar nosso desenvolvimento institucional.

As novas normas da LINDB são uma espécie de guia geral para a tomada de decisões na esfera pública. Esse guia tem de valer para a administração pública e também para quem a controla. A paridade é necessária. (...)

Um problema é que as atividades de governo e de regulação foram sequestradas pela pura retórica jurídica. Na administração, no Judiciário, no ministério público e nos tribunais de contas, há um tipo de direito muito voluntarista sendo praticado. A nova LINDB quer reverter essa tendência.

O foco das novas regras é impedir arbitrariedades do estado em situações como construção de políticas públicas, solução de dúvidas de interpretação, invalidade de atos importantes e responsabilização de agentes públicos⁴⁹.

Com efeito, o dever de motivar adequadamente as decisões exigido pelo art. 20 da LINDB contribui para aderência da decisão proferida ao caso concreto e para que o controle sobre a atuação administrativa seja mais efetivo. Isso porque a exigência permite o conhecimento preciso do racional que fundamentou a confecção de determinado ato administrativo, de modo que se possa eventualmente questioná-lo.

Esse mecanismo prestigia o sistema de freios e contrapesos pensado pelo constituinte, assim como o controle social sobre a atuação administrativa, dificultando a prolação de decisões arbitrárias, distantes dos ideais do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, o estímulo à participação social antes da tomada de decisão, consagrado pelo art. 29 da LINDB, confere mais legitimidade à decisão que vier a ser proferida pela autoridade pública, que tendencialmente será também mais eficiente. Isso porque, munida de mais elementos fáticos e técnicos, a Administração Pública tende a emitir decisões mais aprimoradas tecnicamente.

Os administrados, por sua vez, veem suas contribuições serem consideradas no entendimento final, o que tende a torná-los mais conformados com ele, ainda que esse entendimento não os beneficie. Nesse sentido, a participação dos administrados nas tomadas de decisão também traduz a garantia fundamental do devido processo legal, que se desdobra nos princípios do contraditório e da ampla defesa – todos assegurados constitucionalmente.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, vol. I, p. 36.

Por fim, a consensualidade administrativa contemplada no art. 26 da LINDB é um mecanismo que pode ter inúmeras finalidades, todas muito relevantes para o Direito Administrativo, pois confere estabilidade às relações jurídicas, redução de litigiosidade e eficiência na criação do direito. A consensualidade pode se prestar à substituição de sanções, à captação de recursos para a consecução das finalidades públicas, ao fomento de atividades de interesse público. Pode, também, ser um mecanismo de solução de conflitos, entre outras tantas formas de que pode se revestir. É, enfim, um importante meio para que a Administração Pública atinja suas finalidades.

Tudo isso demonstra a linha evolutiva do Direito Administrativo em geral desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Revestiu-se de valores aderentes aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente para lhes dar a devida aplicação. Esse caminho, entretanto, não foi rigorosamente seguido pelas normas regentes das contratações públicas do país, pelas razões que serão expostas em capítulo próprio.

É claro que essa distinção entre o caminho perseguido por esse segmento do Direito Administrativo leva ao inevitável questionamento sobre a aderência de suas normas aos paradigmas inaugurados pela Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, à efetivação dos direitos fundamentais ali consagrados.

A seguir, então, passa-se a analisar especificamente a linha evolutiva das normas de Direito Administrativo pertinentes às contratações públicas, para que se possa aferir se, a despeito de ter adotado um caminho próprio, essas normas conseguiram dar execução aos ditames constitucionais e refletir suficientemente os valores inaugurados pela Constituição Federal de 1988.

2. CAPÍTULO II – O caminho percorrido pelas normas sobre contratações públicas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988: o regime jurídico maximalista, uniforme e rígido da Lei nº 8.666/1993 e seus efeitos

Diferentemente do que ocorreu com as normas aplicáveis aos demais segmentos do Direito Administrativo, o legislador foi muito mais econômico com a discricionariedade administrativa em matéria de contratações públicas. Em vez de ampliar a margem de escolha dos gestores públicos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, optou por um modelo normativo altamente legalizado – maximalista –, uniforme e inflexível, que pretendia abranger a totalidade dos contratos administrativos da época⁵⁰.

Com efeito, a redação atual da Lei nº 8.666/1993 tem 126 artigos, que dispõem sobre diferentes aspectos do caminho a ser percorrido até que seja celebrado um contrato administrativo e, ainda, sobre a execução destes. A norma abrange aspectos de: (i) planejamento; (ii) procedimentos para contratação; (iii) requisitos para participar dos certames; (iv) julgamento das propostas ofertadas; (v) aspectos de formalização, de alteração e do conteúdo dos contratos celebrados; (vi) regime de execução desses contratos; e (vii) consequências para o seu descumprimento.

A abrangência de suas disposições sobre aspectos de contratação e de contratos foi tamanha, que fez muitos questionarem a competência da União para editar vários desses dispositivos⁵¹, tendo em vista que o art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988 atribuiu competência privativa da União para legislar somente sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades”.

A escolha pelo excesso de legalização e rigidez decorreu, em grande parte, da desconfiança que pairava sobre as relações público-privadas, que, no momento da promulgação da Lei nº 8.666/1993, estava muito inflamada em razão dos escândalos de corrupção que assolaram o governo Collor – e que também justificaram o rigor da redação original da Lei

⁵⁰ Vale registrar que a Lei nº 8.666/1993 foi bastante inspirada pelo Decreto-Lei 2.300/1986 e que, por isso, ela reproduziu diversas ideias que lhe foram anteriores e que não estiveram alinhadas com os paradigmas do tempo de sua edição.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 927-3 (MC)/RS. Relatoria do Min. Carlos Velloso. Julgado em 03 nov.1993, publicado em DJ 11 nov. 1994.

Federal nº 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”)⁵². Também é possível ponderar que um movimento de valorização normativa, próprio de um período de consolidação democrática, contribuiu para o estabelecimento de um modelo normativo que pretendia conter o arbítrio estatal.

Em dado momento, entretanto, esse modelo passou a se mostrar insuficiente para solucionar a totalidade das demandas administrativas da época e implicou a necessidade de afastamento das normas da Lei nº 8.666/1993, seja pela criação de novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, seja pela edição de novos diplomas normativos, que regeriam hipóteses específicas de contratações públicas – a exemplo da Lei Federal nº 8.987/1995 (“Lei de Concessões”)⁵³, do Regime Diferenciado de Contratações previsto na Lei Federal nº 12.462/2011, da Lei Federal nº 10.520/2002 (“Lei do Pregão”)⁵⁴ e da Lei Federal nº 11.079/2004 (“Lei de PPPs”)⁵⁵.

Isso demonstra que a opção do legislador por um modelo de lei pouco adaptável dificultava a atuação administrativa que, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser mais abrangente e mais complexa.

As leis sobre contratações públicas pretendiam reger todas as hipóteses de atuação administrativa, mas não se amoldavam adequadamente a todas as demandas apresentadas à Administração Pública, pois elas iam desde simples aquisições de bens e serviços comuns a complexas obras de engenharia e contratação de novas tecnologias e inovação.

Muitas vezes, as previsões da Lei nº 8.666/1993 não apresentavam alternativa para que os casos concretos fossem solucionados da maneira mais eficiente, pois eles costumavam ter particularidades que não foram previstas pelo legislador, a exemplo das grandes obras de infraestrutura que precisavam ser empreendidas em um curto espaço de tempo para recepcionar

⁵² BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992.

⁵³ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 18 jul. 2002.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

os eventos desportivos que levaram à edição do RDC ou das contratações que precisaram ser feitas em razão da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Ainda assim, a Administração Pública estava obrigada a tomar decisões com base nas opções disponíveis nessa lei, já que não havia liberdade de escolha para o agir administrativo – o que, é claro, impactava a qualidade das decisões tomadas nesse mister e a efetividade do controle sobre essas decisões.

Foi nesse contexto que esse modelo maximalista e inflexível da Lei nº 8.666/1993 ainda contribuiu para a já expressiva fragmentação das normas de direito administrativo, especificamente no âmbito de contratações públicas, na medida em que implicava a necessidade de edição de novas normas que buscassem suplantar suas amarras. O objetivo era oferecer novas alternativas à modelagem e execução dos contratos pela Administração Pública – ainda que isso não resolvesse totalmente os problemas que justificaram a edição desses diplomas normativos.

É que nem mesmo as leis específicas sobre contratações públicas que surgiram após a promulgação da Lei nº 8.666/1993 foram suficientes para facilitar esse trabalho de acomodação das demandas administrativas, pois elas eram interpretadas à luz do regime estabelecido pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos naquilo em que silenciavam e, além disso, suas lacunas geravam incertezas quanto à norma aplicável a determinada espécie contratual.

Como antecipado, essa fragmentação gera prejuízos à aplicação coerente e racional do ramo do direito sobre o qual recai, de modo que não é benéfica à aplicação sistemática das normas e, tanto quanto possível, deve ser evitada.

Em matéria de contratações públicas, esse tema se torna ainda mais sensível, na medida em que diversos entes públicos dispõem de competência para editar normas dessa natureza - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – o que dificulta, inclusive, o pleno conhecimento desse conjunto de normas, além de sua aplicação coerente.

A despeito das normas da Lei nº 8.666/1993 representarem verdadeiras amarras à dinâmica das contratações públicas e dos contratos administrativos delas decorrentes, com implicações práticas, a exemplo do constante comprometimento dos cronogramas de obras públicas, sempre houve uma resistência muito forte à alteração desse modelo, pois era como se o afastamento das normas da Lei nº 8.666/1993 representasse ele mesmo uma afronta à probidade.

Imaginava-se que diminuir o poder de decisão dos entes federativos que dispunham de competência concorrente para legislar sobre contratações públicas e da própria entidade administrativa contratante resguardaria as contratações públicas de práticas escusas, como corrupção ou direcionamento indevido dos certames.

A despeito disso, é curioso notar que os maiores escândalos de corrupção noticiados até a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021 – a exemplo dos que foram apurados sob a denominação de “Mensalão” e “Lava Jato” – ocorreram justamente sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, o que sugere que a justificativa dada para a manutenção de um modelo legislativo excessivamente legalizado e rígido não cumpria bem a sua finalidade.

Mais do que isso: como demonstrou André Janjácómo Rosilho, a influência exercida por determinados grupos de interesse na edição da Lei nº 8.666/1993 fez com que as suas próprias normas privilegiassem esses segmentos mercadológicos:

“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 o interesse 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, em verdade, 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 8.666/1993 trabalha em favor das empreiteiras emergentes.

Desse modo, para que as licitações fossem dirigidas, bastaria que a administração e os licitantes seguissem à risca as regras legais. Afinal de contas, a Lei nº 8.666/1993 funciona como uma espécie de dado viciado que, quando lançado, tende a sempre apontar para cima a mesma face: aquela que privilegia os grupos de interesses que foram capazes de capturar a Lei Geral de Licitações e Contratos”.⁵⁶

Portanto, a própria Lei nº 8.666/1993 foi enviesada desde a sua origem e, diferentemente do que se costuma imaginar, ela mesma deixou de prestigiar a absoluta impessoalidade de tratamento dos administrados, em razão do tratamento privilegiado que deu aos segmentos sociais que conseguiram influir em seu processo de elaboração.

Isso demonstra que a premissa que justificou a opção pela intensa legalização e rigidez de suas normas não era precisa e que era mais baseada em uma inércia e em uma sensação

⁵⁶ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitações no Brasil**. São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 15-16.

vivida no momento de sua promulgação do que propriamente amparada por algum elemento técnico sólido.

Inclusive porque também não se tem notícia do exercício de qualquer forma de controle – prévio ou posterior – sobre a efetividade dessa opção legislativa no combate à corrupção do país, o que não coaduna com o estabelecimento de uma política pública que se pretenda efetiva. Por outro lado, há, sim, notícias de que a opção legislativa trouxe diversos efeitos nocivos à eficiência das contratações públicas.

Como será demonstrado adiante – e somente a título exemplificativo do comprometimento da eficiência das contratações públicas – há diversos casos identificados na prática administrativa em que a falta de planejamento ou o planejamento ruim da entidade contratante veio a ser corrigido na fase de execução do contrato, em razão da prerrogativa exorbitante, conferida Administração Pública, para alterar unilateralmente os contratos administrativos⁵⁷. Prerrogativa esta que, inclusive, obriga os particulares a suportarem acréscimos e supressões de até 25% do objeto contratual nos casos de obras, serviços ou compras, sob as mesmas condições originalmente pactuadas, por força do disposto no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.⁵⁸ No caso de reforma em edifício ou de equipamento, esse percentual sobe para 50% do objeto do contrato.

Esse dispositivo, que foi incorporado pela Lei Federal nº 14.133/2021,⁵⁹ merece destaque por evidenciar como as normas que integram o regime jurídico de contratações públicas se distanciam, em grande parte, do novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.666... op. cit. Art. 58: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8.666... op. cit. Art. 65, § 1º: “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

⁵⁹ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 125: “Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)”.

Essa e todas as outras disposições que conferem à Administração Pública uma posição de supremacia nos contratos administrativos têm sido justificadas pela necessidade de fazer valer o interesse público que justificou uma determinada contratação. Ocorre que, conferida genericamente à Administração Pública, em qualquer contrato administrativo que firme, essa previsão legal desprestigia a necessidade de quantificar precisamente o objeto a ser contratado por meio de um planejamento sólido, já que se sabe, *a priori*, que esse objeto pode ser acrescido ou suprimido em até 1/4 ou 1/2 da quantidade inicialmente estimada, sem qualquer consequência clara para o mau planejador.

Ademais, o particular que pretende contratar com a Administração Pública, sabendo aprioristicamente que o objeto do contrato pode sofrer alterações dessa grandeza, sem qualquer alteração nas condições originalmente pactuadas, considerará esse e outros riscos decorrentes da presença da Administração Pública no contrato na proposta econômica que será ofertada a ela. Isso provavelmente a torna mais cara do que a proposta econômica que poderia ser ofertada na ausência dessa previsão legal ou do que a que é praticada com quaisquer particulares, pois, nesses casos, é menor o risco de rompimento das condições pactuadas originalmente.

Esse é um exemplo simples de como a opção legislativa por um modelo excessivamente legalizado, que oferece um tratamento jurídico unificado e rígido às contratações públicas, mas possibilita o indistinto direito à quebra da previsibilidade contratual, pode levar ao comprometimento da eficiência dessas contratações e desses contratos, que deixam de ter o menor custo que poderiam ter.

Alternativamente a ele, seria possível cogitar um regime jurídico em que a necessidade de alteração do quantitativo do contrato seja aferida caso a caso, conforme a necessidade, e que os efeitos dessa alteração sejam efetivamente considerados na execução do contrato, com a correta remuneração dos particulares pelos custos que incorrerem.

Até porque, não parece haver qualquer motivo juridicamente relevante – mas somente uma tentativa de sobrepor os interesses secundários da Administração Pública aos interesses do contratado – para a manutenção das condições originalmente pactuadas nesses casos, especialmente quando implicações práticas do mercado ou conceitos de economia de escala, por exemplo, podem justificadamente alterar essas condições.

Nesse sentido, parece ser possível afirmar que esse modelo jurídico, além de comprometer a eficiência das contratações públicas por não atender adequadamente a totalidade

das demandas concretas da Administração Pública, não se coaduna com os novos paradigmas do Direito Administrativo, inaugurados pela Constituição Federal de 1988, pois ele se mostra autoritário, já que prioriza, de forma apriorística e injustificada, os interesses administrativos em detrimento do interesse dos particulares contratados.

Para que essas disposições satisfizessem um interesse público que justifica determina contratação – o interesse primário da Administração Pública –, elas poderiam ser exercidas somente em função do objeto do contrato, segundo uma necessidade concretamente aferida e justificada, não precisariam ser conferidas como um poder próprio da Administração Pública, e que pudesse ser exercido em qualquer contrato administrativo do qual ela faça parte.

Portanto, esse modelo parece distanciar a atividade contratual administrativa dos objetivos constitucionais e, sobretudo, do próprio objetivo de contenção do poder extroverso que moveu o Direito Administrativo desde a sua origem. Não por outra razão, Floriano de Azevedo Marques Neto já se manifestou contrariamente ao modelo da Lei nº 8.666/1993, categorizando-o como “a maldição do regime jurídico único”:

“Tal unicidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados. Pois bem. Tal maldição recai também sobre os contratos administrativos. Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o Poder Público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada das obras de engenharia, molde das disposições da Lei nº 8.666/1993 (...) E nem se diga que existem já na legislação aberturas para regimes legais diferenciados, como as concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995), os contratos de gestão com as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) ou as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004). Tal refutação não calha, seja porque tais leis não contemplam um regime específico completo para esses contratos, contendo lacunas; seja porque a doutrina sempre procurará interpretar as disposições específicas previstas para esses contratos a partir do regime jurídico geral, como se a Lei nº 8.666/1993 tivesse uma prevalência (como regime geral dos contratos administrativos) ou, então, como se ela servisse de pauta hermenêutica para interpretar o regime especial”.⁶⁰

Para que se tenha ainda mais clareza sobre as impropriedades do modelo jurídico atual, é preciso resgatar a origem dos contratos administrativos na França e a interpretação que foi dada a esse instituto no Brasil, além de compreender o caráter absolutamente heterogêneo de que se revestem.

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo,, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 78.

Esses pontos são essenciais para explicar a dificuldade de aderência entre os fatos e as normas de contratações públicas atualmente vigentes, tanto pela distorção na aceção dos contratos administrativos que é dada pelos doutrinadores e aplicadores do direito no Brasil, quanto pela diferença de estrutura e de finalidades entres os diversos módulos convencionais que podem ser celebrados pela Administração Pública.

2.1. A ORIGEM DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A INTERPRETAÇÃO DADA AO INSTITUTO NO BRASIL

Em sua concepção original, o objeto dos contratos firmados pela Administração Pública que envolviam a prestação de serviços públicos deveriam ter um objeto mutável, para que fosse mantida a atualidade e adequação desses serviços. Entretanto, essa mutabilidade não decorreria das normas contratuais ou da mera participação da Administração Pública nesses contratos, mas de um comando legislativo. O contrato mudava apenas de forma reflexa para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.⁶¹

No Brasil, entretanto, o contrato administrativo tem sido classicamente compreendido como aqueles que são firmados pela Administração Pública, sob um regime jurídico de direito público, que atribui à entidade administrativa, prerrogativas exorbitantes, na linha do que preconiza a Lei nº 8.666/1993. Em contrapartida a essas prerrogativas, confere-se aos administrados o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.

Em nome dos doutrinadores clássicos, é possível citar o conceito de contrato administrativo abordado por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. É a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o

⁶¹ ALMEIDA, Fernando Dias de Almeida. Contrato Administrativo no Brasil – Aspectos Críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Público – RCP**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, mar./ago. 2012.

seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade”.⁶²

Há, portanto, uma mudança do sentido original conferido a essa modalidade contratual. Originalmente, as prerrogativas exorbitantes da Administração Pública se dão em função da natureza contratual e são exercidas casuisticamente, ao passo que, no Brasil, compreendeu-se que as prerrogativas exorbitantes são inerentes aos contratos de direito administrativo, o que os torna aprioristicamente mutáveis, já que as prerrogativas exorbitantes conferidas à Administração Pública podem ser usadas indistintamente, a bem de determinado interesse público.

Essa distinção foi identificada por Fernando Dias de Almeida Menezes, que, ademais, apontou os efeitos da distorção de sentido dada aos contratos administrativos no Brasil:

“(...)tem como desdobramento, por exemplo, a perda de sentido relevante na distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração, na medida em que a própria lei nº 8.666/1993, art. 62, §3º, afirma que se aplicam, no que couber, as normas nela contidas, referentes às prerrogativas especiais da Administração, aos contratos “cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado” – uma contradição em termos, pois, ou bem não cabem prerrogativas autoexecutórias da Administração, ou bem não se trata de contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado. Incluído na observação acima está o fato mais grave, qual seja, a perda de utilidade da grande virtude do contrato como técnica de produção normativa: a de permitir às partes, valendo-se do princípio da autonomia, estabelecerem as normas às quais estarão submetidas em determinada relação jurídica”.⁶³

Essa mudança de acepção dos contratos administrativos confere à Administração Pública um poder irrestrito de alteração ou de rescisão unilateral desses negócios jurídicos. Tal fato traz implicações práticas ao contrato enquanto fonte de produção normativa e ao comportamento das partes contratantes, que, por vezes, se valem dessa circunstância para adaptarem o procedimento de contratação, distanciando-se, assim, dos objetivos inicialmente pretendidos pelo legislador.

Frise-se que a crítica tecida por esses autores – e compartilhada neste trabalho – sobre os malefícios desse regime jurídico especial não diz respeito ao exercício do poder extroverso e à conferência de prerrogativas autoexecutórias à Administração Pública em si mesmas, mas à sua utilização de forma ampla e irrestrita no âmbito dos negócios firmados pelas entidades

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 254.

⁶³ ALMEIDA, Contrato... op. cit.

administrativas sob a égide da Lei nº 8.666/1993 e demais normas que são regidas subsidiariamente por esta última.

Não se deixa de reconhecer que essas prerrogativas podem, sim, ser úteis para que determinado interesse público se faça alcançar, mas a sua utilização pode se dar com mais cautela, somente quando se mostrar necessária, de modo que isso não represente um poder genérico de alteração ou de rescisão dos contratos administrativos, muito menos que se possa impor aos particulares, de forma injustificada, ônus ou perdas anormais ou excessivos, como, inclusive, é vedado pela LINDB.

Sobre isso, vale novamente resgatar as lições de Fernando Dias de Almeida Menezes⁶⁴:

“(…) a doutrina, tradicionalmente, ao dedicar-se ao estudo do contrato administrativo, se, de um lado, admite que pertença ao gênero “contrato”, ainda prende-se excessivamente à ideia de que constitui uma espécie caracterizada pela sujeição a um regime especial, de “Direito Público”.

Tal regime traz como característica fundamental a previsão de certas prerrogativas exclusivas da Administração Pública enquanto parte contratante, ditas, portanto, “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem o que seria normal em termos de Direito privado, em que vigora a noção essencial de igualdade jurídica das partes.

(…) Além de serem questionáveis os fundamentos teóricos dessa distinção de regimes aplicáveis à Administração e aos particulares enquanto partes contratantes, também é questionável se tais instrumentos são aptos a garantirem o atendimento do interesse público.

Ao invés, vislumbro-os facilmente como instrumentos de estímulo à ineficiência da Administração, muitas vezes acomodada, por exemplo, na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos; de legitimação de práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com o nosso tempo, e mesmo de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução dos contratos.

Todavia, posto que o Direito positivo brasileiro acolheu as tais cláusulas exorbitantes, caracterizadoras de um regime especial dos contratos administrativos (cf. item 5), é preciso interpretá-las de modo coerente com o atual contexto constitucional, de um Estado que se pretende democrático e de Direito.

Assim, parece-me fundamental que a diretriz seja a de uma interpretação restritiva de seu alcance, tendo-se consciência de que: a) as cláusulas exorbitantes não decorrem do reconhecimento de um valor, nem de um poder, específicos da Administração, em si superiores aos dos indivíduos; mas sim da necessidade de que a Administração adequadamente desempenhe sua função social, prestando os serviços públicos (aqui tomados em sentido amplo); e b) não existe um conflito, em tese, entre interesse público e interesse particular. Assim, é interesse do Direito e da sociedade, antes de ser interesse público (conforme o vislumbre a Administração) ou interesse particular, que um contrato administrativo seja bem sucedido; que o contratado consiga cumpri-lo eficientemente, obtendo seu lucro; que seu objeto seja adequadamente oferecido à população; enfim, que chegue a bom termo, cumprindo-se o pactuado”.

⁶⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos Administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coords.). **Contratos Administrativos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 196-197.

Portanto, são diversos os problemas causados pelo regime jurídico de contratações públicas atualmente vigente, que passam por aspectos como o preço tendencialmente mais alto oferecido pelos particulares que pretendem contratar com a Administração Pública, pelo desincentivo a um planejamento adequado das entidades contratantes e pela postura autoritária – e, por isso, pouco pacificadora – da Administração Pública em relação aos contratados.

É possível afirmar, então, que o referido modelo jurídico implica a ineficiência dos contratos firmados pela Administração Pública na medida em que, por diversos vieses, compromete os benefícios que poderiam ser auferidos desses negócios jurídicos, gerando, por vezes, custos adicionais às entidades contratantes para corrigir essa ineficiência.

O comprometimento do potencial jurídico dos contratos administrativos fica também evidente pelas possibilidades de desvios que podem ser perpetradas a partir desse modelo legislativo – o que certamente surpreenderia o legislador que pensou o regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 como aquele que poderia, de alguma forma, evitar práticas escusas.

Como será demonstrado no capítulo a seguir, há significativos exemplos de investigações que recaíram sobre o subdimensionamento de preços pelo particular que pretendia vencer certames do tipo menor preço, respaldado em acordo com a entidade contratante, que se comprometeria a recompor os preços ofertados, que, por sua vez, jamais chegavam a ser praticados.

A verdade é que nenhuma norma é, em si, suficiente para barrar as negociatas – nem mesmo a Lei nº 8.666/1993 –, inclusive porque a solução desse problema não está circunscrita ao mundo jurídico. Com essa ideia, parece concordar Carlos Ari Sunfeld ao asseverar que: “Formalismo algum é capaz, sozinho, de combater corrupção. Por trás dos cliques, da obsessão com a pura forma, é que talvez se consigam esconder mais facilmente as grandes manipulações, as fraudes sistêmicas”⁶⁵.

Justamente por isso, esse não pode ser um argumento para a manutenção de um modelo normativo que não permite que a administração exerça seus misteres de forma eficiente, muito menos no contexto inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que demanda que a Administração Pública atue em vista da concretização dos direitos e garantias fundamentais, o que é, em grande medida, feito por meio da celebração de contratos.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Renovação... op. cit., p. 37.

Esses contratos precisam ser eficientes para que esse objetivo seja atingido e, para serem eficientes, precisam ser aderentes às particularidades de seus objetos. Por isso, não se pode admitir que a lei crie verdadeiros entraves à consecução dos objetivos contratuais da Administração Pública, mormente quando esses entraves não têm justificativa técnica relevante para existirem.

É muito difícil imaginar como um único e engessado regime jurídico de contratações públicas poderia ser suficiente para, sozinho, atender às demandas gerais da Administração Pública com eficiência, que, com atuação tão abrangente, precisa celebrar negócios jurídicos das mais diversas matizes, para que seja possível atender satisfatoriamente aos comandos constitucionais e legislativos.

Não por outra razão, houve a já mencionada fuga das amarras da Lei nº 8.666/1993 durante a sua vigência, para que, assim, fosse possível compatibilizar as demandas apresentadas ao Poder Público com o direito posto – o que, reitera-se, implicou o aprofundamento da fragmentação das normas desse segmento do Direito Administrativo e da dificuldade de aplicar racionalmente as normas atinentes às contratações públicas.

Nesse contexto, importa apresentar os diversos módulos contratuais que são comumente firmados pelas entidades administrativas para que, assim, seja possível perceber como são distintos em estruturas e em objetivos e como isso torna absolutamente insuficiente o tratamento jurídico homogêneo que lhes tem sido empregado nos últimos anos.

Vale registrar, somente, que o rol que será estudado a seguir é meramente exemplificativo, especialmente a partir da disposição do art. 26 da LINDB, que conferiu autorização genérica para a celebração de compromissos jurídicos de qualquer ordem pela Administração Pública, de modo que atualmente seria impossível delinear todos as hipóteses existentes.

2.2. O CARÁTER HETEROGÊNEO DOS MÓDULOS CONTRATUAIS

Como antecipado, a ampliação do escopo da atividade administrativa a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988 exigiu que o Poder Público se ramificasse significativamente para cumprir com todas as atividades prestacionais que lhe foram atribuídas. Nesse ínterim, o exercício da atividade administrativa passou a compreender diversos campos

de atuação, tais como o planejamento, a elaboração de normas, a imposição de limitações administrativas – classicamente denominada de “poder de polícia” –, a atividade de fomento, etc.

Para que cumprisse adequadamente uma parte dessas atividades – aquelas que poderiam ser objeto de delegação –, a Administração passou a contratualizar suas relações com particulares que, com frequência, dispunham dos recursos necessários à sua execução. Por serem muito distintas entre si as atividades administrativas a serem desenvolvidas, os contratos administrativos que passaram a ser firmados pela Administração Pública tinham objetivos também distintos e, por isso, demandavam estruturas diversas, que pudessem comportar adequadamente a finalidade de cada um deles.

Sem a pretensão de esgotar o tema, pois isso representaria um significativo desvio dos objetivos desta pesquisa, é possível exemplificar a explanação acima com uma breve comparação: nos módulos convencionais de cooperação, cujas principais modalidades serão sintetizadas a seguir, há uma finalidade comum aos contratantes e um elevado grau de consensualidade entre as partes. Nesses aspectos, portanto, são diferentes dos módulos convencionais de concessão, que contêm finalidades contrapostas dos contratantes, e dos módulos convencionais de substituição de decisão administrativa unilateral, que contam com baixo grau de consensualidade entre as partes.

Para que se tenha a real dimensão das diversas espécies contratuais que podem ser firmados pelas mais diversas entidades administrativas, e de como elas são heterogêneas entre si, é possível adotar, como referencial teórico, o valioso estudo realizado por Fernando Dias Menezes de Almeida⁶⁶, que esboçou um quadro com rol exemplificativo dos principais módulos convencionais que têm a Administração como parte e que seriam necessários para a criação de novas situações jurídicas.

Repise-se: a partir da disposição do art. 26 da LINDB, que conferiu autorização genérica para a celebração de compromissos jurídicos pela Administração Pública, esse rol tende a ser diuturnamente ampliado, com ampliações ainda maiores da heterogeneidade do tratamento entre eles. Ainda assim, vale registrar os principais módulos convencionais de que se vale a Administração Pública para que possa exercer suas múltiplas atividades:

⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 239-241; 261; 284.

Quadro 1 – Módulos convencionais da Administração Pública

Módulos convencionais de cooperação	Convênio (em sentido amplo) a que se refere a Lei nº 8.666/1993, tratado em conjunto com “acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres”.
	Consórcio administrativo.
	Contrato de repasse do Decreto Federal nº 6.170/2007.
	Convênio de Cooperação do art. 241 da Constituição Federal de 1988.
	Contrato de Gestão, celebrado com as Organizações Sociais (“OSs”), nos termos Lei Federal nº 9.637/1998.
	Termo de parceria, celebrado com as organizações da sociedade civil de interesse público (“OSCIPs”), nos termos da Lei Federal nº 9.790/1999.
	Consórcio Público da Lei Federal nº 11.107/2005, bem como seu acessório contrato de rateio.
	Contrato de Programa, previsto na Lei Federal nº 11.107/2005.
	Sociedade e Associação de que o Estado participe.
Módulos convencionais de concessão	Outras figuras, tipificadas em lei ou sem tipificação específica, cujo sentido geral seja de fomento das atividades privadas.
	A concessão de serviços públicos, precedida ou não da execução de obras públicas, prevista na Lei Federal nº 8.987/1995.
	A permissão de serviços públicos, tratada como contrato pela Lei Federal nº 8.987/1995.
	A concessão patrocinada prevista na Lei Federal nº 11.079/2004.
A concessão administrativa também prevista na Lei Federal nº 11.079/2004.	

	A concessão urbanística, prevista em certas leis municipais.
	A concessão de uso ou de exploração de bem público, em seu sentido genérico ou em aplicações específicas.
Módulos convencionais instrumentais	Contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações, a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.666/1993.
	Contratos previstos em leis especiais que disponham sobre gestão de bens públicos, como é o caso do arrendamento, da enfiteuse ou da superfície.
	Os contratos que o art. 62, §3º, I da Lei nº 8.666/1993 diz terem seu conteúdo regido predominantemente por norma de direito privado, como o seguro, financiamento e a locação em que o Poder Público seja locatário.
	Os contratos em que a Administração atua prestando serviços que caracterizem atividades econômicas em sentido estrito.
	Os contratos em que a Administração atua prestando serviços que caracterizem atividades econômicas em sentido estrito.
	Os contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público, mencionados no art. 62, §3º, II da Lei nº 8.666/1993.
	O contrato de trabalho, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”).
Módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral	Acordo extrajudicial para a realização de desapropriação, nos termos do art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41.
	Termos de Ajustamento de Conduta (“TAC”) ou figuras similares, com órgãos da Administração, no âmbito de processos administrativos, ou seja, não jurisdicionais.
	Compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, conforme art. 5º, §6º da Lei Federal nº 7.347/1985 (“Lei da Ação Civil Pública”).
	Compromisso de cessação de conduta da Lei Federal nº 8.884/1993, que trata de matéria de defesa da concorrência.

	Acordos de improbidade administrativa, que passou a ser expressamente autorizado a partir do Pacote Anticrime.
	Acordos substitutivos de decisão punitiva em processos administrativos disciplinares, como, por exemplo, a suspensão do processo administrativo (“SUSPAD”) da Lei do Município de Belo Horizonte nº 9.310/2006
	Módulos convencionais de processos administrativos em que o resultado seja uma autorização, uma licença ou outra figura que implique exercício de poder de polícia.

Fonte: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 239-241; 261; 284.

Esse rol é suficiente para demonstrar que, de fato, são diversas as possibilidades de arranjos contratuais a serem celebrados pela Administração Pública, de naturezas muito diversas entre si, e que comportam tantas peculiaridades quantas se possa imaginar. Por essa razão, parece extremamente dificultosa a manutenção de um único regime jurídico que, excessivamente legalizado e rígido, consiga acomodar adequadamente todos esses módulos.

Ademais, como Fernando Dias Menezes de Almeida bem identificou em sua obra, há uma enorme dificuldade de sistematização dos módulos convencionais que podem ser firmados pela Administração Pública, pois diversos deles se encontram em leis esparsas e, por vezes, não são regidos por uma regra geral, que lhes dê contornos básicos.

Há casos em que essas figuras se aproximam demasiadamente – a exemplo dos Contratos de Gestão que podem ser firmados com OSs e os Termos de Parceria que podem ser firmados com OSCIPs –, o que parece tornar desnecessária a existência de duas leis com regimes jurídicos tão similares. Há outros casos que não dispõem de uma previsão legal clara, tal qual ocorre com os módulos convencionais de processos administrativos em que o resultado seja uma autorização, uma licença ou outra figura que implique exercício de poder de polícia.

Esse cenário um tanto quanto caótico da legislação sobre contratações públicas decorre justamente de sua ampla fragmentação e desordem, justificado, em grande parte, pelo movimento de fuga do regime jurídico instituído pela Lei nº 8.666/1993 e por um déficit

informativa sobre essas normas⁶⁷. Esse relativo caos dificulta demasiadamente o conhecimento, a sistematização do tema, a aplicação coerente e eficiente dessas normas e, inclusive, o controle sobre essa aplicação – já que é difícil até mesmo ter conhecimento da totalidade delas.

Sobre o tema, asseverou Vera Monteiro: “A fragmentação e a inflação legislativa desordenada em matéria de contratos públicos que sobreveio no Brasil é um grave problema. Ela gera disfuncionalidade do controle e problema de operação do sistema. É um modelo que serve mais a interesses, e, talvez, a uma ideologia, do que à formação de um repertório sobre contratos e suas melhores práticas”⁶⁸.

A Lei Federal nº 13.979⁶⁹, com redação dada pela Lei Federal nº 14.035/2020, que dispunha sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, tentou estabelecer alguma ordem nesse cenário de desordem informativa, agravado pelas circunstâncias de sua edição.

Determinou que todas as aquisições ou contratações fundamentadas nela deveriam ser disponibilizadas em site oficial específico na internet, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além de outras informações. No entanto, a determinação legal foi circunscrita às contratações públicas realizadas no contexto do enfrentamento da crise pandêmica e a sua vigência foi encerrada em 31 de dezembro de 2020.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 14.133/2021 tentou corrigir definitivamente a questão com a criação de um sítio eletrônico oficial – o Portal Nacional de Contratações

⁶⁷ MONTEIRO, Vera. **Monitoramento digital das contratações públicas: governo como plataforma de dados**. Jota, São Paulo, 29 set. 2020. Publicistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/monitoramento-digital-contratacoes-publicas-29092020>> Acesso em 15 jan. 2023

⁶⁸ MONTEIRO, Vera. **Administração Pública por contrato no nosso tempo: a fragmentação e a inflação legislativa em matéria de contratos públicos são um problema?** Jota, São Paulo, 06 set. 2022. Publicistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/administracao-publica-por-contrato-no-nosso-tempo-06092022>> Acesso em 15 jan. 2023.

⁶⁹ BRASIL. **Lei Federal nº 13.979/2019**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm> Acesso em: 15 jan. 2023. Art. 4º, §2º “Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações: (...)”

Públicas (“PNCP”)⁷⁰ –, que objetiva reunir as informações sobre as contratações públicas realizadas Brasil afora e, com isso, criar um banco de dados sobre o tema que, finalmente, permita o exercício efetivo do controle sobre a aplicação das normas de contratações públicas.

Entre outras funcionalidades, o PNCP deve 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) um sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluindo o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações; (iv) sistema eletrônico para realização de sessões públicas; e (v) um sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução de contratos firmados com a Administração Pública.

A medida é desafiadora, mas imprescindível para que haja transparência das contratações públicas e da execução dos contratos dela decorrentes. Também é imprescindível para que o Direito Administrativo possa evoluir, enquanto ciência do direito, em matéria de contratações públicas e para que sejam detectadas e corrigidas eventuais imperfeições legislativas ou executivas, de sorte que as contratações públicas fiquem mais aprimoradas e alcancem todo o potencial jurídico de que dispõem.

Entretanto, essa medida não corrige o problema sistêmico de que padecem as normas sobre contratações públicas, que implica, ela mesma, na ineficiência dessas contratações públicas. Por essa razão, para além da criação de medidas que permitam o exercício do controle da atividade administrativa, é preciso corrigir um desvio que impede que essa atividade se desenvolva adequadamente, para atingir seus potenciais máximos, independentemente de provocações externas.

2.3. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO MODELO JURÍDICO DA LEI Nº 8.666/1993 – REPRODUZIDO, EM GRANDE PARTE, PELA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

No Brasil, o protagonismo entre os estudiosos e aplicadores do direito tem sido das normas procedimentais de contratações públicas – principalmente as de licitações – e não dos

⁷⁰ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. 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. (...)”

contratos administrativos delas decorrentes, que são a sua finalidade primeira. Esse fenômeno parece estar relacionado tanto com a complexidade de fazer um regime jurídico unificado e inflexível atender a totalidade das demandas administrativas, pois esta é uma tarefa realmente muito exigente, como com o fato de que parte da doutrina e dos órgãos do controle veem, na Constituição Federal, um suposto princípio universal de licitar.⁷¹

Os que têm essa crença, acreditam também que, para que esse suposto princípio universal de licitar esteja bem atendido, a licitação deve sempre estar pautada nas normas muitíssimo estritas da Lei nº 8.666/1993 – e, mais recentemente, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Em primeiro lugar, essa premissa é equivocada. Como lecionam Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho, o inciso XXI do art. 37 Constituição Federal é categórico sobre as hipóteses de contratações públicas que demandam licitação prévia:

“A avaliação detida das normas constitucionais que expressamente aludiram ao dever de licitar revela que é incorreto afirmar que a Constituição teria indistintamente imposto a licitação a todas as contratações levadas a cabo pelo Poder Público. O texto constitucional, quando quis que a Administração licitasse, o fez de maneira expressa; escolheu com cuidado sujeitos e objetos, apontando-os de forma inequívoca. (...) A afirmação de que a presunção da licitação estaria contida nos princípios constitucionais não é menos exagerada. Extrair dever geral de licitar – algo bastante concreto, palatável – de princípios constitucionais abstratos e de baixa densidade normativa é um equívoco. Fazê-lo também importaria substituição ao constituinte. O texto constitucional, quando quis, impôs, de maneira expressa o dever de licitar, identificando com clareza seus sujeitos e objetos”.⁷²

Portanto, não há como se extrair um princípio universal de licitar do texto constitucional, muito menos da Lei nº 8.666/1993, que não deve ser tratada como “*longa manus*” da Constituição Federal de 1988. Ainda que esse princípio pudesse ser extraído do texto constitucional, o que não parece ser possível, também não há qualquer justificativa para a suposição de que ele somente seria bem atendido se as licitações fossem feitas com base no regime jurídico uniformizado e inflexível da Lei nº 8.666/1993.

Poderia haver – como de fato houve – outros regimes legais que possibilitariam o cumprimento das finalidades de uma licitação nos mesmos moldes dos certames regidos pela

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácomo. Onde está o princípio universal da licitação? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITS, Guilherme Jardim (Orgs.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 30 e 36.

⁷² Constituição Federal, art. 37, inciso 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”.

Lei nº 8.666/1993, a exemplo do que ocorria com o Decreto Federal nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, que será analisado mais adiante.

O fato é que, sendo o contrato administrativo um objetivo a ser atingido pelo procedimento a que se referem as normas sobre contratações públicas, tem bastante relevo a qualidade técnica e a eficiência dos contratos firmados pela Administração Pública. Isto é, se esses contratos atingem a sua máxima potencialidade jurídica, alcançando os fins inicialmente almejado, com o menor custo possível para a Administração Pública, para os particulares contratados e, sobretudo, para os interesses gerais que justificaram a contratação pública em primeiro lugar.

Embora a eficiência já fosse um princípio constitucional a ser observado pela Administração Pública⁷³, a Lei Federal nº 14.133/2021 se preocupou em deixar o tema ainda mais explícito em seu texto. Como foi apontado acima, seu art. 11 exigiu que os processos licitatórios sejam estruturados de forma sempre direcionada à promoção da eficiência, efetividade e eficácia das contratações públicas.

Portanto, é muito relevante que os estudiosos e aplicadores do direito também voltem a sua atenção ao modelo da legislação atualmente vigente sobre contratações públicas e ao seu impacto nesses contratos e nos efeitos que eles produzem. É preciso identificar eventuais falhas e virtudes legislativas, para que se possa aprimorar continuamente o arcabouço jurídico-normativo, de modo que ele evolua e que possa contribuir para a extração dos melhores resultados dos contratos administrativos.

Possivelmente, a quantidade menor de estudos sobre esses aspectos da legislação de contratações públicas, assim como a falta de controle sobre os impactos do modelo atualmente vigente na eficiência dos contratos administrativos contribuíram à sua manutenção ao longo dos anos – inclusive a partir da promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021.

Com efeito, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ainda que tenha implementado avanços em relação à sua antecessora – a exemplo da criação do PNCP, da consolidação de diversas leis esparsas, da incorporação de experiências bem-sucedidas, etc. –,

⁷³ CF/1988. 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: (...)”

não teve pretensão refundacional, isto é, não almejou implementar um modelo jurídico que reconstruísse as bases daquele que foi implementado pela Lei nº 8.666/1993. Como será demonstrado adiante, ela mantém características do regime jurídico anterior, como a alta legalização e o tratamento uniformizado e rígido dos contratos administrativos, o que demonstra que há uma insistência do legislador nesse modelo, pois a Lei Federal nº 14.133/2021 implementa uma reprodução do padrão legislativo da Lei nº 8.666/1993 e, conseqüentemente, de seus efeitos.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é uma norma cuja atualidade está comprometida, pois ela é, tanto quanto sua antecessora, pouco flexível para acomodar os diferentes módulos contratuais da Administração Pública e, com isso, tende a ser logo suplantada por novas normas de contratações públicas. Essa circunstância tende a agravar o contexto de fragmentação normativa, que leva à difícil sistematização e aplicação racional e coerente das normas sobre contratações públicas, tal qual se viu ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993.

A fragmentação, nesse caso, tende a ser ainda maior do que a que ocorreu sob a vigência da Lei nº 8.666/1993, já que a lei é pródiga nas referências à necessidade de edição de regulamentos que complementem as suas lacunas – que, frise-se, podem ser editados pelos diferentes entes federativos competentes para tanto.

Esse fenômeno de fragmentação da Lei Federal nº 14.133/2021 já começou. Logo depois de promulgada a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, foi promulgada a Lei Complementar nº 182/2021, que instituiu o Marco Legal das Startups e do empreendedorismo inovador.

Nessa lei, o legislador incluiu um capítulo (“Capítulo VI – Da Contratação de Soluções Inovadoras pelo Estado”) para: (i) resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e (ii) promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado. Isso demonstra que, em alguma medida, as disposições da Lei Federal nº 14.133/2021 não atendiam suficientemente bem as necessidades inerentes a essas contratações, pois, do contrário, não se precisaria editar uma nova norma sobre contratações públicas poucos meses depois da promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021, cujo principal esforço foi pela consolidação de normas dessa categoria.

A previsão contida no §10 do art. 13 da Lei Complementar nº 182/2021⁷⁴, por exemplo, não está contemplada pela Lei Federal nº 14.133/2021. Segundo o dispositivo, a entidade licitante pode aceitar pagar um preço superior à sua estimativa, mediante demonstração de uma relação de custo x benefício, desde que haja uma vantagem que o justifique, em termos de inovações, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, sempre limitado ao seu valor máximo.

Essa disposição é condizente com a lógica que permeia a contratação de soluções inovadoras, pois ela permite que aquelas que venham a ser adquiridas pelos órgãos e entidades administrativas licitantes possam ser as mais refinadas do mercado, dentro de uma certa racionalidade de custos. Assim, a Administração Pública não fica fadada a adquirir uma solução inovadora que, a despeito de ser mais barata, talvez seja menos eficiente, por dispor de menos recursos tecnológicos.

Além da Lei Complementar nº 182/2021, também é possível citar os diversos atos normativos que têm sido editados desde a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021, em todas as esferas, com o intuito de dar aplicação a esta lei. Para que se tenha uma dimensão, apenas em âmbito federal, estão ou estiveram em trâmite aproximadamente 62 (sessenta e dois) atos normativos para o preenchimento das diversas lacunas deixadas pelo legislador, dos quais 34 (trinta e quatro) já foram publicados.⁷⁵

As lacunas deixadas pelo legislador parecem ser frutos de um esforço de acomodação das demandas administrativas ao atual modelo legislativo, na medida em que possibilitaria que as peculiaridades regionais e locais fossem incorporadas ao arcabouço normativo que regeria os contratos administrativos. Ainda que louvável, a medida parece insuficiente para esse propósito.

⁷⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 182/2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 2 jun. 2021. Art. 13, 0§ 10: “Encerrada a fase de julgamento e de negociação de que trata o § 9º deste artigo, na hipótese de o preço ser superior à estimativa, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, com base na demonstração comparativa entre o custo e o benefício da proposta, aceitar o preço ofertado, desde que seja superior em termos de inovações, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, limitado ao valor máximo que se propõe a pagar”.

⁷⁵ Dados atualizados até 09 de fevereiro de 2023, disponíveis na Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133/2021 do portal eletrônico do governo federal (<https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>), listada como Anexo I deste trabalho.

Como essas lacunas ainda seriam preenchidas por normas em abstrato, que regeriam um sem-número de contratos administrativos firmados no âmbito dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, as insuficiências do modelo jurídico atualmente vigente tendem a ser corrigidas somente naquilo que dizem respeito à incorporação das particularidades regionais ou locais das entidades contratantes.

Por outro lado, ainda deixariam de ser corrigidos aspectos relacionados aos casos concretos e às diferentes estruturas e objetivos dos diversos módulos convencionais que podem ser celebrados por essas entidades federativas. Precisaria haver um espaço de regulação contratual para que essas particularidades fossem consideradas e para que as insuficiências desse modelo normativo fossem plenamente corrigidas.

Isso implica a necessidade de superação do modelo jurídico atualmente vigente, pois ele não confere margem para que as partes contratantes pactuem fora daquilo que está previsto nas normas da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e em suas respectivas regulamentações – ainda que suas previsões não se adequem bem ao caso concreto.

Essa lógica contraria o princípio da eficiência exposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, assim como o objetivo de promoção da eficiência, efetividade e eficácia das contratações públicas exposto no art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021, já que dificulta bom cumprimento dos objetivos que levaram a uma determinada contratação pública.

Os capítulos a seguir cuidarão de demonstrar, respectivamente: (a) as dificuldades práticas do modelo atualmente vigente, a partir de um estudo de casos que ilustrem a problemática aqui abordada; e (b) as possíveis alternativas ao modelo da Lei nº 8.666/1993, reproduzido pela Lei Federal nº 14.133/2021, a partir do estudo comparado de modelos vigentes em outros ordenamentos jurídicos, de sorte que seja possível identificar pontos relevantes para o aprimoramento do regime jurídico nacional.

3. CAPÍTULO III – Efeitos de um regime jurídico excessivamente legalizado e homogêneo sobre os módulos contratuais firmados pela Administração Pública: análise de casos concretos

Como antecipado, o modelo legislativo adotado pela Lei nº 8.666/1993, em grande parte reproduzido pela Lei Federal nº 14.133/2021, tem imposto uma série de dificuldades à rotina administrativa. O tratamento inflexível e uniformizado conferido às contratações públicas dificulta a aderência da norma aos casos práticos constantemente submetidos à Administração Pública, que, por sua complexidade e abrangência, podem demandar soluções imprevistas pelo legislador.

Isso tem contribuído para que haja toda sorte de fuga das normas da Lei nº 8.666/1993 e até da Lei Federal nº 14.133/2021, que ainda nem se tornou obrigatória. Consequentemente, assiste-se a uma contínua fragmentação do regime administrativo de contratações públicas, com todas as consequências inerentes a essa circunstância, que são nocivas à aplicação das normas desse segmento do direito, conforme abordado anteriormente.

Com efeito, foram criadas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitações, foram editadas normas específicas para determinados tipos de contratações públicas, a exemplo da Lei de Concessões Públicas e das Lei de PPPs. Foram também transferidas algumas prestações de serviços públicos para pessoas jurídicas de direito privado que, por sua natureza jurídica, não precisariam licitar – a exemplo das OSs e OSCIPs –, e foi possível identificar empresas estatais que, por disporem de personalidade jurídica de direito privado, passaram a sustentar a não aplicação das normas da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos às suas contratações.

Essas medidas, consideradas em si mesmas, contribuíram para mitigar o problema de adaptabilidade das normas da Lei nº 8.666/1993 e foram decisivas para que os contratos administrativos firmados a partir delas alcançassem bons resultados, como ficará comprovado mais adiante. No entanto, por se referirem a hipóteses específicas de contratações públicas e por serem, muitas vezes, interpretadas à luz da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, essas normas são insuficientes para solucionar definitivamente o problema que se propuseram a solucionar de forma episódica.

Pior do que isso: nesse modelo, sempre há demandas administrativas que ficam desassistidas, pois, aquelas que não forem contempladas pela norma específica que fugiu das amarras da Lei nº 8.666/1993, mas também não se acomodarem adequadamente às disposições desta Lei, têm um tratamento jurídico prejudicado.

Ademais, sistematicamente, a constante proliferação de normas sobre contratações públicas é prejudicial ao controle e à coerência e racionalidade da aplicação desse segmento do Direito Administrativo, pois, como visto, muitas vezes são de difícil conhecimento do aplicador do direito ou geram dúvidas sobre a norma que deve ser aplicada a um determinado caso, como ocorreu, por exemplo, com o Decreto Federal nº 2.745/1998 da Petrobras, que instituiu um “Procedimento Licitatório Simplificado”, cuja aplicabilidade era constantemente questionada.

Neste capítulo, portanto, serão abordadas algumas situações práticas, identificadas ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993, que ilustram, com grande clareza, as dificuldades aqui relatadas e a constante necessidade de fuga do regime jurídico de direito público implementado por esse diploma normativo, que implicam na fragmentação desse regime jurídico e nos seus malefícios dessa circunstância.

Sem a pretensão de esgotar as hipóteses de casos que contribuam para essa ilustração, pois isso sequer seria possível, optou-se, metodologicamente, por alguns daqueles que, ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993, foram bastantes emblemáticos para a aplicação dessas normas e para a rotina dos aplicadores do direito.

3.1. AS OBRAS DA COPA DO MUNDO E A EDIÇÃO DO RDC

Com o objetivo de desburocratizar, agilizar e tornar mais eficientes as licitações e contratos administrativos relativos à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, foi aprovada Lei Federal nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (“RDC”), a partir da aprovação da Medida Provisória nº 527.⁷⁶ Ficariam também submetidas ao RDC as obras de infraestrutura para aeroportos das capitais brasileiras distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos jogos.

⁷⁶ BRASIL. Lei Federal nº 12.462/2011, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores

A opção pelo RDC deveria ser explicitada no instrumento convocatório e resultaria no afastamento das normas da Lei nº 8.666/1993. A medida oferecia, como novidade ao regime jurídico da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a contratação integrada nas licitações de obras e serviços de engenharia, que permitia que todas as etapas de uma obra fossem feitas por uma única empresa, mitigando, assim, riscos e atrasados inerentes à contratação de mais de um parceiro privado para um único empreendimento⁷⁷.

Além disso, previa que o valor da contratação seria estimado com base nos preços de mercado e em valores pagos pela Administração Pública em obras e serviços equivalentes ao licitado, mas vedava a celebração de aditivos contratuais sob esse regime jurídico.

Os custos ficariam disponíveis permanentemente aos órgãos de controle interno e externo da entidade licitante e seriam disponibilizados a todos os licitantes e ao público em geral a partir do encerramento do certame, de modo que, para estes, ficaria temporariamente sob sigilo.

Logo que foi promulgada, a Lei Federal nº 14.462/2011 causou controvérsias, pois foi compreendida por muitos como uma tentativa de utilização dos eventos desportivos que se aproximavam como pretexto para burlar os ditames da Lei nº 8.666/1993, com flexibilizações indevidas do regime jurídico vigente até então, que beneficiariam os envolvidos nas contratações.

Algum tempo após a sua implementação, no entanto, a medida se mostrou muito frutífera, pois realmente acelerou os procedimentos de contratação e o tempo de execução de

de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 ago. 2011. Art. 1º, § 1º: “O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”.

⁷⁷ BRASIL. Lei Federal nº 12.462/2011.... op. cit. Art. 9º: “Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) § 1º 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”.

obras e serviços. Por isso mesmo foi logo estendida para outras hipóteses de contratações públicas não relacionadas com os eventos esportivos para os quais foi inicialmente pensada.

Com efeito, por força da Lei Federal nº 12.688/2012, o RDC passou a ser aplicado também para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (“PAC”) e, posteriormente, a Lei Federal nº 12.745/2012 ampliou a sua aplicação também para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (“SUS”).⁷⁸

A Lei Federal nº 13.190/2015⁷⁹ ainda incluiu no referido regime: i) as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ii) as ações no âmbito da segurança pública; iii) as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; iv) os contratos a que se refere o art. 47-A do RDC⁸⁰; e v) as licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia. Mais recentemente, também a Lei Federal nº 13.243/2016 incluiu as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação no regime jurídico estabelecido pela Lei Federal nº 12.462/2011.

Como antecipado, antes mesmo que os resultados da medida pudessem ser constatados, a flexibilização do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 pelas normas do RDC sofreu a forte resistência que costumeiramente sofriam quaisquer tentativas nesse sentido. O PSDB, o DEM e o PPS, por exemplo, ajuizaram a Ação Direta de Constitucionalidade (“ADI”) nº 4.645 para questionar a lei que instituiu o RDC⁸¹.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 20 dez. 2012.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: edição extra, Brasília, DF, p. 1, 20 nov. 2015.

⁸⁰ RDC, Art. 47-A: “A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração. § 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. § 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato. § 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado”.

⁸¹ BRASIL. STF, 2011. **ADI 4645**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 26 jan. 2023.

O principal argumento apresentado pelos partidos políticos girava em torno da conversão da Medida Provisória 527, que, segundo o entendimento exposto, tinha ocorrido com abuso de poder e desrespeito ao devido processo legislativo constitucional.

Para além disso, os partidos políticos sustentaram que o regime de contratações públicas instituído pela Lei Federal nº 12.462/2011 não estaria de acordo com os artigos 22, inciso XXVII e art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, tampouco com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade, de modo que haveria também uma inconstitucionalidade material na referida lei. Segundo consta da inicial⁸²:

“Em primeiro lugar, é preciso considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, elegeu à condição de norma constitucional a obrigatoriedade de licitação como etapa necessária à celebração de contratos para a realização de obras, serviços, compras e alienações.

O texto constitucional, ao prescrever que a licitação ocorrerá ‘ressalvados os casos especificados na legislação’, evidencia que a regra é a contratação por meio de processo licitatório, sendo, portanto, excepcional a contratação direta, que só caberá nas hipóteses expressamente previstas em lei, quais sejam, os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

(...)

Da passagem, extraem-se dois pressupostos básicos relacionados ao processo licitatório: (i) a obrigatoriedade da licitação, cuja dispensa ou inexigibilidade é excepcional; e (ii) a evidência de que a exigência do processo licitatório é um corolário dos princípios da moralidade e da isonomia, fundamentos basilares das atividades públicas.

Em outras palavras, as regras licitatórias existem para assegurar a isonomia e a moralidade nas contratações públicas, restringindo o espaço de discricionariedade da Administração Pública.

Trata-se de princípio de estatura constitucional, que prevê a licitação como regra geral na Administração Pública, admitindo-se apenas as exceções previamente definidas em lei. Quaisquer exceções e mitigações à obrigatoriedade constitucional só podem ser admitidas quando encontrem justificação no próprio texto constitucional, seja porque a licitação revele-se no caso impossível, seja porque se mostre contraproducente”.

É possível perceber que um dos argumentos contrários à flexibilização do regime da Lei nº 8.666/1993 pelo RDC repousa na equivocada ideia de que a Constituição Federal estabelece um princípio universal da licitação – o que não pode ser direta ou indiretamente inferido do texto constitucional, como foi demonstrado acima, já que ele expressamente menciona os contratos que dependem de licitação prévia.

A inicial também reforça a noção – novamente equivocada – de que somente a realização de uma licitação, que deveria observar os moldes da Lei nº 8.666/1993, resguardaria

⁸² BRASIL. STF, 2011.

adequadamente os princípios da moralidade e da isonomia em uma contratação pública – como se outro processo competitivo, feito sob outros fundamentos, implicasse automaticamente um desvio dos princípios regentes da atividade administrativa.

Ocorre que o próprio *design* da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos foi enviesado em sua origem, conforme demonstrado acima, e, por isso, tem prestigiado um determinado segmento de mercado – as empreiteiras de médio porte – de modo que as licitações realizadas por ela não são tão isonômicas quanto se costuma defender, o que fragiliza o argumento utilizado pelo afastamento da Lei nº 8.666/1993 por questões éticas.

Na sequência dos autos, a Advocacia Geral da União (“AGU”) se manifestou a favor da constitucionalidade da Lei Federal nº 14.462/2011 e argumentou, quanto à alegação de inconstitucionalidade material, que o “novo marco regulatório para as vultosas contratações necessárias à realização dos citados eventos esportivos” não viola os dispositivos constitucionais apontados na inicial e que ele estaria alinhado com boas práticas do direito comparado e com recomendações de órgãos internacionais.

Apontou, nesse contexto, que as práticas também seriam usuais na União Europeia e nos Estados Unidos, conforme Diretiva 2004/18/EC⁸³ e a *Federal Acquisition Regulation*⁸⁵ (“FAR”) norte-americana – que serão analisadas detalhadamente nos capítulos abaixo. Também mencionou as diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, divulgado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”)⁸⁶ e argumentou que⁸⁸:

“Além de aproveitar experiências exitosas de outros países, ressalte-se que o legislador utilizou-se de práticas conhecidas do direito pátrio, não tendo, portanto, instituído um regime totalmente inédito. Cabe registrar, entre as fontes de inspiração

⁸³ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20160101:PT:PDF>> Acesso: 25 jan. 2023.

⁸⁴ Em 2014, o Parlamento Europeu e do Conselho aprovou a Diretiva 2014/24/EU, que revogou a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=FR>> Acesso em 25 jan. 2023.

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS. **Federal Acquisition Regulation**. Washington, DC: Department of Defense, National Aeronautics and Space Administration, 2019. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/far/current/pdf/FAR.pdf>> Acesso: 25 jan. 2023.

⁸⁶ OCDE, 2009, Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em Contratações Públicas. Disponível em: <<https://biblioteca.cade.gov.br/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=3493>> Acesso: 23 jan. 2023.

⁸⁷ Em 2021, a OCDE atualizou as *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em Contratações Públicas*, de 2009, com a publicação do relatório denominado *Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>> Acesso: 23 jan. 2023.

⁸⁸ BRASIL. STF, 2011.

no direito pátrio para o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão; a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos; e o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás, previsto no artigo 67 da Lei nº 9.748, de 06 de agosto de 1997. Nessa esteira, verifica-se que a Lei nº 12.462/11 é inspirada pela busca da eficiência e da economicidade nas contratações públicas, levando aos procedimentos licitatórios contornos mais modernos, principalmente diante da necessidade de atender à demanda excepcional consistente na realização dos eventos esportivos dos quais o Brasil será sede.

Diante desse panorama e transcorridos cerca de dezoito anos de vigência da Lei nº 8.666/93, percebe-se que o legislador nacional tem procurado modernizar os instrumentos licitatórios, sem padecer, no que tange ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em vício de inconstitucionalidade”.

Nesse ponto, a AGU destacou justamente a ocorrência do fenômeno da fragmentação das normas de direito administrativo que antecederiam a Lei Federal nº 14.462/2011 como uma busca por alternativas legais que se mostrassem mais eficientes e econômicas para as contratações públicas, que proporcionassem o melhor atendimento das demandas que surgiam rotineiramente.

O julgamento da ADI nº 4.645 foi agendado para o dia 27 de maio de 2020, oportunidade em que Ministro Relator Luiz Fux conheceu parcialmente da ADI, mas julgou improcedente o pedido nessa parte. O Ministro afirmou que o RDC não violaria os princípios da eficiência, isonomia, moralidade e publicidade e que existiriam “razões de ordem jurídica, prática e econômica que depõem em favor do *design* adotado pela norma impugnada e que denotam a razoabilidade das escolhas regulatórias do legislador”.

No voto que proferiu, o Ministro Relator apontou para um outro aspecto importante do entendimento exposto na inicial, que consiste para a equivocada tentativa de ler as normas da Lei nº 8.666/1993 como se elas fossem uma extensão do texto constitucional, o que implicaria que ela seria o único fundamento legal para o exercício do dever de licitar⁸⁹:

“O que se extrai do conjunto de impugnações dos requerentes é a irrisignação às inovações trazidas pela modelagem licitatória da Lei 12.462 /2011. Da leitura dos autos, percebe-se que parcela dos questionamentos suscitados tem por parâmetro de controle primário não a Constituição da República de 1988, mas a Lei 8.666/1993, transparecendo implicitamente a ideia de que a Lei Geral de Licitações seria o único modelo de contratações públicas possível à luz do art. 37, XXI, da CRFB.

É natural observar certa resistência de parte dos operadores do Direito, quando de reformulações ou novidades nos institutos jurídicos clássicos. Todavia, como bem expõe o Ministro Roberto Barroso em trabalho acadêmico “[d]eve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação

⁸⁹ BRASIL. STF, 2011.

retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67). Deve haver cuidado, por conseguinte, na interpretação da Constituição, sob pena de, a pretexto de se conferir significação à obrigação geral de o Poder Público licitar, contida no art. 37, XXI, da CRFB, ser feita uma leitura da Constituição à luz da Lei 8.666/1993 – e não o contrário”.

Ademais, o Ministro Relator Luiz Fux anexou e mencionou em seu voto estudos técnicos que demonstravam os ganhos de eficiência do modelo proposto pelo RDC, comparativamente com o implementado pela Lei nº 8.666/1993. Citou um relatório elaborado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (“CGU”), sobre a adoção do RDC Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (“DNIT”), que tinha ênfase no regime de contratação integrada da Lei Federal nº 14.462/2011.

A conclusão do relatório é de que seria “inegável que o RDC trouxe impactos positivos aos procedimentos licitatórios, dentre os quais se destaca a substancial redução de prazos das licitações, advindos da inversão de fases. Ademais, tem servido de laboratório, no qual estão sendo testados no ordenamento jurídico pátrio novos institutos jurídicos que poderão ser norteadores de uma futura reforma da Lei nº 8.666/1993”⁹⁰.

O voto ainda apontou que a Corte deve agir de modo aderente ao art. 20 da LINDB, não podendo, portanto, “desprezar as considerações práticas inerentes às contratações públicas e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional, impondo ideias ineficientes, perfeccionistas e incompatíveis com as limitações orçamentárias, administrativas e técnicas próprias da atuação do Poder Público”⁹¹. E, antes de adentrar a análise da constitucionalidade da Lei Federal nº 14.462/2011, ainda destacou que nem ela, nem a Lei nº 8.666/1993 são suficientes para, sozinhas, combaterem o problema da corrupção no Brasil, cuja essência avança sobre outras ciências, nas quais o Direito não consegue intervir diretamente⁹²:

“(…) impõe assentar que uma nova modelagem para licitações e contratações não será, por si só, capaz de erradicar as mazelas relativas à promiscuidade entre interesses públicos e privados nas contratações públicas brasileiras. Não há legislação que dê conta de eliminar cabalmente esse mal que possui, além de raízes jurídicas, contornos culturais e sociais em que o Direito não é capaz de penetrar. As professoras Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, duas das principais estudiosas do tema da corrupção no mundo, afirmam que ela ocorre na interseção entre incentivos específicos para cada situação, instituições de toda a sociedade e ética

⁹⁰ BRASIL. STF, 2011.

⁹¹ BRASIL. STF, 2011.

⁹² BRASIL. STF, 2011.

peçoal (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: Causes, consequences, and reform. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016, p. 27).

A corrupção é, de veras, um problema perverso (*wicked problem*), cuja solução não pode ser alcançada mediante respostas unívocas da sociedade e pressupõe ações de prevenção e repressão múltiplas e coordenadas entre si (SABET, Amr. Wickedness, Governance and Collective Sanctions: Can Corruption be Tamed? In: Ethical Governance: a citizen perspective. Vaasa, Finlândia: Vaasa University Press, 2010). Isso tudo leva à conclusão de que nem o fato de a Lei 8.666/1993 ter sido insuficiente para suprir as demandas moralizantes da sociedade brasileira, nem o fato de que o Regime de Diferenciado de Contratações públicas não ser imune à prática de ilegalidades culminam, automaticamente, na inconstitucionalidade de um ou outro modelo”.

Realmente, embora o desenho legal maximalista e rígido tenha se dado com base na expectativa de que ele fosse refratário das práticas antirrepublicanas no âmbito das contratações públicas, essas normas não seriam capazes de contorná-las adequadamente, porque esse problema sequer está circunscrito ao Direito Administrativo.

Sob esse aspecto, portanto, não faria diferença a adoção do referido regime jurídico ou de um outro modelo legal, que seja mais flexível, mas que se mostre mais eficiente para as contratações públicas. Ambas poderiam falhar nesse ponto – inclusive porque não seriam vocacionadas a ele especificamente –, mas a segunda tenderia a proporcionar melhores formas de contratar à Administração Pública, uma vez que lhe permitiria adequar o contrato administrativo às suas necessidades concretas, em linha com o que preconiza a LINDB, conforme destaque pelo voto do Ministro Relator.

Ainda nessa sessão de julgamento, o Ministro Edson Fachin pediu vista dos autos e retirou o caso de pauta, que só voltou a ser julgado em 09 de novembro de 2022. Em seu voto-vista, Fachin acompanhou o voto do Relator e sustentou a constitucionalidade do regime jurídico instituído pelo RDC, argumentando que ele não viola os princípios da eficiência, isonomia, moralidade e publicidade em razão dos ganhos que promoveu nas obras a que se destinou.

Na sequência, o julgamento foi suspenso, ainda sem data estabelecida para ser retomado. Apesar disso, o relatado acima é suficiente para dar concretude a algumas das afirmações feitas nos capítulos anteriores, ainda com base nos aspectos históricos e teóricos apresentados naquele momento. Em primeiro lugar, a necessidade de edição de um regime jurídico mais flexível para dar amparo às contratações públicas relacionadas aos eventos esportivos mencionados acima demonstra a absoluta insuficiência do tratamento jurídico uniforme e rígido

da Lei nº 8.666/1993, que fora estabelecido para suprir toda e qualquer demanda posta aos cuidados da Administração Pública. Com efeito, foi preciso reconfigurar o regime jurídico de contratações públicas, em razão de uma determinada circunstância fática não prevista pelo legislador, pois a sua configuração original não atendia a contento as obras de infraestrutura que precisavam ser implementadas em curto espaço de tempo, pois era burocrática e inflexível.

O que ocorreu no contexto dos referidos eventos esportivos não fica limitado a eles e poderia ocorrer com quaisquer outras formas de contratações públicas que tenham alguma particularidade que não foi antevista pelo legislador. Um breve exemplo disso seriam os contratos administrativos de inovação, que precisam levar em conta as tecnologias envolvidas no objeto da contratação, que, por sua vez, são reformuladas cotidianamente. Isso demandaria um regime jurídico cujas normas pudessem ser facilmente adaptadas aos casos concretos e às suas particularidades.

Em segundo lugar, o caso ilustra a forte resistência imposta àqueles que tentam, de qualquer forma, evitar o tratamento uniforme e rígido da Lei nº 8.666/1993, ainda que ele se mostre efetivamente ineficiente para solucionar um determinado tipo de demanda. Demonstra também que os principais argumentos para sustentar a manutenção do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 realmente recaem sobre ideias moralizantes e sobre a equivocada noção de que haveria um dever universal de licitar previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal.

Não só existiria esse dever, como ele só seria cumprido a contento se o certame for realizado nos termos da Lei nº 8.666/1993, como se esta norma fosse ela mesma a guardiã dos princípios da moralidade e da isonomia que se pretende resguardar com realização de processos competitivos prévios às contratações públicas. Nesse contexto, a lei é vista como uma *longa manus* do texto constitucional e compreendida como um viés interpretativo para toda e qualquer contratação pública, mesmo para aquelas que não tenham sido mencionados pelo texto constitucional.

Por fim, a necessidade de promulgar a Lei Federal nº 14.462/2011 para realizar algumas contratações públicas também demonstra o contexto de fragmentação dessas normas, já mencionado acima. Realmente, foram editados diversos diplomas normativos com o intuito de escapar das amarras promovidas pela Lei nº 8.666/1993 – não somente a Lei Federal nº 14.462/2011. As Lei de Concessões Públicas, do Pregão e de PPPs, por exemplo, também foram editadas nesse contexto para viabilizar alguns modelos de contratações públicas que não haviam

sido considerados pelo legislador quando da edição da Lei nº 8.666/1993. Inclusive, o próprio RDC foi visto como uma oportunidade para enquadrar outras situações fáticas que demandassem a mesma flexibilidade que aquela para a qual ele foi originalmente pensado. Isso fez com que a sua utilização fosse alargada para comportar mais hipóteses de atuação administrativa – a exemplo das ações integrantes do PAC e as obras e serviços de engenharia relacionados ao SUS.

É curioso notar que, a despeito das fragilidades do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 que levaram à fragmentação das normas sobre contratações públicas e dos ganhos de eficiência decorrentes da implementação do RDC – e possivelmente das demais normas que fugiram das amarras da Lei nº 8.666/1993 –, a resistência à mudança de regime jurídico se mantém.

É dizer que, mesmo quando se reconheceu a necessidade de consolidar tantas normas contratuais editadas ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993 e de promulgar uma Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos para isso, o legislador não tenha guardado atenção justamente para o ponto que levou a essa necessidade – isto é, o alto grau de legalização e a baixa flexibilidade da Lei nº 8.666/1993, que comprometiam a adaptabilidade do regime jurídico de contratações públicas e geraram a necessidade de sua fragmentação.

Insistiu-se, portanto, em um modelo que tende a ser ainda mais fragmentado que o anterior – em razão das muitas menções à necessidade de edição de regulamentos – e que, como o anterior, deve sofrer muitas reconfigurações para que possa se tornar compatível com o amplo leque de demandas administrativas. É uma lei que nasce para consolidar, mas que também contribui para fragmentar.

3.2. O REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS REALIZADAS PELA PETROBRAS E PELO BNDES

Antes da promulgação da Lei Federal nº 13.303/2016 (“Lei das Estatais”)⁹³, havia um grande debate sobre a aplicação da Lei nº 8.666/1993 às contratações públicas promovidas por

⁹³ BRASIL. Lei Federal nº 13.303/2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm> Acesso em 15 jan. 2023.

empresas estatais que exercessem atividade econômica, as quais precisariam competir com a iniciativa privada em pé de igualdade.

Duas empresas, em especial, resistiam significativamente a essa ideia e realizavam suas contratações por meio de regulamentos próprios de licitações e contratos administrativos, sob o argumento de que seriam pessoas jurídicas de direito privado e que, por isso, não lhes seria aplicável o regime jurídico instituído pela Lei nº 8.666/1993 para a realização dessas contratações.

Tanto a Petrobras, quanto o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”) se valiam dos referidos regulamentos para escapar das amarras impostas pelo regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, considerado excessivamente burocrático e inflexível pelas estatais, o que contribuía para a morosidade das suas contratações e gerava uma desvantagem competitiva para essas empresas em relação aos demais privados.

Como será demonstrado a seguir, o tema foi judicializado em diversas oportunidades, em razão da resistência à não adoção da Lei nº 8.666/1993 pela Administração Pública, ainda que fosse pelas suas entidades com personalidade de direito privado, que exercem atividade econômica. O Tribunal de Contas da União (“TCU”) fez, por diversas vezes, oposição à adoção de um regime mais flexível pelas estatais.

Para exemplificar a questão, foi adotada a opção metodológica de analisar os reiterados debates sobre a aplicação do “Procedimento Licitatório Simplificado” da Petrobras, que se deram tanto em âmbito administrativo, perante o TCU, quanto em âmbito judicial, perante o STF e que são suficientes para demonstrar, em um plano prático, diversos dos argumentos apresentados nos primeiros capítulos deste trabalho.

3.2.1. Petrobras

A primeira das empresas mencionadas era a Petrobras, que adotava o “Procedimento Licitatório Simplificado” estabelecido pelo Decreto Federal nº 2.745/1998, sob o seguinte argumento:

“Com a quebra do monopólio pela Lei do Petróleo (Lei 9.478/97), passamos a competir com outras empresas petrolíferas em ambiente competitivo de mercado aberto - essa a razão do decreto citado, que fora previsto na referida Lei. Assim, o Procedimento Licitatório Simplificado é o instrumento legal que nos permite as condições para exercer nossas atividades de forma compatível com o sistema de livre

concorrência adotado a partir de 1997. Neste ambiente, agilidade é fundamental para o desenvolvimento das atividades operacionais com economicidade e rentabilidade”.⁹⁴

O TCU fez forte resistência à adoção do referido regime e formou jurisprudência robusta na Corte Administrativa para obrigar a petroleira a aplicar a Lei nº 8.666/1993 às suas contratações públicas. Exemplo disso foi o entendimento adotado nos Acórdão-TCU-Plenário nº 1.125/2005, Acórdão-TCU-Plenário nº 1.548/2011 e Acórdão-TCU-Plenário nº 3.079/2011, proferidos nos autos da TC 020.434/2005-9, assim como nos Acórdãos-TCU-Plenário nº 454/2009, 1.910/2009 e 2.457/2009, proferidos nos autos do processo 006.183/2005-7.

Em razão disso, a Petrobras passou a recorrer ao STF para obter provimento judicial que barrasse a tentativa da Corte de Contas de obrigá-la a observar o regime jurídico de direito público instituído pela Lei nº 8.666/1993 em suas contratações, pois, como exposto acima, compreendia que o referido regime a colocava em uma situação desvantajosa em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado com os quais concorria no exercício de sua atividade econômica.

Nesse sentido, em 2010, impetrou o Mandado de Segurança (“MS”) nº 28.626 em face do TCU, com pedido de medida liminar, para suspender e desconstituir as decisões proferidas nos autos do processo nº 006.183/2005-7 (Acórdãos-TCU-Plenário nº 454/2009, 1.910/2009 e 2.457/2009), nas quais a Corte de Contas decidiu pela necessidade de a Petroleira adequar os seus procedimentos de contratação pública ao disposto na Lei nº 8.666/1993.

Esse mesmo contexto fático deu ensejo ao MS nº 31.235, impetrado em 2012, também com o intuito de suspender e desconstituir decisões proferidas nos autos TC nº 020.434/2005-9 (Acórdão-TCU-Plenário nº 1.125/2005, Acórdão-TCU-Plenário nº 1.548/2011 e Acórdão-TCU-Plenário nº 3.079/2011), que pretendiam submeter as contratações da Petrobras ao regime de direito público da Lei nº 8.666/1993.

Os dois mandados de segurança ficaram com os respectivos andamentos suspensos até que fosse julgado o Recurso Extraordinário nº 441.280, por meio do qual a matéria já havia

⁹⁴ PETROBRAS. **Entenda nossas contratações por licitação simplificada**. 30 de maio de 2014. Disponível em: <<https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-nossas-contratacoes-por-licitacao-simplificada.htm>> Acesso em: 24 jan. 2023.

sido submetida à apreciação do STF em 2005. Esse Recurso Extraordinário envolvia um contrato celebrado entre a Petrobras e alguns transportadores marítimos, que foi rompido pela estatal, que, na sequência, realizou uma nova contratação – sem licitação – para a prestação do mesmo serviço.

Por essa razão, em 2005, os transportadores marítimos que tiveram o contrato rompido ajuizaram uma Ação Anulatória com pedido de indenização para requerer: (i) a nulidade da nova contratação, pois ele teria ofendido o art. 37, inciso XXI e o art. 173, §1º, inciso III da Constituição Federal⁹⁵; (ii) indenização por danos emergentes e lucros cessantes desacolhidos; e (iii) rescisão do contrato firmado por último, que seria justificada pela prevalência do interesse comercial e da segurança operacional da ré.

Somente em 05 de março de 2021, o Plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário (“RE”) nº 441.280⁹⁶ e confirmou decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJ/RS”), segundo a qual a Petrobras não precisaria observar o regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 e que, em vez disso, poderia aplicar o Procedimento Licitatório Simplificado às suas contratações. A maioria dos Ministros seguiu o voto proferido pelo Ministro Relator Dias Toffoli, que asseverou:

“Assim, se se tem por certo que a recorrida disputa espaço livremente no mercado em que atua em condições parelhas com as empresas privadas, não se há de exigir que ela fique subordinada aos rígidos limites da licitação da lei especial destinada aos serviços públicos, em sentido ampliado, sob pena de criar-se um grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais. Portanto, reputo ser inaplicável às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria das empresas privadas, concorrendo, portanto, no mercado, o regime estreito de licitação estabelecido na Lei nº 8.666/93, por entender não ser possível conciliar tal regime com a agilidade própria desse tipo de mercado que, como sabido, é movido por intensa concorrência entre as empresas que nele atuam.

Daí a perspectiva de se reconhecer, com a Emenda nº 19/98, a necessidade de essas empresas disporem de um regime licitatório diferenciado, consequência previsível da redação original do § 1º do art. 173 da Constituição, o qual já adotava, para essas empresas, na prática de atos de comércio, o regime do direito privado. Não se diga, também, que essa interpretação só se tornou possível com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95, ou mesmo da Emenda Constitucional nº 19/98. Pelo contrário, a compreensão dessa realidade, ou seja, de que tais empresas que assim atuam no

⁹⁵ Constituição Federal, Art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

⁹⁶ BRASIL. STF, 2005. RE 441280. Relator: Min. Dias Tófoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2266991> Acesso em: 27 jan. 2023.

mercado se sujeitam ao regime jurídico de direito privado, é inerente ao sistema criado pela Constituição Federal, o qual atribui à sociedade de economia mista a exploração de atividades econômicas (comercialização de bens ou de prestação de serviços) e o mesmo regime das empresas de direito privado.

Não faz nenhum sentido unir esse regime àquele outro em que se exige que as entidades públicas sigam o padrão de contratação adequado à prestação de serviços públicos, os quais não se submetem ao regime da livre concorrência. Tal interpretação, que afasta a aplicação do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, é uma consequência direta da própria natureza constitucional dessa sociedade, tal como foi posto pelo constituinte originário e reiterado pelo constituinte derivado quando esse editou a Emenda Constitucional nº 19/98. Saliente-se, ademais, que as exigências mercadológicas nesses contratos de afretamento são dotadas de uma tal tipicidade que, se seguisse a recorrida o regime exigido pela Lei nº 8.666/93, ficaria até mesmo, de uma certa maneira, inviabilizada a contratação da sociedade de economia mista em questão, na medida em que, em tais contratos, se obedecem padrões internacionais. Por conseguinte, torna-se impossível vinculá-los àquele regime de licitação previsto na lei própria para os contratos licitados no regime do serviço público *stricto sensu*. Diga-se, ainda, que, se não bastasse essa especificidade dos contratos de afretamento, o fato é que, para as empresas privadas, o mercado passou a ter limites bem maiores a partir da globalização da economia e, por óbvio, da possibilidade de descentralizar-se a produção de bens e serviços, considerando-se os preços e condições de fornecimento. Não é por outra razão que, nos dias que correm, as empresas privadas buscam obter melhores condições para suas atividades, deslocando unidades de produção e de fornecimento de componentes industriais para praças capazes de oferecer melhores condições e padrões de qualidade. Plenário Virtual - minuta de voto - 20/05/2022 00:00 8 Trata-se do tão falado fenômeno da economia globalizada, que, em relação ao mercado de petróleo, no qual atuam as empresas envolvidas neste processo, atinge seu grau máximo de potencialidade com empresas de diversas nacionalidades atuando em conjunto em variados pontos do globo. O Estado moderno, no plano do exercício das atividades econômicas, encontra-se exposto ao mercado internacional, devendo se adequar a suas exigências, sob pena de ficar ultrapassado e correr o risco de derrocada econômica, com graves consequências para os cidadãos que estão sob sua jurisdição. Por isso, ao longo do tempo, foram criados mecanismos próprios para que tal adequação fosse factível. É essa a base da criação de sociedade de economia mista e da posterior flexibilização dos monopólios quando estão envolvidos segmentos de alta complexidade e competitividade e severa concorrência, exatamente como ocorre no segmento econômico em que atuam as empresas envolvidas neste litígio. É incompatível, nesse cenário, exigir que essas sociedades que nasceram das entranhas do Estado para competir no mercado de exploração comercial de bens e serviços fiquem subordinadas a regime administrativo próprio dos serviços públicos, tornando-se incapazes de enfrentar, certamente, a realidade da prática comercial aguerrida com que se deparam, diuturnamente, no desempenho de suas atividades comerciais. Por isso, as sociedades de economia mista que disputam livremente o mercado - tanto que a Constituição Federal por essa razão mesma conferiu-lhes o regime de empresas privadas - devem estar submetidas a um regime próprio diferenciado, aperfeiçoado pelo constituinte derivado com a redação da Emenda Constitucional nº 9/95".⁹⁷

É interessante notar que o entendimento adotado pelo Plenário do STF reconhece que o regime jurídico de contratações públicas da Lei nº 8.666/1993 é ineficiente em comparação com outros processos competitivos, inclusive com o próprio Procedimento Licitatório Simplificado,

⁹⁷ BRASIL. STF, 2005.

que foi instituído pelo Decreto nº 2745/1998 e que a sua aplicação inviabilizaria o exercício econômico pela atividade estatal.

De um lado, isso mostra uma certa resignação com a burocracia e com a lentidão instituídas pelo regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, como se isso fosse próprio das contratações feitas pela Administração Pública e, portanto, aceitável nesses casos. Nesse sentido, desse regime deveriam se distanciar as empresas estatais que precisem ser mais eficientes por disputarem espaço no mercado com agentes privados. De outro lado, a Suprema Corte reconhece que as particularidades das demandas administrativas impõem um regime jurídico que seja mais flexível e compatível com as suas atividades, o que, por sua vez, é distante do tratamento altamente legalizado e rígido que a Lei nº 8.666/1993 confere às contratações públicas sob sua regência.

Após a referida decisão, o curso dos Mandados de Segurança nº 28.626 e 31.235 foi retomado. Ambos tiveram relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que concedeu a medida liminar para suspender as decisões proferidas pelo TCU nos autos dos processos administrativos nº 020.434/2005-9 e 006.183/2005-7 até o julgamento do mérito dos casos. Posteriormente, em decisão exauriente que adotou os mesmos fundamentos da decisão que negou provimento ao RE nº 441.280, a Ministra Relatora concedeu a ordem para anular os dispositivos dos Acórdãos que pretendiam impor a observância do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 pela Petrobras.

A despeito do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que expunha as muitas fragilidades do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 para o exercício da atividade da estatal, o TCU interpôs agravo regimental para sustentar a perda do objeto dos respectivos *mandamus*, em razão da posterior promulgação da Lei das Estatais, que revogou o art. 67 da Lei Federal nº 9.478/1997, fundamento de validade do Decreto nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado.

Argumentou, ademais, pela sua competência para exercer controle de constitucionalidade e, por isso, argumentou:

“não resta a menor dúvida de que a PETROBRAS, como entidade integrante da Administração Indireta, deve obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública na condução dos procedimentos licitatórios e na aplicação da despesa pública, o que implica também não atender a regulamentos e leis eventualmente consideradas inconstitucionais pelo TCU, a partir do momento em que assim decide a Corte de Contas nos casos concretos submetidos à sua apreciação, consoante lhe autoriza o enunciado nº 347 da Súmula do STF”.⁹⁸

⁹⁸ BRASIL. STF, 2005.

Destacou também que a jurisprudência firmada pela Corte de Contas não seria pela aplicação irrestrita do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 e que essa aplicação deveria ocorrer somente quando não comprometesse “o objetivo social da empresa pública ou sociedade de economia mista, prejudicando a agilidade necessária para a prática de atos negociais em um mercado concorrencial”. A petroleira apresentou contrarrazões em face do referido Agravo Regimental, em que argumentou pela necessidade de manutenção da decisão agravada, para que fossem “resguardadas a segurança jurídica e a estabilidade dos atos praticados pela Petrobras antes da entrada em vigor da Lei nº 13.303/2016”. Também sustentou que:

“as normas revogadas continuam regendo as situações jurídicas constituídas antes de sua revogação. Com efeito, até o início da vigência da Lei nº 13.303/2016, muitos atos foram praticados pela ora agravada com fundamento na legislação então em vigor, incluindo-se aqueles que são o objeto do ato coator. Tais atos estavam protegidos contra eventual iniciativa sancionadora do TCU por conta da r. liminar deferida nos autos do presente mandado de segurança, cuja segurança fora agora confirmada

(...) que os efeitos do ato aqui apontado como coator foram suspensos ainda em março de 2006. A Lei nº 13.303/2016 foi promulgada 10 (dez) anos depois, sendo certo que ela previu, ainda, que os procedimentos licitatórios e contratos celebrados pela impetrada deveriam ser regidos pela legislação anterior por mais 24 meses (art. 91, §3º).

(...) A agravada confia que o TCU observará com diligência o conteúdo da r. decisão de V. Exa., submetendo-se ao entendimento desse Eg. STF. Mas, a rigor, ao menos até o momento, a autoridade impetrante também não revogou o ato coator nem tornou público qualquer entendimento no sentido de reconhecer a validade do Decreto nº 2.745/98 durante o período de sua vigência”.⁹⁹

Em 19 de outubro de 2021, então, a 1ª turma do STF negou provimento ao agravo regimental interposto pelo TCU e reiterou o entendimento exposto no julgamento do RE nº 441.280, que fora também adotado pelas decisões monocráticas da Ministra Cármen Lúcia nos Mandados de Segurança nº 28.626 e 31.235. Decidiu definitivamente que a Petrobras poderia, sim, aplicar o Procedimento Licitatório Simplificado às suas contratações e, por isso, anulou definitivamente trechos das diversas decisões que haviam sido proferidas pelo TCU nos autos dos processos administrativos nº 020.434/2005-9 e 006.183/2005-7 para impor a observância do regime jurídico instituído pela Lei nº 8.666/1993. Ainda destacou que:

“Apesar de haver decisões em sentido diverso, tenho que a revogação posterior do procedimento licitatório simplificado, pela Lei n. 13.303, de 30.6.2016, publicada mais de uma década após a assinatura daqueles contratos, não há de ser aplicada à espécie, por inaplicabilidade a atos jurídicos celebrados sob regência normativa

⁹⁹ BRASIL. STF, 2005.

distinta, sem o condão de alterar as determinações do Tribunal de Contas da União, posta no ato coator, ainda eficaz.

(...) Os argumentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional”.¹⁰⁰

O caso ilustra, uma vez mais, o movimento contrário à aplicação da Lei nº 8.666/1993 pelas entidades administrativas e a forte resistência imposta a toda e qualquer forma de flexibilização desse regime jurídico, ainda que ela seja justificada por alguma circunstância concreta, tal qual o exercício de atividade econômica pela estatal em questão, que lhe demandava competir em pé de igualdade com os seus concorrentes da iniciativa privada.

Demonstra, também, o já relatado fortalecimento das instituições de controle sobre a atuação administrativa, que, no caso, foi ilustrado pela atuação do TCU como fonte da resistência à flexibilização da Lei nº 8.666/1993, o qual também sustentou veementemente a sua competência para exercer controle de constitucionalidade sobre as normas de contratações públicas sob sua análise.

Demonstra, ainda, o reconhecimento amplo da rigidez das normas da Lei nº 8.666/1993 e da sua contribuição para a lentidão das contratações públicas que deixariam a estatal em uma condição desvantajosa em relação às empresas privadas – o que chega a demonstrar, também, uma certa resignação com a ineficiência das contratações públicas. Por fim, mostra que as particularidades das demandas administrativas impõem um regime jurídico que seja mais flexível e compatível com as suas atividades, o que, por sua vez, é distante do tratamento altamente legalizado e rígido que a Lei nº 8.666/1993 confere às contratações públicas sob sua regência.

Nesse ponto, é preciso destacar que não se vislumbra qualquer razão para a resignação acerca da lentidão e ineficiência das contratações públicas por pessoas jurídicas de direito público. Elas podem – e devem – ser tão eficientes quanto aquelas exercidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da Administração Pública. É do interesse de toda a coletividade que assim sejam, já que o bom desenvolvimento de suas atividades visa à satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, é preciso citar as preciosas lições de Fernando Dias Menezes de Almeida, que registrou que “(...) nada há como elemento jurídico-valorativo apriorístico que permita

¹⁰⁰ BRASIL. STF, 2005.

dizer que o interesse público, tomado em abstrato, mereça uma proteção tal qual o interesse privado, igualmente tomado em abstrato, não mereça, considerando que ambos sejam juridicamente acolhidos”.¹⁰¹

Se há um reconhecimento amplo de que um determinado regime jurídico impacta a eficiência das referidas contratações, tanto por torná-lo burocrático e lento, quanto por sua inflexibilidade e pouca adaptabilidade às demandas concretas da Administração Pública, é preciso repensá-lo e aprimorá-lo nos pontos que causem esse problema – especialmente quando não há qualquer motivo tecnicamente relevante que justifique a sua manutenção.

3.3. OS MÚLTIPLOS CASOS QUE ENVOLVEM O “JOGO DE PLANILHAS”

O TCU, no exercício do controle externo das atividades administrativas, tem constantemente apontado para a configuração de superfaturamento¹⁰² dos contratos administrativos, que decorreria do denominado “jogo de planilhas” nos contratos administrativos de obras e de serviços de engenharia que são submetidos à sua apreciação.

Esse “jogo de planilhas” decorre diretamente da previsão contida no art. 40, X da Lei nº 8.666/1993¹⁰³, que permite que sejam ofertadas propostas econômico-financeiras com base no valor global do contrato ou com base nos preços unitários dos itens licitados nos casos de obras e serviços de engenharia, a critério da entidade licitante. Nos casos em que essa entidade opta pelo preço global, o interessado pode ofertar uma proposta que lhe permita vencer a licitação,

¹⁰¹ ALMEIDA, Contrato... op. cit.

¹⁰² BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. O art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021 definiu os conceitos de sobrepreço e superfaturamento, com o intuito sanar as dúvidas existentes sobre eles. Nesse sentido, dispôs o inciso LVII do referido dispositivo: “superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços”.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 8.666... op. cit. Art. 40: “O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48”.

mas que não necessariamente seja a mais vantajosa para a Administração Pública em relação aos preços unitários.

Por força do regime de prerrogativas exorbitantes conferidos indistintamente à Administração Pública, é possível promover a alteração unilateral do objeto do contrato para aumentar ou diminuir os quantitativos – conforme o caso – que mais beneficiem o contratado, aumentando também o custo de determinado contrato administrativo.

É que, por força do disposto nos arts. 58, inciso I e § 2º, c/c o art. 65, inciso I e § 6º, da Lei 8.666/1993¹⁰⁴, diante de uma alteração unilateral que impacte a equação econômico-financeira do contrato, a Administração Pública tem o dever de reequilibrar essa equação, de sorte que sejam mantidas as condições originalmente contratadas e que o contratado seja devidamente remunerado pela referida alteração.

Em síntese, portanto, o denominado “Jogo de Planilha” se refere à alteração contratual dos quantitativos previstos no Edital de licitação com o intuito de: (i) reduzir o número de itens ofertados com valores inferiores aos que são praticados pelo mercado; ou (ii) aumentar o número de itens cujo preço foi ofertador em patamar superior aos que são praticados pelo mercado, de sorte que essa alteração beneficie o contratado pelo aumento artificial dos preços contratados.

Esse arranjo pode decorrer de ajuste prévio entre o vencedor da licitação e a entidade licitante, que, agindo com dolo, pretendam se beneficiar do mecanismo de alteração unilateral dos contratos, próprio do regime jurídico de contratações públicas implementado pela Lei nº 8.666/1993, para aumentar os preços normalmente praticados em benefício do contratado.

Registre-se, no entanto, que o TCU tem firmado entendimento no sentido de que a presença desse elemento subjetivo sequer é necessária para a configuração do “Jogo de Planilha”. Nesse sentido, vale citar exemplificativamente a Tomada de Contas Especial nº

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.666... op. cit. Art. 58: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

(...) Art. 65: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

011.101/2003-6¹⁰⁵, resultante de processo de auditoria realizada em obras de complexo viário, no qual a equipe de fiscalização apontou um débito da União no valor de R\$ 2.417.394,09, decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro pela alteração dos quantitativos inicialmente previstos no contrato.

No Acórdão-TCU- Plenário nº 1.721/2016¹⁰⁶, proferido nos autos da referida Tomada de Contas Especial, o Relator consignou que “foram elevados quantitativos de itens que apresentavam preços unitários superiores aos de mercado e reduzidos quantitativos de itens com preços inferiores, por meio de alterações contratuais informais, posteriormente, materializadas em um termo aditivo, configurando, assim, a ocorrência de ‘jogo de planilha’”. Também sustentou que “a intenção de conferir vantagem indevida por parte dos agentes administrativos e dos prepostos da pessoa jurídica contratada não constitui elemento necessário para a caracterização do chamado ‘jogo de planilha’”.

O Relator ainda invocou o Acórdão-TCU-Plenário nº 1.757/2008¹⁰⁷, no qual a Corte de Contas firmou entendimento no sentido de que “não é preciso avaliar o eventual dolo da administração ou da empresa para que se caracterize o desequilíbrio contratual e a necessidade de adoção de medidas no sentido de restaurar esse equilíbrio”.

Embora o TCU tenha editado a Súmula nº 259¹⁰⁸ com o intuito de evitar que uma proposta com sobrepreço nos itens unitários seja selecionada ou que um contratado de boa-fé seja responsabilizado¹⁰⁹ pelo superfaturamento de um contrato firmado com base no preço global, sabe-se que há diversos certames que são realizados sem o estabelecimento ou

¹⁰⁵ BRASIL. TCU, 2003. Tomada de Contas Especial 011.101/2003-6. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A1110120036/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520> Acesso em 23 fev. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL. TCU, 2003.

¹⁰⁷ BRASIL. TCU. Tomada de Contas Especial 017.184/2002-8. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A1718420028/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520> Acesso em 23 fev. 2023.

¹⁰⁸ BRASIL. TCU. **Súmula Nº 259**. Brasília, DF: TCU, 2010. “nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei Federal nº 8.443... op. cit. Art. 16: “As contas serão julgadas: (...) III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: (...) c) danos ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

disponibilização dos critérios de aceitabilidade de preços, de sorte que nesses casos, há, sim, uma exposição do contratado ao risco de responsabilização pela alteração unilateral do contrato que venha a lhe beneficiar, ainda que isso se dê em razão de uma demanda da Administração Pública.

É importante notar que a possibilidade de configuração de “jogo de planilhas”, que pode ser configurada com ou sem dolo das partes, existe em função das prerrogativas exorbitantes que são conferidas indistintamente à Administração Pública e que são de conhecimento prévio das partes contratantes. São elas que permitem manejar a alteração unilateral do objeto do contrato para beneficiar o contratante pela redução ou pelo aumento dos itens unitários que foram contratados.

Note-se, ademais, que esse regime de prerrogativas exorbitantes esvazia o contrato como fonte de obrigação da Administração Pública, como destacou Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁰:

“Ao se afastar das teorias que negavam a existência do contrato administrativo, contraditoriamente a doutrina brasileira acabou por esvaziar o contrato como fonte de obrigação da Administração. Como se costumou asseverar, descaberia obrigar a Administração a cumprir o quanto pactuado num contrato, exigir a execução da norma contratual em favor do particular em muitas situações, porquanto não seria possível que ‘o interesse público ficasse vergado ao interesse particular’”.

Além da posição de superioridade em relação ao particular que o regime de prerrogativas exorbitantes visa a garantir para a Administração Pública – o que, conferido indistintamente, e em razão de sua natureza, não condiz com os paradigmas do Direito Administrativo inaugurados pela Constituição Federal –, ele quebra aprioristicamente a previsibilidade da atuação administrativa, o que eleva os preços dos contratos e dificulta o controle da atuação administrativa.

Especialmente em um modelo jurídico excessivamente legalizado e rígido, em que o gestor público pode se escorar na letra da lei para motivar suas tomadas de decisões, sabendo que pode alterar seu entendimento posteriormente, as normas desse regime jurídico funcionam como uma verdadeira cortina de fumaça para o exercício do controle sobre a atuação administrativa, prejudicando a sua eficiência. Ademais, os clássicos casos de “Jogo de Planilhas” demonstram que o regime jurídico excessivamente legalizado e rígido estabelecido

¹¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. In: Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. São Paulo, ano XXIX, n. 107, dez. 2009, p. 74-81.

pela Lei nº 8.666/1993, inicialmente pensado para dificultar o conluio entre o público e o privado, não é imune a essas práticas e que, na verdade, em razão das prerrogativas exorbitantes conferidas indistintamente à Administração Pública, pode até facilitar o arranjo entre aqueles que querem transgredir.

Por outro lado, como o TCU entende que a configuração de “Jogo de Planilhas” independe do elemento subjetivo das partes, fica exposta também uma fragilidade do sistema de prerrogativas exorbitantes da Lei nº 8.666/1993, que consiste na exposição do particular a uma responsabilização em razão de uma circunstância alheia à sua posição contratual, que seria a alteração unilateral do objeto do contrato pela Administração Pública nos casos em que não sejam estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços.

3.4. AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE PANDÊMICA

Outro exemplo prático de inadequação entre as necessidades administrativas e o modelo normativo vigente foi o contexto de crise de saúde pública decorrente da pandemia de Coronavírus. Nesse período, a Administração Pública precisou contratar, com muita celeridade, grandes quantidades de insumos para o enfrentamento da crise.

Como as normas sobre contratações públicas vigentes naquele momento não eram suficientes para comportar essa situação urgente e excepcional, foi preciso editar normas específicas de contratações públicas, que permitissem flexibilizações do modelo vigente, de sorte que as referidas aquisições pudessem ser realizadas com o dinamismo necessário para bem atender as necessidades públicas do momento.

Nesse contexto é que foi promulgada a Lei Federal nº 13.979/2020, com diversas alterações posteriores, e ficou em vigência até 31 de dezembro de 2020. Essa lei implementou diversas medidas que aceleravam o procedimento regular de contratações públicas, a exemplo da dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia de Coronavírus¹¹¹, que sequer

¹¹¹ BRASIL. Lei Federal 13.979/2020... op cit. Art. 4º “É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei”.

ficaria limitada a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilizasse pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado¹¹².

Em contrapartida, exigia que as principais informações acerca dessas contratações públicas fossem disponibilizadas em sítio oficial específico na internet, como forma de garantir a sua publicidade.

Também relativizou a aplicação de sanções, ao estabelecer que, na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, seria possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público, desde que fosse prestada garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não poderia exceder a 10% (dez por cento) do valor do contrato.

A referida lei ainda dispensou a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública¹¹³, admitiu a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado¹¹⁴, etc. Tudo com vistas à desburocratização e celeridade dos procedimentos de contratações públicas, que não encontravam alternativa possível na legislação até então vigente.

Ainda nesse contexto, merece destaque a Lei Federal nº 14.065/2020¹¹⁵, que também ficou em vigência até 31 de dezembro de 2020, e estabeleceu a possibilidade de pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública, adequou os limites de dispensa de licitação e ampliou o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para o contexto pandêmico.

¹¹² BRASIL. Lei Federal 13.979/2020... op cit. Art. 4º-A. A aquisição ou contratação de bens e serviços, inclusive de engenharia, a que se refere o caput do art. 4º desta Lei, não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado.

¹¹³ BRASIL. Lei Federal 13.979/2020... op cit. Art. 4º-C. Para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns.

¹¹⁴ BRASIL. Lei Federal 13.979/2020... op cit. Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado

¹¹⁵ BRASIL. **Lei Federal nº 14.065/2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114065.htm#:~:text=Autoriza%20pagamentos%20antecipados%20nas%20licita%C3%A7%C3%B5es,de%2020%20de%20mar%C3%A7o%20de> Acesso em 15 jan. 2023.

Em 04 de maio de 2021, ainda foi editada a Medida Provisória nº 1.047, que veio a ser convertida na Lei Federal nº 14.217/2021¹¹⁶, que, com ajustes, colocou novamente em vigência as medidas mais bem sucedidas das Leis Federais nºs 13.979/2020 e 14.065/2020, já que os efeitos da crise sanitária ainda se faziam sentir.

Tudo isso demonstra que, diante de uma crise emergencial de saúde pública, os legisladores precisaram agir às pressas para buscar soluções para as novas demandas, pois não as encontraram no arcabouço jurídico disponível naquele momento. Este contava com um excesso de normas, que, além de não oferecerem base jurídica para equacionar as demandas decorrentes do contexto pandêmico, burocratizavam e engessavam as contratações públicas e as tornavam morosas, o que revelava que elas só eram úteis em um cenário de normalidade sócioeconômica.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei Federal nº 14.217/2021**. Dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e de insumos e para a contratação de serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14217.htm> Acesso em 15 jan. 2023.

4. CAPÍTULO IV - A Lei Federal nº 14.133/2021 e uma proposta de regime jurídico de contratações públicas que possa contemplar a heterogeneidade dos módulos contratuais da Administração.

4.1. ANÁLISE DA ESTRUTURA DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

A Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos foi publicada em 1º de abril de 2021 e entrou em vigor desde então¹¹⁷. Ainda assim, a lei estabeleceu um interregno de 02 (dois) anos até que suas disposições se tornassem obrigatórias, ou seja, suas normas passam a ser cogentes somente em 01 de abril de 2023, quando também ficarão totalmente revogadas a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2022 e os artigos 01 a 47-A da Lei Federal nº 14.462/2011, que dispõem sobre licitações e contratos administrativos¹¹⁸.

A despeito disso, a Lei Federal nº 14.133/2021 produziu efeitos imediatamente após a sua publicação. Em primeiro lugar, porque ofereceu ao Poder Público a opção de realizar contratações públicas sob a sua égide ainda durante o seu período de transição¹¹⁹. Nesses casos, a opção deveria ser indicada expressamente, vedada a aplicação combinada do regime jurídico da Lei Federal nº 14.133/2021 com os regimes jurídicos que lhe antecederam.

Além disso, revogou imediatamente os artigos da Lei Federal nº 8.666/1993 que estabeleciam crimes contra licitações e contratos administrativos. Em substituição a eles, foi introduzido o Capítulo II-B na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (“Código Penal”)¹²⁰ para os “Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, cujas disposições estão plenamente vigentes e são aplicáveis às condutas praticadas a partir de sua publicação.

¹¹⁷ BRASIL, Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 194: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

¹¹⁸ BRASIL, Lei Federal nº 14.133... op.cit. Art. 193: “Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei”.

¹¹⁹ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 191: “Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”.

¹²⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848/1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 11 jan. 2023.

A Lei Federal nº 14.133/2021 continuará a ser aplicada subsidiariamente à Lei Federal nº 8.987/1995, à Lei Federal nº 11.079/2004 e à Lei Federal nº 12.232/2010 (“Lei de licitações de serviços de publicidade”)¹²¹, mas somente será aplicada às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias em razão dos “crimes em licitações e contratos administrativos” que previu. As licitações e contratos das estatais e de suas subsidiárias permanecem regidos pela Lei das Estatais e por seus respectivos regulamentos internos.

Neste ponto, vale reiterar que o propósito de consolidação das normas fragmentadas de contratações públicas pela Lei Federal nº 14.133/2021 não foi plenamente alcançado, tendo em vista, primeiramente, que permanecerão vigentes algumas normas sobre contratações públicas já existentes no ordenamento jurídico, as quais continuarão a ser subsidiariamente regidas pelas disposições da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, tal qual ocorria durante a vigência da Lei nº 8.666/1993.

Essa circunstância também é aprofundada pela promulgação do Marco Legal das Startups, que inseriu um capítulo sobre contratações de soluções inovadoras pelo Estado, logo após a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021. Ademais, esta lei também deixou amplo espaço para regulamentações que têm sido editadas pelos diversos entes federativos com competência para tanto – o que, além de contribuir para ampliar a fragmentação do regime jurídico de contratações públicas, dificulta a adoção do regime jurídico instituído pela Lei Federal nº 14.133/2021 aos certames ao longo de seu período de transição.

O legislador da Lei Federal nº 14.133/2021, ao adotar modelo legislativo semelhante ao da Lei nº 8.666/1993, que tinha a pretensão de abarcar todas as hipóteses de contratações públicas, por meio de um regramento excessivamente legalizado e rígido, reforça o problema de fragmentação legislativa que se propôs a mitigar por meio da edição da Lei Federal nº 14.133/2021, mantendo vivos todos os problemas inerentes à inflexibilidade desse modelo legislativo e de sua fragmentação.

Por outro lado, a Lei Federal nº 14.133/2021 acertadamente prezou pela manutenção – e, de certa forma, ampliação – de institutos que proporcionaram experiências bem-sucedidas às contratações públicas. Exemplo disso, foi a incorporação da inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas previstas na Lei nº 8.666/1993, que foi instituída pela Lei do Pregão,

¹²¹ BRASIL. Lei Federal nº 12.232/2010. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm> Acesso em 11 jan. 2023.

em razão da significativa agilidade que essa inversão proporcionou aos certames licitatórios que desfrutaram da medida.

Originalmente, a Lei nº 8.666/1993 determinava que os licitantes apresentassem todos os documentos necessários à sua habilitação, para que, então, fossem julgadas somente as propostas apresentadas por aqueles que fossem devidamente habilitados. No mais das vezes, essa sistemática implicava uma grande morosidade nas contratações públicas, pois implicava a análise de toda a papelada apresentada por todos os interessados no certame.

Nos casos que contavam com a participação de dezenas de participantes, essa fase criava um verdadeiro óbice à celeridade da contratação pública, tornando-a mais custosa e colocando em risco o próprio interesse público que a justificava. A Lei do Pregão, então, rompeu com essa burocracia e implementou um formato no qual somente seriam analisados os documentos de habilitação do licitante que apresentasse a melhor proposta.

Se a sua documentação de habilitação não estivesse adequada aos parâmetros estabelecidos no instrumento convocatório, passar-se-ia à análise da documentação submetida pelo segundo colocado na fase de julgamento de propostas e assim sucessivamente.

A nova sistemática, mais flexível do que a anterior, foi tão bem-sucedida, que veio a ser replicada pelo RDC, conforme disposição do art. 12 da Lei Federal nº 14.462/2011¹²² e, em seguida, adotada como regra geral pela Lei Federal nº 14.133/2021. Com efeito, pela redação do art. 17¹²³, a regra passa a ser a de que a fase de julgamento de propostas anteceda a fase de habilitação nos certames licitatórios regidos pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – e a inversão dessas fases, que outrora fora a regra geral, dependerá de ato motivado, que explicita os benefícios decorrentes dessa inversão.

¹²² BRASIL. Lei Federal nº 12.462/2011... op. cit. Art. 12: “O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento. Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”.

¹²³ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 17: “O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação. § 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação”.

Outro exemplo de incorporação e ampliação de experiência bem-sucedida do regime jurídico de contratações públicas que antecedeu a Lei Federal nº 14.133/2021 foi a possibilidade de previsão de matriz de alocação de riscos nos contratos, com a indicação expressa: (i) dos riscos previstos e presumíveis; e (ii) de quais riscos caberão ao contratante, ao contratado, e quais serão por eles compartilhados¹²⁴.

Esse instituto foi positivado pela Lei Federal nº 11.079/2004, com o intuito de oferecer maior previsibilidade dos riscos sob responsabilidade dos parceiros privados. Posteriormente, essa previsão também foi incorporada pelo RDC instituído pela Lei Federal nº 14.462/2011 e pela Lei Federal nº 13.303/2016, que, inclusive, estabeleceu que a matriz de risco é cláusula contratual necessária na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista.

A possibilidade de utilização do instituto para os demais contratos é positiva, pois esta é uma importante ferramenta de planejamento e gestão dos contratos, que permite ganhos de eficiência, já que o preço final do contrato tende a refletir a remuneração das partes pelos riscos que assumiram, ainda que não seja possível exaurir de antemão todos os riscos supervenientes que sujeitam uma determinada contratação pública.

O legislador da Lei Federal nº 14.133/2021 também cuidou da incorporação de institutos que aprimorassem, ainda que pontualmente, o regime jurídico de contratações públicas vigente até então, para torná-lo mais atual e aderente às novas práticas de mercado.

Exemplo disso foi a instituição do diálogo competitivo como uma nova modalidade licitatória para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza

¹²⁴ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 22. “O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. § 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual. § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

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.¹²⁵

A nova modalidade licitatória serve para contratar: (i) inovação tecnológica ou técnica; (ii) na situação em que a necessidade do órgão ou entidade não pode ser satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; (iii) na situação em que as especificações técnicas não podem ser definidas com previsão suficiente pela Administração Pública; e (iv) em que seja preciso definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, como a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar uma solução já definida ou a estrutura jurídica e financeira do contrato.

A disciplina dessa nova modalidade de licitação foi prevista pelo art. 32 da Lei Federal nº 14.133/2021, que estabeleceu que a Administração deverá divulgar um edital em sítio eletrônico oficial, por meio do qual apresentará suas necessidades e eventuais exigências, com prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. A fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades, sendo que as reuniões com os licitantes pré-selecionados devem ser registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

O edital ainda poderá prever a realização de fases sucessivas e cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas. Ao declarar que a fase de diálogo foi concluído, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de um novo edital, que contenha a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa, com a abertura de prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas.

O dispositivo também estabelece que a Administração pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas antes de definir a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado.

¹²⁵ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 6º: “Para os fins desta Lei, consideram-se:

A síntese do procedimento previsto pelo art. 32 da Lei Federal nº 14.133/2021 permite concluir que o legislador, apesar de reconhecer a necessidade de estabelecimento de diálogo com os particulares para se chegar a determinadas soluções que atendam aos interesses da Administração Pública, o fez de forma bastante restrita, mediante o cumprimento de procedimento minucioso, bastante preocupado com a lisura das tratativas e que demanda um longo período para ser integralmente cumprido.

Sem dúvida, a incorporação do instituto representa um avanço para o atendimento das necessidades públicas, mas o modelo traçado para ele pode representar um entrave àquelas necessidades que, porventura, precisem de mais celeridade ou que não se enquadrem nas hipóteses estabelecidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 para o cabimento da referida modalidade licitatória.

Possivelmente, isso motivou a promulgação do Marco Legal das Startups apenas alguns meses após a promulgação da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, já que o procedimento de contratação ali previsto é tendencialmente muito mais célere e mais flexível do que o previsto pela Lei Federal nº 14.133/2021 para contratações com objetos muito semelhantes.

Nesse sentido, vale analisar o quadro abaixo, com um comparativo entre os dispositivos legais da Lei Federal nº 14.133/2021 e da Lei Complementar nº 182/2021 para que se possa observar a disparidade dos procedimentos para contratar objetos que podem ser essencialmente semelhantes:

Quadro 2 – Comparação entre os regimes jurídicos da Lei Federal nº 14.133/2021 e da LC nº 182/2021 para contratação de inovação

	Lei Federal nº 14.133/2021	LC nº 182/2021
Hipóteses de cabimento	Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou	Art. 12. As licitações e os contratos a que se refere este Capítulo têm por finalidade: I - resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e II - promover a inovação no setor produtivo por

	<p>entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:</p> <p>a) a solução técnica mais adequada;</p> <p>b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;</p>	<p>meio do uso do poder de compra do Estado.</p>
<p>Procedimento</p>	<p>Art. 32, § 1º: Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:</p> <p>I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;</p> <p>II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;</p>	<p>Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.</p> <p>§ 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual</p>

	<p>(...)</p> <p>V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;</p> <p>VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;</p> <p>VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;</p> <p>VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os</p>	<p>solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema.</p> <p>§ 2º O edital da licitação será divulgado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias corridos até a data de recebimento das propostas:</p> <p>I - em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente público licitante; e</p> <p>II - no diário oficial do ente federativo.</p> <p>(...)</p> <p>§ 7º A análise da documentação relativa aos requisitos de habilitação será posterior à fase de julgamento das propostas e contemplará somente os proponentes selecionados.</p> <p>§ 8º Ressalvado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, dispensar, no todo ou em parte:</p> <p>I - a documentação de habilitação de que tratam os incisos I, II e III, bem como a regularidade fiscal prevista no inciso IV do caput do</p>
--	--	--

	<p>elementos necessários para a realização do projeto;</p> <p>IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;</p>	<p>art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e II - a prestação de garantia para a contratação.</p>
<p>Critério de Julgamento</p>	<p>Art. 32, §1º, inciso X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;</p>	<p>§ 4º Os critérios para julgamento das propostas deverão considerar, sem prejuízo de outros definidos no edital:</p> <p>I - o potencial de resolução do problema pela solução proposta e, se for o caso, da provável economia para a administração pública;</p> <p>II - o grau de desenvolvimento da solução proposta;</p> <p>III - a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução;</p> <p>IV - a viabilidade econômica da proposta, considerados os recursos financeiros disponíveis para a celebração dos contratos; e</p> <p>V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.</p> <p>§ 5º O preço indicado pelos proponentes para execução do objeto será critério de julgamento somente na forma disposta nos incisos IV e V do § 4º deste artigo.</p>

<p style="text-align: center;">Seleção da proposta mais vantajosa</p>	<p>Art. 32, §1º, IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;</p> <p>X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;</p>	<p>§ 6º A licitação poderá selecionar mais de uma proposta para a celebração do contrato de que trata o art. 14 desta Lei Complementar, hipótese em que caberá ao edital limitar a quantidade de propostas selecionáveis.</p> <p>(...)</p> <p>§ 9º Após a fase de julgamento das propostas, a administração pública poderá negociar com os selecionados as condições econômicas mais vantajosas para a administração e os critérios de remuneração que serão adotados, observado o disposto no § 3º do art. 14 desta Lei Complementar.</p> <p>§ 10. Encerrada a fase de julgamento e de negociação de que trata o § 9º deste artigo, na hipótese de o preço ser superior à estimativa, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, com base na demonstração comparativa entre o custo e o benefício da proposta, aceitar o preço ofertado, desde que seja superior em termos de inovações, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, limitado ao valor máximo que se propõe a pagar.</p>
--	--	---

--	--	--

Fonte: elaborado pela própria autora.

O Marco Legal das Startups possibilita um maior número de arranjos contratuais para contratar, da forma mais adequada, os diversos tipos de inovação que, por essência, são imprevisíveis. Seja porque estabelece um procedimento mais simples, que requer menos tempo para ser atendido, seja por possibilitar uma multiplicidade de critérios de julgamento e de remuneração, seja, ainda, por assumir a negociação como algo inerente à celebração do contrato administrativo, explicitando, ademais, que a proposta mais vantajosa não necessariamente será a mais barata.

Por outro lado, o diálogo competitivo, que representa um avanço frente às regras ainda mais estritas da Lei nº 8.666/1993, ainda mantém a tradição legislativa de adotar um procedimento excessivamente detalhado, que o torna moroso e inflexível, provavelmente menos adaptável do que o desejado. É também um procedimento muito cauteloso com a transparência das negociações, o que é sempre desejável, mas a procedimentalização sob essa perspectiva também reflete os resquícios do desconforto existente com as negociações estabelecidas entre o público e o privado.

Outra inovação importante da Lei Federal nº 14.133/2021 diz respeito à exigência¹²⁶ da implementação de programas de integridade pelos contratados para a realização de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, que são aqueles que têm valor estimado acima de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)¹²⁷. Além de estar alinhada com as práticas atuais de mercado, que têm exigido das empresas um dever de instituir uma cultura de lisura e boa-fé em suas relações comerciais, essa medida está de acordo com os objetivos de governança e de promoção de um ambiente íntegro e confiável estampados no parágrafo único do art. 11 da Lei Federal nº 14.133/2021.

¹²⁶ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 25: “O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. (...) § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

¹²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 14.133... op. cit. Art. 6º: “Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”;

Ainda não há dados que possibilitem compreender a eficácia dessa medida, mas, à primeira vista, ela parece mais aderente ao controle efetivo de atos de corrupção do que a simples criação de amarras legislativas que impedem a Administração Pública de decidir livremente sobre como atuar perante um determinado caso concreto.

Isso porque ela parte da premissa de que o combate aos desvios não é subsumido ao mundo jurídico, mas que demanda um esforço amplo e conjunto para que ocorra uma mudança de cultura que impacte positivamente o mundo dos negócios. Ela também o faz sem limitar a atividade discricionária da Administração Pública, necessária ao bom desenvolvimento de suas diferentes e complexas atividades.

Por outro lado, a Lei Federal nº 14.133/2021 manteve o regime de prerrogativas exorbitantes em moldes similares aos da Lei nº 8.666/1993, inclusive com a disposição sobre a obrigatoriedade do particular de aceitar acréscimos e supressões do objeto do contrato em até 25% e 50%, a depender do objeto do contrato, mantidas as condições originalmente pactuadas.

Segundo o art. 104, a Administração Pública dispõe das prerrogativas de: (i) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (ii) extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados na Lei; (iii) fiscalizar sua execução; (iv) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; (v) ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Como visto acima, previstas genericamente em um regime excessivamente rígido, essas disposições impactam negativamente a eficiência dos contratos celebrados pela Administração Pública, seja por encarecerem seus preços, seja por prejudicarem a efetividade do controle, seja por facilitarem desvios de conduta dos contratantes.

Esses são apenas alguns exemplos das alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 no regime jurídico de contratações públicas. Importa destacar, neste ponto, que a pesquisa não tem a pretensão de analisar todas as alterações implementadas pelo legislador, mas apenas de ilustrar, com exemplos, os contornos do modelo legislativo adotado pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Pois bem. A despeito da consolidação parcial das normas esparsas sobre contratações públicas, do aproveitamento das experiências bem-sucedidas desses institutos e da promoção de melhorias pontuais no regime jurídico de contratações públicas, é possível afirmar que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não teve uma pretensão refundacional da Lei nº 8.666/1993, isto é, que ela não pretendeu reformular as bases da sua antecessora.

Isso porque manteve muito da estrutura normativa anterior, apenas cuidando de aprimorá-la nos pontos que se mostraram mais problemáticos ao longo dos anos, fazendo as consolidações e incorporações que lhe pareceram devidas. Sem dúvida, houve avanços, atualizações a serem celebradas, mas, ainda assim, não se cuidou de reconstruir o regime jurídico de contratações públicas para expurgar aquilo que lhe era mais danoso.

Nesse sentido, é possível afirmar que o legislador adotou um olhar mais retrospectivo do que prospectivo ao elaborar a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Isso porque suas preocupações recaíram mais sobre o aprimoramento da aplicação das leis de contratações públicas nos moldes em que elas existiam anteriormente do que sobre a investigação de um novo modelo normativo, que eventualmente pudesse ser mais adequado para as suas demandas presentes e futuras.

Diante das reiteradas insuficiências da Lei nº 8.666/1993 que, por tantas vezes, levaram à necessidade de fragmentação das normas de direito público para acomodar as demandas da Administração Pública, não seria irrazoável pensar que o legislador poderia adotar um olhar prospectivo, que lançasse olhar para o futuro para tentar encontrar um arranjo mais benéfico para a rotina administrativa.

Como não houve qualquer justificativa clara para a manutenção da mesma estrutura normativa que fora usada na Lei nº 8.666/1993, responsável por conferir um tratamento rígido e uniformizado às contratações públicas, não se pode identificar com clareza a origem dessa opção.

Possivelmente, ela decorreu da reminiscência de uma cultura estabelecida ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993. Cultura que passa pelo estabelecimento de um arcabouço jurídico-normativo que, de um lado, pretende ingenuamente reger todas as hipóteses de contratos administrativos, e, de outro, serve de amparo para a tomada de decisões pela Administração Pública, sob o argumento de que não se poderia decidir para além daquelas linhas bem definidas.

Também remanesce a cultura de que um modelo excessivamente legalizado e rígido de lei, tal qual o da Lei nº 8.666/1993, supostamente contribuiria para que as relações estabelecidas entre o público e o privado preservassem valores republicanos e de que, somente nos moldes rígidos dessa Lei, seria atendido o suposto dever universal de licitar da Administração Pública.

Ao longo desse trabalho, foi possível demonstrar que essa compreensão, que moveu a atuação daqueles que se mostraram fervorosamente contra qualquer forma de flexibilização da Lei nº 8.666/1993, não tem amparo técnico, pois a Lei nº 8.666/1993, além de constantemente se mostrar inadequada para reger a totalidade dos casos concretos postos à Administração Pública, é enviesada em si mesma, pois, em sua origem, sofreu forte influência de determinados segmentos econômicos, que foram beneficiados pelas suas normas.

Ademais, o seu modelo inflexível, associado ao regime de prerrogativas exorbitantes, podem favorecer voluntarismos ou até a realização de negociatas pelos contratantes – a exemplo dos múltiplos casos de “Jogo de Planilhas” frequentemente identificados pelos Órgãos de Controle – e dificultar o controle efetivo sobre a atuação administrativa, na medida em que facilita a quebra de previsibilidade da atuação administrativa sem uma motivação clara para tanto.

Ainda, não há que se falar em um dever universal de licitar da Administração Pública, pois não é o que se extrai do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que é categórico sobre os contratos administrativos que devem ser precedidos de licitação – o que não implica na inobservância dos princípios constitucionais que devem reger a atuação administrativa, a exemplo da igualdade de tratamento conferida aos particulares.

Esse dever nem mesmo poderia ser inferido de uma leitura da Lei nº 8.666/1993, que tampouco deve ser tratada como “*longa manus*” do texto constitucional no que se refere às contratações públicas e, por isso mesmo, precisa ser vista com cautela, com seus defeitos e virtudes para a solução das demandas postas cotidianamente para a Administração Pública, sem ser tratada como “tábua da salvação” para todo e qualquer contrato administrativo que venha a ser celebrado pelos órgãos e entidades administrativas, mesmo nos casos em que a aplicação do regime jurídico ali estipulado se mostre inadequada.

Por isso, nos próximos tópicos, a pesquisa tentou justamente lançar o olhar prospectivo que parece ter faltado ao legislador quando da elaboração da Lei Federal nº 14.133/2021, com

o intuito de identificar um modelo que, de um lado, se adeque aos diferentes casos concretos submetidos à rotina administrativa – que possa, assim, contribuir para contratações públicas mais eficientes –, e, de outro, que permita uma maior efetividade do controle exercido sobre a atuação administrativa.

4.2. ANÁLISE COMPARADA DO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO COM REGIMES JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Apenas para ilustrar que o modelo legislativo adotado por nosso ordenamento jurídico não é o único possível e que há outros que, a despeito de adotarem uma perspectiva diversa, têm sido considerados bem-sucedidos, passa-se a analisar comparadamente alguns regramentos que podem, em alguma medida, inspirar o legislador nacional na redefinição das bases do modelo legislativo nacional.

Serão analisados, então, os regramentos jurídicos da União Europeia, dos Estados Unidos da América e do Chile. A escolha metodológica por tais regimes se justificou pelo fato de os dois primeiros serem sabidamente mais flexíveis que o regime jurídico nacional, o que contribui para torná-los mais adaptáveis às necessidades concretas da Administração Pública e para as boas posições ocupadas pelos países regidos por eles em pesquisas sobre ambientes negociais públicos. O terceiro regime, por sua vez, se justifica pelo fato de que o país está num contexto socioeconômico mais próximo do brasileiro e de que ele tem sido igualmente bem avaliado nessas pesquisas, ocupando posição mais favorável do que a brasileira.

As pesquisas acima mencionadas eram realizadas pelo World Bank (*Doing Business Review*) e cuidavam de investigar como as legislações poderiam melhorar os negócios e atividades e como poderiam restringi-la. Segundo os dados disponíveis¹²⁸, nos anos de 2019 e 2018, os países integrantes da União Europeia, Estados Unidos e Chile ocupavam posições significativamente melhores nos ambientes negociais públicos do que a que era ocupada pelo Brasil.

Portanto, é válido investigar as principais inovações desses regramentos em relação ao brasileiro, para que se possa refletir sobre como eles têm contribuído para o aprimoramento dos

¹²⁸ WORLD BANK. *Doing Business Legacy*. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment/doing-business-legacy>> Acesso em 28 jan. 2023.

negócios públicos de cada um desses países e, em que medida, essas inovações poderiam ser incorporadas pelo ordenamento jurídico nacional.

4.2.1. As diretrizes europeias sobre contratações públicas

Em maio de 2000, a Comissão Europeia submeteu ao Parlamento Europeu uma proposta de simplificação das diretivas até então existentes sobre compras e contratações públicas, consolidando-as, à época, em apenas duas, e reduzindo à metade o número de artigos em vigor¹²⁹. Isso demonstra que havia, na União Europeia, uma preocupação com a simplificação e com a aplicação racional de seu regramento sobre compras públicas.

Atualmente, portanto, a disciplina das contratações públicas da União Europeia se encontram em três principais diretivas: (i) a Diretiva 2014/23, que inseriu a disciplina geral das concessões de obras e serviços no direito comum europeu; (ii) a Diretiva 2014/24, que substituiu a Diretiva 2004/18 e assumiu o regramento geral dos contratos públicos; e (iii) a Diretiva 2014/25, que revogou a Diretiva 2004/17, para passar a disciplinar os contratos públicos dos setores de água, energia, transporte e serviços postais.

A Diretiva 2014/24, que estabelece um regramento geral sobre as contratações públicas e contratos, embora bastante extensa, faz uma série de limitações à aplicação de suas disposições aos contratos que rege¹³⁰ e, para que não haja prejuízo à igualdade de tratamento dos seus Estados membros ou à livre circulação de mercadorias e serviços, tem uma preocupação com a harmonização da disciplina das contratações públicas, para que as disposições sobre o tema não gerem disparidades indesejadas¹³¹.

¹²⁹ FARIAS, Rogério Assunção de; Em memória de RIBEIRO FILHO, José Francisco; AGUIAR, Sylvana Maria Brandão de. **Licitações e controle nas compras e contratações nas entidades públicas: panorama no Brasil, organismos internacionais, comunidade europeia e estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos**. In: *Gestão Pública, práticas e desafios*. V. 2, n. 2, 2011, p. 87. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaopublica/article/view/1148>> Acesso em 15 jan. 2023.

¹³⁰ MARRARA, Thiago. **Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário**. In: *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 74, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>> Acesso em 8 jan. 2023.

¹³¹ FORTINI, Cristiana; PIRES, Maria Fernanda. **A Diretiva Europeia 2014/24 e as contratações públicas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.carvalhopereirafortini.adv.br/post/a-diretiva-europeia-2014-24-e-as-contrata%C3%A7%C3%B5es-p%C3%BAblicas-no-brasil>> Acesso em 8 jan. 2023.

Ainda a respeito desse modelo jurídico, Thiago Marrara leciona¹³²:

“o que se pretende demonstrar com as considerações expostas até aqui é que o modelo licitatório europeu constitui um sistema tríplice, ou melhor, um sistema de três camadas de regimes jurídicos. No nível mais elevado, estão os contratos regidos pelas Diretivas, sobretudo a Diretiva 2014/24, e superiores aos seus limiares de aplicação. Esse seletivo bloco contém contratos de alto valor e considerável significância para o mercado, daí porque se submete ao direito europeu de modo mais intenso, ou seja, subordina-se ao direito comunitário secundário e a seu regime de padronização. No nível intermediário, posicionam-se os contratos relevantes para o mercado europeu, mas excluídos das Diretivas quer em razão de seu objeto, quer por não atingirem os valores contratuais mínimos, por exemplo, estabelecidos na Diretiva 2014/24. Isso não significa que tais contratos se sujeitem unicamente ao direito nacional. O fato de apresentarem relevância à zona de integração exige que sejam celebrados e executados mediante observância, pelas autoridades contratantes nacionais, do direito comunitário primário e seus princípios estruturais (como a transparência, a não discriminação etc.). Enfim, no nível mais básico e mais abrangente, permanecem os contratos tidos como irrelevantes ao funcionamento do mercado europeu e, por isso, sujeitos unicamente ao direito nacional, como os contratos de baixíssimo valor celebrados por muitos entes locais”.

Por esse modelo, o grupo de contratos de maior valor e de maior relevância é regido predominantemente pelas Diretivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, enquanto os demais são regidos complementar ou exclusivamente pelos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados que integra a União Europeia. O objetivo dessa primeira camada de regime jurídico é dar uniformidade às normas aplicadas a esses contratos, considerados mais relevantes.

Para que fosse possível analisar exaustivamente o regramento europeu, seria necessário analisar como cada um dos Estados da União Europeia incorporou as diretrizes da Diretiva 2014/24 em seus regramentos internos, de sorte que fosse possível investigar as outras duas camadas de regimes jurídicos. Como isso implicaria um significativo desvio de curso da proposta deste trabalho, optou-se metodologicamente pela análise da legislação europeia, considerada na perspectiva da primeira camada de regime jurídico, que rege os contratos de maior relevância para o mercado europeu.

Nesse âmbito, o regramento europeu vale-se de normas-quadro para dar contorno aos contratos públicos, cujo conteúdo costuma estar sujeito a uma ampla liberdade de pactuação das partes contratantes. Para estabelecer as diretrizes que devem ser observadas pelos contratos

¹³² MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. *In*: Revista Colunistas de Direito do Estado, n. 94, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>> Acesso em 8 jan. 2023.

administrativos, essas normas contam com um elevado nível de abstração, que possibilita a ampliação da discricionariedade administrativa para decidir concretamente o que pactuar.

Essa característica é condizente com o paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, já adotado por diversos segmentos do Direito Administrativo brasileiro – mas que ainda não foi plenamente incorporado pelo regime jurídico de contratações públicas. No Brasil, poderia contribuir para a atenuação da fragmentação desse segmento normativo, na medida em que lhe conferiria maior flexibilidade e, por isso, longevidade.

Estruturalmente, com algumas adaptações, o modelo jurídico europeu também poderia ser utilizado como referência para o modelo jurídico brasileiro, pois não há qualquer impedimento para que a lei sobre normas gerais de contratações públicas detalhe menos o conteúdo dos contratos - como fazem as diretivas europeias – e para que abra espaço para as partes contratantes pactuarem as demais normas regentes do contrato¹³³.

A utilização do modelo de normas-quadro no Brasil pressuporia o exercício do ônus da motivação pelos órgãos ou entidades contratantes, que idealmente deveria ser exercido por meio processualização de sua tomada de decisões, sempre segundo as necessidades do caso concreto, para que não se comprometa a dinâmica que se pretende imprimir à contratação pública.

Isso contribuiria para que o acervo normativo, o procedimento adotado para a contratação pública e os contratos confeccionados fossem mais aderentes às necessidades que justificaram essa determinada contratação, o que, conseqüentemente, contribuiria para a ampliação de seu potencial de eficiência. Também contribuiria para a efetividade do controle sobre a atuação administrativa, já que os órgãos ou entidades contratantes precisariam expor o racional que os levaram a contratar de determinada forma.

Também garantiria uma maior horizontalidade das relações público-privadas, se comparadas com o modelo de autoridade pública da Lei nº 8.666/1993, em conformidade com o atual paradigma do Direito Administrativo brasileiro e, por fim, seria um modelo legislativo adequado ao propósito brasileiro de ingresso na OCDE¹³⁴, já que um dos requisitos para

¹³³ Inclusive, esse foi o modelo adotado pela Lei Federal nº 13.303/2016 ao dispor sobre normas de contratações públicas das empresas estatais, pois permitiu que elas estabelecessem os seus próprios regimentos internos, desde que observassem as diretrizes da referida lei.

¹³⁴ Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/brasil-da-mais-um-passo-para-entrar-na-ocde-com-plano-nacional-de-politica-regulatoria>> Acesso em 12 jan. 2023.

ingresso – que é também um dos maiores desafios para o Estado brasileiro – é racionalidade da agenda regulatória nacional.

4.2.2. O modelo norte-americano

O *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”)¹³⁵ é o principal regramento sobre contratações públicas nos Estados Unidos da América (“EUA”) e se refere às aquisições de bens, serviços e obras públicas nos Estados Unidos. Além dele, há o *Office of Federal Procurement Policy* (“OFPP”), que dispõe sobre o sistema federal de compras de todos os departamentos, empresas públicas e de outros órgãos do Poder Executivo que não sejam parte da estrutura dos departamentos.

As normas do FAR podem ser aplicadas às Agências Executivas (“Executive Agencies”), que englobam tanto os departamentos de Estado (Tesouro, Defesa, Justiça, etc.), quanto os departamentos militares e as empresas públicas. Em âmbito federal, os departamentos norte-americanos podem também estabelecer normas internas, desde que preservem os princípios gerais previstos no FAR e não afetem os procedimentos dos demais órgãos da administração.

Dessa maneira, podem as normas internas criar políticas e procedimentos adicionais aos do FAR que se proponham a satisfazer as necessidades específicas de um determinado departamento, conforme disposição da cláusula 1.302.b¹³⁶.

Os Estados e Municípios, por sua vez, podem legislar sobre suas respectivas contratações públicas e só ficam sujeitos à aplicação de uma parcela do FAR quando uma determinada contratação pública for financiada por recursos federais.

Essa realidade, por si só, já é bastante distinta da que existe no Brasil, pois, aqui, a União dispõe de competência exclusiva para legislar sobre as normas gerais de licitações e contratos administrativos, de modo que os demais entes federativos só podem legislar a respeito daquilo que não as contrariar. Como os regimes jurídicos implementados pelas Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993 e Lei Federal nº 14.133/2021)

¹³⁵ Disponível em: < <https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf> > Acesso em 12 jan. 2023.

¹³⁶ FAR, 1.302 Limitations. *Agency acquisition regulations shall be limited to- (a) Those necessary to implement FAR policies and procedures within the agency; and (b) Additional policies, procedures, solicitation provisions, or contract clauses that supplement the FAR to satisfy the specific needs of the agency.*

costumam ser bastante detalhados, sobra um espaço restrito para o exercício da competência de tais entes federativos.

Embora o FAR seja um regramento também muito extenso, ele concebe as compras governamentais como um processo eminentemente negocial, no qual ambas as partes devem trabalhar para que os objetivos do contrato sejam alcançados¹³⁷e, de outro, “margem de imprevisibilidade e flexibilidade às necessidades da administração pública”¹³⁸.

Nesses dois últimos aspectos se distancia do regime jurídico de contratações públicas brasileiro, que, além de ser excessivamente detalhado, limita significativamente as possibilidades de negociação e, como apresentado ao longo deste trabalho, carece de margens de flexibilizações que permitam comportar quaisquer imprevisibilidades. Esses são pontos a serem repensados no ordenamento jurídico nacional, porque é justamente o que falta a ele e o que, ao mesmo tempo, contribui para a fragmentação das normas de contratações públicas.

A respeito do tema, vale citar a análise de Rogério Assunção de Farias, José Francisco Ribeiro Filho e Sylvana Maria Brandão¹³⁹:

“(…) é válido concluir, num esforço de síntese, que o rigorismo formal é característica predominante na legislação brasileira. Especialmente a Lei nº 8.666/93, que foi projetada para ‘não ser amigável’ ao gestor, limitando sua atuação na condução dos negócios públicos. Em oposição, a regulamentação norte-americana, embora sob as firmes bases legais da FAR, é ‘amigável ao gestor’, no sentido que possibilita acomodar alguma margem de imprevisibilidade e flexibilidade às necessidades da administração pública. Pelo FAR, cabe ao gestor fazer uso do exercício do poder discricionário no julgamento do negócio público mais vantajoso para os órgãos do governo e o contribuinte

(…) Nos sistemas, como do Brasil, em que a fonte principal do direito é a lei, existe um segmento especializado em conformar a atividade estatal ao interesse público (cujo parâmetro de definição está na lei), cabendo a esta impor ao Estado o padrão de comportamento administrativo - que é o dever de licitar - admitidas as exceções ressalvadas pela própria lei.

A legislação americana - como a brasileira - adota o parâmetro da lei, mas propicia ao gestor o ‘exercício da iniciativa’, ou seja, membros da equipe de compras governamentais podem julgar se uma estratégia específica, prática, política ou procedimento é de melhor interesse para o Governo e, se não é tratada na lei de compras e contratações, nem ferir o direito (lei ou jurisprudência), ato executivo ou

¹³⁷ FAR, 1.102 *Statement of guiding principles for the Federal Acquisition System. (a) The vision for the Federal Acquisition System is to deliver on a timely basis the best value product or service to the customer, while maintaining the public’s trust and fulfilling public policy objectives. Participants in the acquisition process should work together as a team and should be empowered to make decisions within their area of responsibility.*

¹³⁸ DE FARIAS, Rogério Assunção; Em memória de RIBEIRO FILHO, José Francisco; AGUIAR, Sylvana Maria Brandão de. op cit., p. 76.

¹³⁹ DE FARIAS, Rogério Assunção; Em memória de RIBEIRO FILHO, José Francisco; AGUIAR, Sylvana Maria Brandão de. op cit., p. 98.

outro regulamento, que a estratégia, a prática, a política ou procedimento é permissível ao exercício da autoridade. Ou seja, se não é proibido por lei, pode ser feito.

O Direito Administrativo vigente no Brasil condiciona que a administração pública deve pautar-se pelo que a lei expressamente autoriza – em obediência ao princípio constitucional da legalidade; o gestor público deve conduzir a administração pública sob esta égide, determinando sua estrita observância, na qual, inexistindo previsão legal, resta impedida sua ação”.

Rogério Assunção de Farias, José Francisco Ribeiro Filho e Sylvana Maria Brandão ainda sintetizam¹⁴⁰: “sumariamente, dado o panorama de regulamentos de compras e contratações governamentais nos Estados Unidos, verifica-se a ocorrência de princípios cuja centralidade está na performance, na tempestividade do sistema, que possibilita cumprir objetivos de política pública e que deve ser COST-EFFECTIVE para o contribuinte norte americano”.

Também nesses pontos o regramento norte-americano pode servir de inspiração ao legislador e aos aplicadores do direito brasileiro. Embora a eficiência seja um valor a ser observado pela Administração Pública nacional e que, agora, está também positivada como um objetivo das contratações públicas, ele precisa ser considerado com mais rigor na aplicação dessas normas, não podendo ser esquecido em detrimento de engessamentos legais, como muito se viu ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993.

4.2.3. O regime jurídico chileno

O regime jurídico de contratações públicas chileno é considerado uma referência para toda a América do Sul. Por isso, e por ter uma realidade sócio-econômica mais próxima à do Brasil, merece ser estudado e considerado para possíveis aprimoramentos do ordenamento jurídico nacional.

A Lei nº 19.886/2003 do Chile e o regulamento editado pelo Decreto Supremo nº 250/14 regulam os contratos celebrados entre a administração pública chilena, a título oneroso, para o fornecimento de bens móveis e dos serviços necessários ao exercício de suas funções.

¹⁴⁰ FARIAS, Rogério Assunção de; Em memória de RIBEIRO FILHO, José Francisco; AGUIAR, Sylvana Maria Brandão de. op cit., p. 94.

Um traço marcante da legislação chilena sobre contratações públicas é o elevado grau de centralização normativa e informacional¹⁴¹, que ficam concentradas em seu órgão central de contratações públicas: o ChileCompra. Esse sistema de compras também é marcado por uma elevada informatização e eficiência de disponibilização de dados, o que, de um lado, reduz a onerosidade do aparato estatal, e, de outro, contribui para tornar o sistema de compras públicas chileno um relevante banco de dados, que serve de diretriz para o aprimoramento legislativo.

A Lei Federal nº 14.133/2021 já previu a criação do PNCP com objetivos similares aos objetivos do ChileCompra. Embora a lei nacional ainda tenha desafios a serem enfrentados para a sua completa implementação, se bem implementada, a medida pode contribuir decisivamente para o desenvolvimento contratações públicas nacionais, que hoje conta com uma grande descentralização de informações.

A legislação chilena também é concisa e pouco limitadora da liberdade de pactuação das partes contratantes, de sorte que fica preservada a função normativa do contrato e a adaptabilidade do regramento às demandas concretas da Administração Pública Chilena. São apenas 39 artigos permanentes que somente traçam as linhas bases para as contratações públicas no país.

4.3. UMA NOVA PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO: O ESTABELECIMENTO DE “NORMAS-QUADRO” QUE GARANTAM A FLEXIBILIDADE NECESSÁRIA À CONTEMPLAÇÃO DOS DIVERSOS MÓDULOS CONTRATUAIS.

Os fatos expostos ao longo deste trabalho evidenciaram a inadequação das disposições da Lei nº 8.666/1993 para reger, ainda que subsidiariamente, a totalidade dos contratos firmados pela Administração Pública. Não porque suas normas precisem de adaptações pontuais, mas porque a sua estrutura a torna pouco flexível e pouco adaptável às necessidades contratuais administrativas, que são muito amplas e diversas.

¹⁴¹ Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e Delegação da União Europeia no Brasil. **Compras Governamentais na América Latina: o acesso de pequenas e médias empresas às contratações públicas no Chile, Colômbia, México e Peru.** São Paulo, 2016, p. 89. Disponível em: <<https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Compras%20Governamentais%20Na%20Am%C3%A9rica%20Latina%20-%20O%20Acesso%20De%20Pequenas%20E%20M%C3%A9dias%20Empresas%20%C3%80s%20Contrata%C3%A7%C3%B5es%20P%C3%ABlicas%20No%20Chile%2C%20Col%C3%B4mbia%2C%20M%C3%A9xico%20E%20Peru.pdf>> Acesso em 28 de jan. 2023.

Sutis flexibilizações, como as que foram implementadas pelas normas editadas como subterfúgio às amarras instituídas pelo regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, também não foram suficientes para suprir as necessidades administrativas. Seja porque sempre surgiram novos pontos que demandavam soluções inexistentes na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, seja porque as sutis flexibilizações eram constantemente interpretadas à luz da Lei nº 8.666/1993.

Embora tenha mantido a estrutura altamente legalizada da Lei nº 8.666/1993, o legislador da Lei Federal nº 14.133/2021 fez referência a um elevado número de regulamentações a serem editadas pelas entidades competentes, o que pareceu ser um esforço de adaptação da estrutura legal às particularidades das entidades contratantes.

Isso, sem dúvida, contempla uma parte das necessidades administrativas, mas ainda é limitante das potencialidades de suas contratações, pois desconsidera as particularidades decorrentes dos casos concretos, que, muitas vezes, vão além das particularidades da entidade contratante – a exemplo das contratações que motivaram a promulgação do RDC, que demandavam celeridade em razão da realização de eventos desportivos de grande porte.

Nesse sentido, idealmente, seria preciso identificar um modelo normativo que comportasse o máximo de particularidades que um caso concreto possa ter, para que o contrato administrativo firmado atenda satisfatoriamente a essa demanda e exerça o seu máximo potencial de eficiência – isto é, que o seu objeto seja plenamente satisfeito, em benefício do interesse público que o justificou, custando o mínimo possível.

Sem a pretensão de esgotar as alternativas que poderiam levar a esse resultado, pois não foi esse o objetivo da pesquisa desenvolvida, uma alternativa que parece aderente a esse propósito é a de utilização de normas-quadro pelo legislador, tal qual implementado no ordenamento jurídico europeu e pelo ordenamento jurídico chileno de contratações públicas.

Isso porque essa alternativa, de um lado, resguarda a liberdade de pactuação das partes contratantes – que, em última análise, é o que permite que um determinado contrato se amolde adequadamente a uma determinada circunstância concreta –, sem que a Administração Pública abra mão de estabelecer os contornos mínimos de determinada contratação.

Essa alternativa caminha ao lado da ampliação da discricionariedade administrativa que fora vista nos demais segmentos do Direito Administrativo, e que foi adotada como uma medida necessária para que a Administração Pública pudesse adequar a sua atuação às mais variadas

demandas que ficaram sob sua incumbência, como medida de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

É exatamente o que se espera da Administração Pública também no âmbito contratual. Não há qualquer motivo tecnicamente sólido que justifique a limitação da discricionariedade administrativa nessa seara, já que, nela, a Administração Pública visa à concretização de uma determinada finalidade – que será alcançada por meio da execução do objeto contratual –, que deve, igualmente, ser alcançada com a máxima eficiência.

No modelo em que fossem adotadas as chamadas normas-quadro, as prerrogativas exorbitantes ainda poderiam ser exercidas, mas somente nas hipóteses em que o objeto da contratação as demandasse, isto é, nos casos em que a sua utilização fosse imprescindível para o melhor andamento do caso concreto – mas não pela natureza de uma das partes contratantes, que costuma impactar negativamente os contratos administrativos, conforme visto acima.

Nesse aspecto, o modelo de normas-quadro também parece mais concernente com os paradigmas que regem a atividade administrativa posteriormente à promulgação da Constituição Federal, pois a autoridade pública é exercida somente em função do interesse público que justifica a atuação administrativa – e não simplesmente pela circunstância de a Administração Pública figurar como uma das contratantes.

Ainda, em vista do apontado acima, ela parece servir como medida de incentivo ao bom planejamento administrativo e contribuir para o barateamento das contratações públicas, pois enseja a diminuição do risco de rompimento repentino do que fora inicialmente pactuado.

Em contrapartida – e da mesma forma que ocorreu nos demais segmentos do Direito Administrativo –, seria preciso exercer o controle efetivo da atuação administrativa, o que demandaria o exercício do ônus de motivar adequadamente as tomadas de decisões administrativas.

Nesse cenário, em razão da larga margem de discricionariedade que seria oferecida aos gestores públicos, não seria mais possível motivar uma decisão com base em um artigo de lei qualquer, que, ainda que não se mostrasse o mais apropriado, seria utilizado simplesmente porque não havia alternativa legal à sua não utilização.

Para que o controle sobre a atuação fosse efetivo no modelo de norma-quadro, as decisões da Administração Pública deveriam seguir a linha da processualidade administrativa

– já adotada nos demais segmentos do Direito Administrativo –, de sorte que fosse possível conhecer efetivamente o racional que levou à tomada de uma determinada decisão.

Tomando como exemplo novamente o regime das prerrogativas exorbitantes, no processo administrativo de contratação, seria preciso demonstrar concretamente o que levou a Administração Pública a adotar – ou a não adotar – uma eventual prerrogativa de alteração unilateral do contrato.

Com isso, não se oneraria desnecessariamente contratos administrativos que não precisariam contar as referidas prerrogativas – a exemplo dos contratos de bens e serviços comuns –, mas seria mantida essa possibilidade para aqueles contratos que estivessem sujeitos a alguma variação ao longo de sua execução – a exemplo de contratos sujeitos a oscilação de demandas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da exposição acima, ficou demonstrado que o modelo legal adotado pela Lei nº 8.666/1993 é insuficiente para reger a totalidade das contratações públicas realizadas pela Administração Pública. Não porque eles precisem de refinamentos pontuais, mas porque esses modelos são significativamente inflexíveis e porque, por isso, não se amoldam adequadamente às demandas administrativas, cada vez mais variadas e complexas.

Não foi por outra razão que o país assistiu a um movimento de fuga das amarras instituídas pelo regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, que se deu por diversos meios, dentre os quais a fragmentação das normas sobre contratações públicas, com a promulgação de diversas leis que objetivavam desburocratizar e dar celeridade a determinadas contratações públicas.

As normas promulgadas nesse contexto pretendiam, de alguma forma, fazer adequações ao regime de contratações públicas, para que, a partir delas, fosse possível viabilizar ou tornar mais eficientes as contratações a que se destinavam. A Lei do Pregão, por exemplo, promoveu a inversão das fases da licitação estabelecidas na Lei nº 8.666/1993, passando a analisar os documentos de habilitação somente daquele licitante que ofereceu a melhor proposta, em vez de analisar a documentação de habilitação de todos os interessados no certame.

O RDC, além de replicar essa medida, implementou outras que conferiam celeridade compatível com o cronograma dos eventos desportivos que justificaram a sua promulgação. Exemplo disso foi a possibilidade de realização de contratação integrada em licitações de obras e serviços de engenharia, que permitia que todas as etapas de uma obra fossem feitas por uma única contratada, o que mitigaria riscos e atrasados inerentes à contratação de mais de um parceiro privado para um único empreendimento.

A despeito desse cenário, que, em si mesmo, já dificultava a aplicação racional das normas sobre contratações públicas, sempre houve uma forte e constante resistência à alteração desse modelo legal. Qualquer tentativa de flexibilização do regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 era vista como uma tentativa de flexibilização da moralidade que deve pautar as relações público-privadas.

Essa resistência era feita por diversos atores institucionais, inclusive por órgãos de controle, apesar do amplo reconhecimento de que o regime de direito público instituído pela

Lei nº 8.666/1993 poderia causar ineficiências à atividade administrativa. Tanto era assim que muitos daqueles a quem a norma poderia ser aplicada frequentemente apresentavam ótimas razões para a sua não aplicação, seja para defender uma hipótese de contratação direta, seja para defender a aplicação de outro diploma normativo.

Quando da aprovação da Lei Federal nº 14.133/2021, essa resistência se manteve. Ainda que o legislador tenha feito aprimoramentos pontuais e que tenha cuidado de manter um espaço para acomodação das particularidades inerentes às entidades contratantes, continuou a prevalecer um modelo excessivamente legalizado, rígido, que não garante espaço para a absorção das particularidades inerentes ao objeto do contrato e que, por isso, tende a ser ainda mais fragmentado do que o seu antecessor.

As tentativas foram feitas por meio da incorporação de experiências bem-sucedidas e de modernizações pontuais do regime jurídico, além da uma série de referências à necessidade de edição de regulamentos, mas o legislador ainda deixou de conferir liberdade de pactuação às partes contratantes, em prejuízo da aderência dos contratos administrativos aos casos concretos postos à Administração Pública e, conseqüentemente, da plena satisfação da finalidade pública a que se dirigem.

A insistência por um modelo jurídico muito similar ao da Lei nº 8.666/1993 possivelmente decorre das equivocadas crenças de que há um princípio universal de licitar que possa ser extraído do texto constitucional que, por sua vez, só poderia ser suficientemente atendido por um certame realizado nessas bases, que, ademais, seriam as mesmas que poderiam evitar a prática de voluntarismos e de desvios de conduta na rotina das contratações públicas.

É dizer, essa insistência parece ter decorrido de uma cultura estabelecida ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.666/1993 e de seu regime jurídico enrijecido, mas não tem amparo em qualquer fundamento técnico sólido.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que o legislador da Lei Federal nº 14.133/2021 parece ter adotado um olhar retrospectivo para apenas consolidar as experiências bem-sucedidas e implementar melhorias nos pontos considerados mais problemáticos do regime jurídico anterior. Porém, insistiu em um modelo que tende a incorrer na mesma problemática do modelo anterior, fragmentando-se continuamente, em prejuízo da aplicação racional e eficiente das normas sobre contratações públicas.

Perdeu-se uma oportunidade relevante de repensar as estruturas desse modelo normativo e de adotar um olhar prospectivo para encontrar aquele que supra as necessidades administrativas – atuais e futuras – a contento.

A complexidade da atuação administrativa atual, traduzida numa ampla gama de módulos contratuais dos quais a Administração pode fazer parte, demanda um regime jurídico de contratações públicas menos detalhado, mais flexível e menos fragmentado do que os que têm sido adotados desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, inclusive pela Lei Federal nº 14.133/2021.

Isso garantirá, de um lado, a ampliação da margem de discricionariedade do Administrador Público para decidir concretamente, mediante a motivação dos seus atos e a processualização da tomada de suas decisões, e, de outro, a racionalidade do arcabouço jurídico-normativo sobre contratações públicas.

Nesse sentido, a compatibilização do modelo legislativo atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro com as necessidades administrativas demanda maior adaptabilidade de suas normas e a ampliação do espaço para regulação contratual. Demanda, portanto, a reformulação completa das suas bases e, sobretudo, da cultura que tem justificado a sua manutenção até aqui.

Isso garantiria que, ao mesmo tempo, sejam otimizados os efeitos produzidos por esses contratos – objetivo principal das normas sobre contratação pública – e as decisões tomadas sejam transparentes e racionais, já que não poderão apenas reproduzir o que já se encontra na letra fria da lei e ficarão submetidas a um efetivo controle das autoridades competentes e dos administrados. Afinal, flexibilizar as normas sobre contratações públicas não importa flexibilizar a moralidade administrativa.

Como demonstrado na análise comparada, há outras estruturas normativas que poderiam ser cogitadas pelo legislador como forma de tornar o regime jurídico de contratações públicas mais eficiente. Um exemplo possível seria a estrutura de “normas-quadro”, utilizada pelo ordenamento jurídico europeu, que, de um lado, preserva a autoridade pública e a uniformidade do regramento, pois permite a definição dos contornos básicos a serem adotados nos contratos administrativos, inclusive em função de seus objetos, mas, de outro, resguarda a função normativa do contrato e a sua capacidade de adaptação aos casos concretos submetidos à Administração Pública.

Nesse cenário, as normas gerais sobre contratações públicas teriam o relevante papel de estabelecer balizas mínimas a serem observadas pela atuação administrativa, mas precisaria resguardar alguma margem de adaptabilidade dos contratos para os temas que precisassem ser abordados caso a caso. Isso porque o caráter heterogêneo dos contratos públicos demanda formas heterogêneas de contratar, o que pressupõe que as normas concernentes ao tema sejam mais adaptáveis às mais diversas situações aferidas na rotina administrativa.

Ainda que não fosse esse o modelo a ser adotado pelo legislador, haveria de haver uma preocupação quanto a esse aspecto das normas contratuais da Administração Pública. Isso porque não há motivo para se resignar com a ineficiência das contratações públicas, isto é, com a equivocada ideia de que as contratações da Administração Pública que estejam submetidas a regime de direito público possam ser, de qualquer forma, menos eficientes do que as que sejam regidas pelo direito privado.

É preciso ter em vista que os contratos administrativos não são um fim em si mesmo, mas que eles se prestam a concretizar uma determinada finalidade pública e, em última análise, um direito previsto constitucionalmente. Nesse sentido, o regime jurídico que os disciplinam não podem – nem devem – ser um entrave à sua eficiência. Ao contrário, devem cuidar para estimulá-la em seu máximo potencial.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. Contratos Administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antônio Jorge (coords.). **Direito dos Contratos II**. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 193-216.
- _____. Contrato Administrativo no Brasil – Aspectos Críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Público – RCP**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, mar./ago. 2012.
- _____. Contratos administrativos nos dias atuais. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte: Fórum, a. 17, n. 90, mar./abr. 2015, p. 37-62.
- _____. Impacto da Constituição de 1988 na Compreensão do Contrato Administrativo. In: Maria Sylvia Zanella di Pietro; Fabrício Motta (Org.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 189-190.
- ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela. (Org.). **A carta: para entender a constituição brasileira**. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848/1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, p. 23911, 31 de dezembro de 1940.
- _____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992.
- _____. Lei nº 8.666 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.
- _____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.
- _____. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999.
- _____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 18 jul. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

_____. Lei nº 12.232, 29 de abril de 2010. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p.1, 30 de abril de 2010.

_____. Lei nº 12.462/2011, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 ago. 2011.

_____. Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 20 dez. 2012.

_____. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: edição extra, Brasília, DF, p. 1, 20 nov. 2015.

_____. Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 jul. 2016.

_____. Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.848 de 25 junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de

2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 26 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 24 dez. 2019.

_____. **Lei Federal nº 13.979/2019**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm> Acesso em: 15 jan. 2023.

_____. **Lei Federal nº 14.065/2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p.2, 01 out. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114065.htm#:~:text=Autoriza%20pagamentos%20antecipados%20nas%20licita%C3%A7%C3%B5es,de%2020%20de%20mar%C3%A7o%20de> Acesso em 15 jan. 2023.

_____. **Lei Federal nº 14.133 de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1 – Extra F, Brasília, DF, p. 2, 1 abr. 2021.

_____. **Lei Federal nº 14.217/2021**. Dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e de insumos e para a contratação de serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, P. 2, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14217.htm> Acesso em 15 jan. 2023.

_____. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 182/2021**, Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 2 jun. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>> Acesso em 18 dez. 2022.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4253, de 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 nº 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

nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>> Acesso em 18 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1630433024558&disposition=inline> Acesso em: 12 fev. 2023.

_____. STF. **ADI 4645**. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 14.11.2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 26 jan. 2023.

_____. STF. **RE 441280**. Relator: Min. Dias Tófoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2266991> Acesso em: 27 jan. 2023.

_____. TCU. **Súmula Nº 259**. Brasília, DF: TCU, 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia Pública e Estado no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-BRESSER%20PEREIRA.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 117-130, 2002.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Governança pública: um ensaio sobre pressuposto e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTADOS UNIDOS. **Federal Acquisition Regulation**. Washington, DC: Department of Defense, National Aeronautics and Space Administration, 2019. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/far/current/pdf/FAR.pdf>> Acesso: 25 jan. 2023.

FARIAS, Rogério Assunção de; Em memória de RIBEIRO FILHO, José Francisco; AGUIAR, Sylvana Maria Brandão de. Licitações e controle nas compras e contratações nas entidades públicas: panorama no Brasil, organismos internacionais, comunidade europeia e estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos. In: **Gestão Pública, práticas e desafios**. V. 2, n. 2, 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaopublica/article/view/1148>> Acesso em 15 jan. 2023.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Maria Fernanda. **A Diretiva Europeia 2014/24 e as contratações públicas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.carvalhopereirafortini.adv.br/post/a-diretiva-europeia-2014-24-e-as-contrata%C3%A7%C3%B5es-p%C3%BAblicas-no-brasil>> Acesso em 8 jan. 2023.

- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.
- HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentair de Droit Administratif**. Paris: Sirey, 1925, p. V.
- JORDÃO, Eduardo. **Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil**. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação**. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1.
- LIMA, Claudia. Os maiores escândalos de corrupção do Brasil. **Super Interessante**, São Paulo, 24 fev. 2012. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/os-maiores-escandalos-de-corrupcao-do-brasil/>>. Acesso em: 21 jan. 2023.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIX, n. 107, 2009.
- _____. ; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- _____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89-113.
- OCDE, 2009, Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em Contratações Públicas. Disponível em: < <https://biblioteca.cade.gov.br/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=3493>> Acesso: 23 jan. 2023.
- _____, 2021, Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>> Acesso: 23 jan. 2023.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 135, jul./set. 1997.
- MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias: In: **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 94, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>> Acesso em 8 jan. 2023.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Serviço Público**. In: **Revista de Direito Administrativo**. 189:100-13, jul./set. 1992.

- MEDAUAR, Odete. **Constituição de 1988: catalizadora da evolução do Direito Administrativo?**. In: Revista do Advogado, n. 99, ano XXVIII, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, set. 2008.
- MONTEIRO, Vera. **Administração Pública por contrato no nosso tempo: a fragmentação e a inflação legislativa em matéria de contratos públicos são um problema?** Jota, São Paulo, 06 set. 2022. Publicitas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/administracao-publica-por-contrato-no-nosso-tempo-06092022>> Acesso em 15 jan. 2023.
- PEREZ, Marcos Augusto. **Monitoramento digital das contratações públicas: governo como plataforma de dados.** Jota, São Paulo, 29 set. 2020. Publicistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/monitoramento-digital-contratacoes-publicas-29092020>> Acesso em 15 jan. 2023
-
- _____. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.). **Controle da Administração Pública**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. 1.
-
- _____. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas.** Tese de livre docência. Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <www.teses.usp.br> Acesso em 14 nov. 2022.
-
- _____. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN, Filho Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, v. 1.
-
- _____. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein (Coords.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 263-273.
-
- _____. **Testes de Legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.87-89.
- PETROBRAS. **Entenda nossas contratações por licitação simplificada.** 30 maio 2014. Disponível em: <<https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-nossas-contratacoes-por-licitacao-simplificada.htm>> Acesso em: 24 jan. 2023.
- ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <www.teses.usp.br> Acesso em 29 out. 2022.
-
- _____. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?** As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.
-
- _____. **As licitações segundo a Lei n. 8.666: um jogo de dados viciados.** In: Revista de Contratos Públicos [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

- SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. *In*: Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (Orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SOUZA, Rodrigo Pagani. Em busca de uma administração pública de resultados. *In*: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.) **Controle da Administração Pública**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Renovação. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, vol. I, p. 33-39.
- _____. Como reformar as licitações? *In*: **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. *In*: Carlos Ari Sundfeld. (Org.) **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. ROSILHO, André Janjácómo. Onde está o princípio universal da licitação? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITS, Guilherme Jardim (Orgs.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos**. *In*: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: ano 11, n. 41, jan./mar. 2013, p. 57-72.
- _____. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. *In*: Carlos Ari Sundfeld. (Org.) **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/eu do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=FR>> Acesso em 25 jan. 2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em:< <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20160101:PT:PDF>> Acesso: 25 jan. 2023.