



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

UANNE ULDIERY OLIVEIRA SILVA

**CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: A DISCRICIONARIEDADE NA ELABORAÇÃO
DO EDITAL**

Salvador
2017

UANNE ULDIERY OLIVEIRA SILVA

**CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: A DISCRICIONARIEDADE NA ELABORAÇÃO
DO EDITAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Geovane de Mori Peixoto.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

UANNE ULDIERY OLIVEIRA SILVA

CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A DISCRICIONARIEDADE NA ELABORAÇÃO DO EDITAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A
Meus pais, meu alicerce.
A Ulli e Udma, minhas irmãs, sempre
companheiras.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar e guiar os meus passos nos caminhos doces e árduos da trajetória acadêmica.

Aos meus pais, por me permitirem traçar o meu próprio roteiro e segui-lo com apoio e incentivo.

As minhas irmãs, Ulli e Udma, pela paciência e companheirismo, que me foram tão preciosos nos momentos difíceis.

A Matheus, com amor, pelo suporte e por dividir comigo os meus projetos desde o início desta caminhada.

Aos meus amigos, por dividirem as angústias e felicidades, tornando o meu dia-a-dia ainda mais leve e alegre.

Aos profissionais, com os quais aprendi, para além dos ensinamentos técnicos, os valores éticos da profissão, em especial Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia e Maria Eloy Allegro.

Ao meu orientador, Professor Geovane Peixoto, pelo privilégio de contar com as suas preciosas observações, sugestões e críticas, que muito contribuíram para enriquecer este trabalho.

“O que faz andar a estrada? É o sonho. Enquanto a gente sonhar a estrada permanecerá viva. É para isso que servem os caminhos, para nos fazerem parentes do futuro”.

Mia Couto

RESUMO

O presente trabalho científico versa a análise da discricionariedade dos agentes públicos na elaboração do edital, instrumento convocatório da licitação, como um fator de estímulo à corrupção no âmbito das licitações e dos contratos públicos. A discricionariedade administrativa consiste na margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao administrador público para que este realize uma escolha, dentre várias alternativas possíveis, que melhor concretize o interesse público. Tratando-se, pois, de liberdade de decidir, quando exercida com excesso conduz ao abuso de poder, o que resulta em decisões arbitrárias. Posto isso, para análise a que se propõe esta monografia, far-se-á necessário o estudo do desenvolvimento histórico da corrupção no Brasil e das principais construções jurídicas voltadas ao combate às práticas corruptas, dentre as quais, em atenção ao escopo desta pesquisa, destaca-se a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.666/93. Necessário, também, perquirir o histórico da licitação no sistema brasileiro, bem como os aspectos legais que envolvem a disciplina deste instituto jurídico. Além disso, imperiosa a análise da discricionariedade administrativa na legislação referente à licitação. Objetiva-se com esta pesquisa, a partir dos referidos aspectos teóricos e jurídicos, verificar de que forma o exercício do poder discricionário (arbitrário), pelo agente público, enseja a ocorrência de práticas corruptas nas contratações públicas, a fim de, em última análise, pontuar o papel exercido pela Lei de Licitações como mecanismo de controle do fenômeno da corrupção.

Palavras-chave: corrupção; licitação; edital; discricionariedade; arbitrariedade; agente público.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal da República
DL	Decreto-lei
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
MP	Medida Provisória
n.	Número
p.	Página
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CORRUPÇÃO	12
2.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	15
2.2 OS MARCOS DE CONTROLE À CORRUPÇÃO	19
2.2.1 A Constituição Federal de 1988.....	19
2.2.2 A Lei n. 8.666/93 como marco legal no combate à corrupção	23
3 LICITAÇÃO NO BRASIL	32
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	32
3.1.1 Decreto 15.783/1922: O Regulamento Geral de Contabilidade.....	32
3.1.2 Decreto-lei 200/1967	38
3.1.3 Decreto-lei 2.300/1986	42
3.2 MARCO CONSTITUCIONAL.....	46
3.3 ATUAIS MARCOS LEGAIS DA LICITAÇÃO BRASILEIRA	50
3.3.1 A Lei geral de licitação (Lei nº 8.666/93)	50
3.3.2 O Pregão	54
3.3.3 O Estatuto das Micro e Pequenas Empresas e as Licitações: LC 123/2006	58
3.3.4 O Regime Diferenciado de Contratações - RDC	60
3.3.5 A Lei das Estatais e as Licitações: Lei Federal 13.303/2016.....	62
3.4 A LICITAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DA CORRUPÇÃO	64
4 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	66
4.1 A DISCRICIONARIEDADE NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO.....	71
4.1.1 A discricionariedade na elaboração dos editais à luz da Lei n. 8.666/1993.....	74
4.1.2 A discricionariedade na elaboração dos editais à luz da atual proposta legislativa: PL 6814/2017	85
4.2 DISCRICIONARIEDADE E CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL PREVENTIVO DO ESTATUTO DE LICITAÇÕES NO COMBATE À CORRUPÇÃO	90
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	98

1. INTRODUÇÃO

Como é sabido e amplamente divulgado nos meios de comunicação, a corrupção impera na Administração Pública brasileira. Trata-se de um fenômeno político-social que impacta diretamente na gestão dos recursos estatais, refletindo na prossecução dos interesses públicos.

Sabe-se também que a corrupção política se relaciona intimamente com as licitações e contratos públicos, exurgindo dessa conexão o seguinte questionamento, do qual se extrai o objeto do presente trabalho: em que medida o Estatuto de Licitações propicia a prática de atos corruptos?

A partir da análise da Lei de Licitações, identifica-se a discricionariedade conferida ao administrador na fase preparatória do certame, mais precisamente na elaboração do edital, como um fator que enseja a corrupção nas contratações públicas.

Desse modo, considerando que a lei é um dos limites do poder discricionário, o presente estudo propõe-se à análise do suscitado problema à luz da Lei n. 8.666/93 e do Projeto de Lei n. 6.814/2017, que promete ser o novo marco legal da licitação brasileira, a fim de identificar de que forma a discricionariedade conduz à corrupção nas licitações públicas, isto é, como se expressa o abuso de poder no procedimento licitatório.

Para melhor compreensão da relação entre o fenômeno da corrupção e as licitações, a análise partirá do histórico da corrupção no Brasil e dos principais marcos jurídicos de combate a essa patologia, com foco na Lei 8.666/93, que tem como objetivo primordial assegurar a responsabilidade da Administração Pública no emprego dos recursos estatais. Este exame é objeto de estudo do primeiro capítulo da monografia.

O segundo capítulo, intitulado Licitação no Brasil, adentra no estudo histórico da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, partindo dos primeiros diplomas normativos que trataram da matéria, até se chegar aos atuais marcos legais, com o escopo de identificar as mudanças no tratamento jurídico do instituto da licitação.

No terceiro capítulo são analisados a discricionariedade administrativa e os principais aspectos legais da Lei 8.666/93 e do PL 6.814/2017 que delimitam a margem de liberdade dos agentes públicos na configuração do certame, para se chegar a relação entre a discricionariedade e corrupção nas licitações e contratos públicos, evidenciando-se o papel de uma Lei de Licitações no combate ao problema.

Por fim, na conclusão, são apresentadas as percepções sobre o problema estudado.

Destaca-se o recurso metodológico adotado, qual seja o método exploratório, que utiliza a pesquisa bibliográfica, com análise da doutrina e legislação existente sobre o tema, examinando os seus aspectos teóricos, sem escapar da prática administrativa, como forma de contribuir para um estudo mais técnico do problema levantado. Desse modo, cumpre pontuar que o presente ensaio não se propõe ao exame e aprofundamento de possíveis soluções ao problema suscitado.

2. CORRUPÇÃO

A corrupção apresenta-se como um fenômeno universal, de raízes seculares na história do homem. “O primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente, seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres inéditos da carne”¹.

Com efeito, não se trata de um fenômeno novo, contemporâneo, tampouco localizado no tempo, espaço e regime político. Nesse sentido, Fernando Figueiras afirma que o problema inerente à corrupção reside em sua permanência, a ponto de compor a natureza das ordens políticas².

Não é tarefa fácil definir de forma precisa e segura o conceito de corrupção, pois, tendo em vista as diversas formas que se manifesta, são muitos os significados atribuídos ao termo e diferentes as abordagens do tema, inexistindo um conceito unívoco, sendo certa, porém, a sua conotação pejorativa³, como assinala a própria etimologia do termo.

O vocábulo corrupção deriva do latim *corruptio*, de *corrumpere*, que significa deitar a perder, estragar, destruir ou corromper⁴, logo, refere-se à um mal grave.

Já em latim o seu sentido é metafórico. Exprime uma analogia, a analogia da podridão física das frutas - que as destrói e traz a destruição para as que a elas tocam - com a "podridão" moral do homem - que o destrói e o toma destrutivo para a comunidade⁵.

Em que pese a variedade de significados, não se pode negar que a corrupção sempre esteve atrelada a questão da moralidade na administração pública, aos valores no plano da moral. A moralidade pública está intimamente atrelada à ideia de um bom governo, de uma administração honesta, correta, da coisa pública, de modo que, a corrupção é, pois, pode-se assim dizer, o seu contraconceito, o seu oposto.

Por estar associada à moral política, a corrupção é representada como a precedência dos interesses privados em relação ao interesse público. Ou seja, um dimensão da

¹ TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 218, p. 2, out. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47451/45261>>. Acesso em: 03 Set. 2017.

² FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, Democracia e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 82.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 185, jul. 1991, p. 2. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em: 05 Set. 2017.

⁴ CORRUPÇÃO. In: **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 227.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op cit.*, jul. 1991, p. 3.

vida privada que não é legítima pelo fato de estar dissociada dos valores e normas que organizam o interesse público⁶.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷ define a corrupção como “uma variedade de abuso de poder por parte de quem o detém, que consiste em usá-lo indevidamente para obter vantagens de seu interesse”. Ou seja, dá-se a corrupção quando utiliza-se indevidamente o poder com a finalidade precípua de obter proveitos que atendam a interesses particulares, quaisquer que sejam eles.

As práticas corruptas podem se manifestar tanto na esfera pública, quanto na esfera privada, todavia, o presente trabalho limitar-se-á à corrupção como fenômeno político, isto é, à corrupção na modalidade pública, que se manifesta no uso de recursos públicos em benefício de interesses pessoais.

Em estudo sobre a corrupção enquanto fenômeno social e político, Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁸ apresenta o conceito de corrupção em seu sentido geral e estrito. Em um sentido amplo, a corrupção indica a conduta da autoridade pública que se desvia das normas aceitas, com o fim de satisfazer interesses privados. Já em um sentido estrito, acrescenta-se ao conceito geral a retribuição material como instrumento, contrapartida, da conduta indevida.

Caio Tácito define a corrupção na esfera estatal como a “conduta ilícita do servidor que aceita ou solicita vantagens para a prática de ato de ofício. Assim, se identifica a figura da corrupção passiva”⁹.

Neste sentido, Emerson Garcia¹⁰ refere-se ao “uso ou omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca de obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”.

Como se pode ver, todos esses conceitos assinalam a conduta do agente público que se desvia dos fins para os quais cumpre a sua função institucional, com vistas a realizar interesses particulares, próprios ou de terceiros, sobrepondo-os ao bem comum.

⁶ FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, Democracia e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p.84.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Corrupção, democracia e aparelhamento partidário do estado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 273, set. 2016, p. 487. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66754/64693>>. Acesso em: 09 Set. 2017

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 185, jul. 1991, p. 3 *et seq.*

⁹ TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 218, out. 1999, p. 4.

¹⁰ GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma visão Jurídico-Sociológica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fev. 2004, p. 441.

A história revela que as práticas corruptas se manifestaram em várias formas de governo ao longo dos tempos, contudo, muito embora a corrupção não esteja atrelada a um regime político específico, tem-se que é na democracia que se encontra um ambiente mais seguro, na medida em que os mecanismos de controle e de participação popular são fortalecidos.

Por outro lado, nos regimes autoritários a corrupção encontra uma ambiente propício para germinar, em virtude da ausência de mecanismos de controle público da função administrativa. A corrupção resulta, pois, da debilidade democrática, como bem ilustra Emerson Garcia:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita a legalidade, da arbitrariedade do poder e da consequente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* em face do anseio coletivo.¹¹

São altos os custos da corrupção, principalmente os sociais. A condução indevida dos recursos públicos leva à ineficiência estatal no que toca ao atendimento das necessidades coletivas, aumentando as desigualdades sociais. Pode-se, assim, afirmar que a corrupção impacta negativamente na prossecução das garantias fundamentais resguardadas pelo Estado Democrático de Direito, a saber, o direito à saúde, à educação, à moradia, dentre outros protegidos pela Constituição Federal de 1988.

(...) Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.¹²

Ademais, a patologia da corrupção apresenta também consequências políticas, dado que conduz à descrença da sociedade no Estado, em suas instituições políticas e, por consequente, à um crise de legitimidade da ordem democrática, da qual também se origina.¹³

A partir desse breve estudo do fenômeno da corrupção, mostra-se importante a perquirição histórica desse problema no Brasil. Isso porque, embora sejam novos os mecanismos e as práticas corruptas, “os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações

¹¹ GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma visão Jurídico-Sociológica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fev. 2004, p. 442.

¹² *Ibidem*, p. 453.

¹³ ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez, *et al.* (Orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p.364.

passadas, das quais constituem mera continuação”, vale dizer, a corrupção é um problema vivenciado no passado que ainda persiste no presente¹⁴.

2.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

As práticas corruptas hoje vivenciadas remontam-se à séculos, e tem suas raízes históricas na colonização portuguesa no Brasil e, há ainda quem se refira ao seu descobrimento.¹⁵ Aliás, a “corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos”.¹⁶

Em profunda análise sobre o tema, Sergio Habib¹⁷ demonstra que a forma como se deu a colonização do Brasil propiciou a corrupção. O autor observa que os que aqui chegavam visavam tão somente a exploração e expropriação das riquezas da colônia, inexistindo, por parte dos colonizadores, qualquer compromisso em edificar os valores éticos e morais do povo, tampouco com a construção de uma nação.

Ausentes os sentimentos e interesses coletivistas, prevalecia, assim, o individualismo, de modo que cada um buscava unicamente apropriar-se das riquezas da colônia, sem nenhuma preocupação com o seu destino enquanto nação.

Nesse contexto a corrupção é favorecida pela relação de subordinação firmada entre a Metrópole e a colônia, manifestando-se no contrabando, no desvio das mercadorias enviadas para Coroa portuguesa, assim como na subtração e sonegação dos impostos reais, já após a fundação das capitanias hereditárias.

Com a vinda da família real para o Brasil em 1808 e, logo após, a emancipação política da colônia, que se deu em 1822, iniciou-se um processo de desenvolvimento nas mais diversas

¹⁴ GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma visão Jurídico-Sociológica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fev. 2004, p. 442.

¹⁵ “A corrupção existe desde o seu descobrimento. Já a encontramos no pedido de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel, em 1º de maio de 1500, quando ele pediu por seu genro, ladrão, degredado em São Tomé. No final de sua carta, diz o escrivão da frota de Pero Álvares Cabral: “E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo com em outra qualquer coisa que de vosso serviço for. Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer graça especial, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – que d’Ela receberei em muita mercê.”” (TOURINHO NETO, Fernando. **Corrupção na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.2d0.0.0.0/revs.nfo.2d1.0.0.0/revs.nfo.2d5.0.0.0?fn=document-frame-nosync.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 03 Set. 2017).

¹⁶ HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 26.

¹⁷ *Ibidem*, p. 4 et seq.

áreas, no entanto, a corrupção se preservou, assumindo, tão somente, novas faces para se adequar à nova realidade. Tornou-se mais requintada em relação aos seus atores, passando a ser praticada pelos nobres, ministros e demais ocupantes do governo, que utilizavam dos seus cargos e das suas posições sociais para se locupletarem às custas do erário.¹⁸ Sob essa ótica, a política era o ambiente favorável ao desenvolvimento de práticas corruptas.

Habib¹⁹ narra que Ruy Barbosa, intelectual da época, “advertia para a necessidade de retomar-se o princípio da moralidade administrativa, já que eram frequentes os casos de improbidade e desvios das verbas públicas”.

Era prática comum no período imperial a concessão de títulos de nobreza em troca de favores, como forma de obter vantagens dos servidores públicos, corrompendo-os. A distribuição de títulos honoríficos já era, à época, alvo de críticas, por se tratar de prática nociva.

Os casos de corrupção somados a diversos outros fatores contribuíram para o desgaste do governo imperial e para o fortalecimento dos movimentos republicanos, resultando na proclamação da República, acompanhada da promessa de se acabar com as antigas práticas ilícitas e de se resgatar os valores morais abandonados pelo regime precedente.

Contudo, o Brasil-República revela-se na história como o ambiente em que a corrupção cresceu ainda mais, o que é um contrassenso aos ideais e compromissos em que se instituiu esse sistema de governo.

Como bem ilustra Habib²⁰,

[...] esbarrondava-se, assim, a moral republicana e, em seu lugar, fortalecia-se emaranhada teia de interesses de certos grupos econômicos, cujos propósitos – quase nunca explícitos – visavam a obtenção de lucros sempre maiores e a sua permanência.

Na República Velha, primeira fase do período republicano, foi reestabelecido o coronelismo, que marcou a política nacional pelo apadrinhamento, protecionismo e troca de favores, sucedendo-se as fraudes eleitorais e o sistema de clientelismo no serviço público, com o conseqüente crescimento da máquina estatal.²¹

¹⁸ HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p.12 *et seq.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²¹ *Ibidem*, p.27 *et seq.*

Nessa perspectiva, a corrupção concentrava-se nos desvios comportamentais dos coronéis guiados pelo interesse político e pela manutenção no poder. Observa-se que, nesse período, a representatividade política e a legitimidade democrática já não caminhavam mais juntas.²²

Fraude eleitoral, malversação das verbas públicas, desvios de rendas, tráfico de influência, “apadrinhamento”, propinas e subornos, interesses políticos escusos, beneficiamento de oligarquias com isenções fiscais, com cargos e salários excessivamente elevados, “coronelismo” (com todo tipo de condescendência criminosa, acobertamento de criminosos, empreitadas sinistras, suborno dos membros do poder judiciário, do ministério público, da polícia judiciária, perseguições políticas por interesses inconfessáveis etc), agenciamento de empréstimos em empresas públicas, enfim, numa só palavra: corrupção, eis no que se transformara a República.²³

Em que pese o discurso levantado pelos políticos da época estivesse pautado na necessidade de se combater a patologia da corrupção, os governos republicanos que se sucederam no tempo e precederam à implantação do governo militar no país não lograram êxito no combate às práticas corruptas, que se concentravam, principalmente, na política.²⁴

Em 1964 implanta-se no Brasil o regime ditatorial. Apesar do anunciado objetivo de eliminar os males que acometiam o país, a subversão e a corrupção, foi nesse período que as práticas corruptas cresceram significativamente. Os militares lograram êxito quanto a subversão, porém, no que toca a corrupção, como já anunciado, “aumentam-na, ampliam-na e são, em muitos momentos, seus principais mentores”.²⁵

A corrupção se intensificou no período ditatorial pois não era possível se valer de qualquer tipo de controle da gestão pública, em decorrência da censura dos meios de comunicação, assim como da ausência de qualquer instrumento de controle social sobre os atos dos governantes, o que resultou em elevados custos para o país, não só econômicos – prejuízos aos cofres públicos, e políticos, mas, principalmente, morais.²⁶

Os obstáculos à fiscalização das condutas imorais e opressoras praticadas pelos militares fomentavam a sua reprodução, vez que geravam uma “proteção” para aqueles que as praticavam, propagando-se o sentimento de impunidade.

Soma-se à isso os elevados prejuízos à economia nacional, com a expropriação das riquezas brasileiras como resultado do imperialismo norte-americano e dos altos empréstimos

²² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.49.

²³ HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 37.

²⁴ *Ibidem*, p. 39.

²⁵ *Ibidem*, p. 42 et seq.

²⁶ *Ibidem*, p. 44.

concedidos por organizações internacionais, dispensados, por vezes, à consecução de obras faraônicas e à propinas e subornos, a custo de toda nação.²⁷

Sucedem que, a redemocratização nacional, com a eleição de Tancredo Neves, primeiro presidente civil eleito e, logo depois, a assunção de Sarney, não avançou no combate à corrupção. Muito pelo contrário, o governo Sarney foi marcado pelas inúmeras denúncias de corrupção, que envolviam, até mesmo, o presidente. Nas palavras de Habib, “foi o governo dos conchavos, dos acertos prévios, dos contratos fraudulentos, das tramoias e cavilações de todo o tipo”.²⁸

Não foi diferente o governo que lhe sucedeu com a eleição direta de Fernando Collor De Mello. A sociedade apostava as suas esperanças no compromisso do então eleito presidente com os ideais republicanos, que foram esquecidos pelos governantes que o antecederam.

Contudo, em que pese o discurso de “caçador de marajás”, o governo Collor se notabilizou pelos escândalos de corrupção, culminando em uma intensa mobilização nacional pela sua saída do governo e no conseqüente processo de impeachment por crime de responsabilidade que levou à renúncia do presidente.

Importante ressaltar que, a despeito da participação mais ativa da sociedade no processo político nacional, diante da indignação pelos quase cinco séculos de corrupção e de impunidade que marcam a história do país²⁹, visualizada na persecução da corrupção no governo Collor, sucederam e sucedem novos casos de corrupção no sistema político brasileiro.

Não faltam exemplos de corrupção nos tempos atuais. A título ilustrativo, cita-se os emblemáticos e notórios casos intitulados “mensalão”, “lavo-jato”, “sanguessuga”, “zelotes”, todas operações de investigação de corrupção registradas nas recentes linhas da história do Brasil.

O estudo histórico da corrupção no Brasil revela, assim, que a alternância de governos não proporcionou mudanças, no que toca a existência da corrupção. Tal fenômeno se verifica desde a colonização do país e, ao longo dos anos, apenas assumiu novas roupagens. A par disso, cumpre analisar a evolução do combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁷ HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 76 *et seq.*

²⁸ *Ibidem*, p. 58 *et seq.*

²⁹ *Ibidem*, p.72.

2.2 OS MARCOS JURÍDICOS DE CONTROLE À CORRUPÇÃO

Objetiva-se neste tópico analisar as principais construções jurídicas cujo conteúdo está voltado ao controle do problema da corrupção na esfera pública, com ênfase na Constituição Federal de 1988 e na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), haja vista que a discussão de fundo deste estudo é o papel assumido pelo estatuto jurídico da licitação no combate à corrupção.

2.2.1 Constituição Federal de 1988

No cenário narrado, a Carta Magna de 1988 representa um marco no combate ao fenômeno da corrupção. Em diversas passagens do texto constitucional verifica-se a preocupação do legislador constituinte com a gestão da coisa pública, como, por exemplo, ao estabelecer como garantia fundamental o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, XXXIV), assim como, ao prever a ação popular, à disposição de todo cidadão, e a ação pública como instrumentos de proteção coletiva (artigo 5º, LXXIII e artigo 129, III).

Já em seu artigo 37, *caput*, a Constituição de 1988 submete a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da atividade administrativa, à observância obrigatória dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, verdadeiras linhas diretrizes, cujo escopo é coibir o desvio e abuso de poder pelos agentes públicos.

Insta ressaltar que a alusão expressa na Carta Magna aos referidos princípios, próprios do regime jurídico da Administração Pública, é uma das inovações do texto constitucional de 1988.

No Direito Administrativo os princípios exercem relevante papel, estabelecendo o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração Pública. Porém, devido à distância exacerbada entre o dever-ser e o ser, existente nos múltiplos setores da Administração Pública brasileira, louvável foi a preocupação do Constituinte originário de 1988 em constitucionalizar princípios consagrados na esfera administrativa.³⁰

³⁰ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 14.

À esse conjunto de princípios constitucionais, os referenciados no *caput* do artigo em comento e também os decorrentes de seus incisos e parágrafos, conforme dispõe a parte final da sua redação, princípios esses que norteiam a atuação dos agentes públicos no exercício da função administrativa, dá-se o nome de regime jurídico-administrativo, ao qual se sujeita a Administração Pública como um todo.³¹

A Administração Pública deve estrita observância as normas e princípios que governam a sua atividade e, “ao mesmo tempo em que lhe asseguram privilégios e prerrogativas, impõem limites e restrições inexistentes para os particulares”.³²

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo surge com o Estado de Direito para disciplinar e regular a relação da Administração Pública com os administrados, impondo limites a atuação da Administração, com o fim de resguardar os cidadãos do exercício desregrado do poder estatal.³³

Disso decorre que os atos praticados pela Administração Pública não podem estar pautados na vontade livre de seus agentes. Estes devem atuar em consonância com as diretrizes constitucionais, que visam, sobretudo, coibir o desvirtuamento no exercício do poder estatal.

Importante notar que a Carta Magna de 1988 inovou ao consagrar a moralidade administrativa como princípio reitor do Poder Público, cujas origens remetem-se à premissa do direito romano de que nem tudo que é lícito é honesto.³⁴

Como esclarece Dirley da Cunha Junior³⁵, “a moralidade não se confunde com a legalidade administrativa. A norma ou atividade pode estar perfeita do ponto de vista legal, mas moralmente deficiente, caso não represente atitude ética e de boa-fé”.

Compreende-se a moralidade administrativa como um conjunto de valores éticos que fixam um parâmetro de conduta a ser observado pelos agentes públicos no exercício da atividade administrativa. Consiste, assim, no agir em acordo com a probidade, com a boa-fé, com a ética, com a honestidade.

³¹ CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 736.

³² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p.47 *et seq.*

³⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley Da. *Op.cit.*, 2014, p.741.

³⁵ *Ibidem, loc. cit. et seq.*

Ademais, a Carta Magna de 1988, em outras disposições, a exemplo do seu artigo 37, parágrafo 4º e artigo 85, consagra a probidade administrativa, alçando-a, conforme depreende-se de diversas normas constitucionais, como direito fundamental.³⁶

Sucedo que, a Constituição Federal de 1988 determina no inciso XXI³⁷ do artigo 37 a obrigatoriedade da licitação para o estabelecimento de vínculo contratual administrativo entre a Administração Pública e os administrados, concernente à contratação de obras, serviços, compras e alienações, assim como preceitua também a estipulação de uma lei para estabelecer normas destinadas a garantir a igualdade jurídica dos administrados e o interesse público na obtenção de uma boa contratação. Trata-se do princípio constitucional da licitação.

Constitui, portanto, mandamento constitucional, como regra, a indispensabilidade de prévia licitação para as contratações de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública.

Conforme preleciona Marçal Justen Filho³⁸,

O dispositivo consagra uma presunção absoluta, no sentido de que a licitação é indispensável para assegurar a obtenção do resultado mais eficiente para Administração Pública, como também para propiciar o tratamento isonômico entre os particulares interessados em contratar com a administração pública.

Nota-se que, tendo em vista o contexto político-social narrado no tópico precedente, a licitação alçada como princípio norteador da função administrativa denota a preocupação com os valores em torno da boa administração, que devem conduzir as ações dos gestores públicos. O tratamento dispensado ao procedimento licitatório em diversas passagens do texto constitucional visa, pois, a correta gestão dos recursos públicos.

Nessa perspectiva, o instituto da licitação viabiliza os princípios direcionados para Administração Pública na Carta de 1988, prescritos nos *caput* do artigo 37, dentre os quais se relaciona intrinsecamente com o preceito da impessoalidade, posto que, o processo licitatório

³⁶ PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. Tese. Orientador: Saulo José Casali Bahia. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 27 *et seq.*

³⁷ “Art. 37. (...): 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.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 25 maio 2017)

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23.

deve conduzir à uma escolha impessoal do contratado. Dessa forma, trata-se a licitação não de mera formalidade, mas, sim, de verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito.³⁹

O princípio da impessoalidade impõe ao Poder Público, no exercício da atividade administrativa, atuação impessoal, no sentido de que não pode atuar em benefício ou em detrimento de pessoas determinadas, devendo orientar-se pela finalidade pública, jamais pelo interesse particular.

Sob esse prisma, o princípio em causa significa tratamento igualitário e, nessa medida, em matéria constitucional de licitação, manifesta-se na exigência de realização de licitação prévia à concessão e permissão de serviços públicos, assim como na determinação de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.⁴⁰

A Carta de 1988 também normatiza o instituto da licitação em outras passagens constitucionais. O artigo 22, XXVII, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações, dispositivo do qual decorre a ideia de um Estatuto Nacional de Licitação e Contratação⁴¹, que será estudado mais adiante; o artigo 175, como já anunciado, determina a exigência de licitação prévia para concessões e permissões de serviços públicos e; o art. 173, § 1º, inciso III, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, disciplina as licitações das entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado, ao prever a edição de uma lei que estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Carlos Pinto Coelho Motta⁴² ilustra com precisão a finalidade do tratamento constitucional da licitação identificada em vários dispositivos da Carta Política de 1988:

A Carta Magna consagrou, em vários dispositivos, o instituto da licitação. Esta ênfase reflete algumas das preocupações do legislador constituinte, como a obrigatoriedade de correta aplicação do dinheiro público, a gestão orçamentária eficaz e, acima de tudo, a tentativa de reconstrução do relacionamento entre a Administração, seus prestadores de serviços e fornecedores e o cidadão, usuário dos serviços públicos.

Evidente, assim, a preocupação da Constituição Federal de 1988 com a proteção e o trato da *res publica*, em especial, com o dispêndio dos recursos públicos, ao constitucionalizar o ato

³⁹ MELLO FILHO, Luiz Fernando Bandeira De. A licitação na constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, v. 2, 2008. p. 7.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 117.

⁴¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitação. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97. jan./mar. 1991, p. 107.

⁴² *Ibidem*, p. 106.

de licitar, conferindo o status de princípio constitucional à licitação, a partir do qual se tornou obrigatório o procedimento licitatório.

Portanto, visto que se identifica a corrupção política no uso indevido do poder público, imperioso concluir que a Carta de 1988 busca enfrentar a corrupção ao estabelecer diversos princípios e regras cogentes e gerais, que impõem limitações ao exercício do poder estatal e norteiam a função administrativa, revelando-se, pois, como importante marco no combate a patologia da corrupção.

2.2.2 A Lei n. 8.666/93 como marco legal no combate à corrupção

Além das normas constitucionais que informam o exercício administrativo, tendo como objetivo combater o fenômeno da corrupção, o ordenamento jurídico pátrio consagrou diversos outros instrumentos legais, de natureza infraconstitucional, que se prestam à mesma finalidade, em harmonia com a Constituição Federal de 1988.

São exemplos de diplomas legais que objetivam o controle da corrupção: A lei de reponsabilidade por crimes políticos (Lei nº 1.079/1950), a lei da ação popular (Lei nº 4.717/1965), a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/1983), a lei contra a compra de votos (Lei nº 9.840/1999), a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010), a lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) .

Conforme já anunciado, a Constituição Federal de 1988 prescreveu a edição de um instrumento legislativo voltado a regulamentação das licitações. Desse modo, realizando o princípio constitucional da licitação, a Lei nº 8.666/1993, cuja disciplina é voltada às licitações e contratações públicas, deu forma ao comando prescrito no artigo 37, XXI, da Carta de 1988.

Pode-se afirmar, assim, que a referida Lei é uma referência infraconstitucional no combate a corrupção, ainda que de forma indireta, tendo em vista que possui natureza preventiva e não repressiva, posto que, o diploma legal enuncia normas gerais que disciplinam o instrumento jurídico mediante o qual a Administração desembolsa os recursos públicos.

Conforme será visto de forma mais abrangente no capítulo subsequente, a edição da lei preceituada pelo constituinte de 1988 se deu em um período histórico sensível, marcado pela

corrupção na administração pública, vislumbrada, à época, no direcionamento das contratações governamentais.

Sob esse prisma, a licitação passou a ser entendida como mecanismo de prevenção à corrupção e, diante das vulnerabilidades atribuídas ao diploma legal então vigente, o DL 2.300, que se destinava a disciplinar o tema no âmbito federal, foi elaborada uma nova legislação contra a corrupção nas licitações, a Lei nº 8.666/1993, respaldada no texto constitucional de 1988.

Assim dispõe a Lei de Licitações em seu artigo primeiro:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como decorrência do parágrafo único do artigo em comento, as normas dispostas na Lei 8.666/1993 estendem-se aos três entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Município, bem assim vincula todos os seus poderes, quando estes realizam contratação com particulares, realizando a sua função administrativa.⁴³

Consoante estabelece a Carta Magna, a licitação consiste em uma imposição à Administração Pública na contratação com particulares, de modo que para realizar obras, serviços, compras e alienações (artigo 37, XXI), bem como para concessão e a permissão de serviços públicos (artigo 175) deve se valer, obrigatoriamente, do procedimento licitatório.

Com fulcro no texto constitucional, a Lei 8.666/1993 disciplina, em seu artigo 2º, a licitação, estabelecendo regras gerais que a tornam obrigatória. O dispositivo tem a seguinte redação:

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

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Conforme o dispositivo transcrito acima, a licitação será obrigatória quando se estiver diante de um acordo de vontades, isto é, de um vínculo jurídico consensual entre a Administração

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

Pública e um terceiro, particular, interessado na contratação.⁴⁴ Disto decorre que, para realizar a escolha do particular a ser contratado, a administração deverá conferir tratamento isonômico aos interessados.

Merece atenção o artigo 3º do estatuto vigente, pois, como assevera Marçal Justen Filho⁴⁵, este dispositivo cuida do “espírito normativo” da licitação, ao enumerar os seus valores fundamentais e os fins aos quais se presta. Preceitua o referido dispositivo legal:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nessa perspectiva, o referido autor ressalva a natureza instrumental da licitação, aduzindo que não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para se alcançar os fins pretendidos pelo Direito. Isso porque, a observância estrita das formalidades licitatórias não atende, prontamente, aos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

Como visto, a licitação destina-se a selecionar uma proposta, dentre várias, de contratação de um particular pela Administração Pública, de sorte que, a atividade administrativa pertinente a licitação deve ser guiada pelas finalidades pretendidas por esse instrumento jurídico. Extrai-se do artigo 3º que o procedimento licitatório orienta-se a atingir a realização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa. Ademais, a Lei 12.349/2010 inseriu um novo fim a ser buscado pela licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.⁴⁶

O princípio da isonomia em matéria de licitação, como já anunciado, tem sua matriz constitucional no artigo 37, XXI, o qual determina que as contratações públicas devem ser realizadas mediante licitação, que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Veda-se, assim, por decorrência lógica do princípio em tela, a adoção de discriminações de forma arbitrária e desproporcional, isto é, fundada em critérios subjetivos e pessoais. É perceptível que, ao selecionar um terceiro interessado na contratação, a Administração pública, necessariamente, realiza uma diferenciação entre os particulares, contudo, não será válido juridicamente qualquer tratamento discriminatório, posto que, admite-se tão somente a discriminação embasada em critérios objetivos, precisos, claros pré-determinados em lei, bem

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 91.

assim adequada e necessária aos fins a que cumpre e aos valores jurídicos protegidos pelo ordenamento pátrio.⁴⁷

Como assevera com precisão Antonio Marcello da Silva⁴⁸, “a finalidade última da licitação é a escolha da melhor proposta, de modo que o procedimento visa à oferta e não à pessoa do ofertante”. São abolidas, pois, quaisquer predileções, favoritismos, desfavores e aversões em função de determinado participante.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹ anota que o preceito isonômico tem como conteúdo evitar determinadas diferenciações. O autor reconhece que, de fato, sempre haverá diferenças entre seres, coisas e situações, porém, em face do princípio da isonomia, os fatores distintivos, embora existentes, somente podem ser adotados como critérios de diferenciação quando existir uma correlação lógica entre tais fatores de *discrimen* e o conseqüente tratamento jurídico diferenciado.

Ademais, acrescenta que essa relação de pertinência lógica não é suficiente para afirmar que o tratamento normativo díspar se ajusta ao preceito isonômico, pois, é necessário, também, que a diferenciação seja compatível com os valores reconhecidos pela ordem constitucional.

A partir da lição do supracitado autor, Marçal Justen Filho⁵⁰ observa que o tratamento discriminatório será válido quando presentes quatro pressupostos. Em primeiro lugar, para ser válida, a discriminação deve refletir diferenças efetivas no mundo dos fatos, vale dizer, o Direito não pode criar a diferença, mas apenas retratá-la, regulamentando-a.

Em segundo lugar, os elementos de diferenciação adotados devem ser compatíveis com a ordem jurídica, na medida em que não são de livre escolha da Administração Pública. Em terceiro lugar, admite-se somente os critérios diferenciadores adequados ao fim que se busca atingir com a discriminação.

Por fim, em quarto lugar, para ser válido, o tratamento diferenciado deve também guardar proporcionalidade e compatibilidade com os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico, realizando-os.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93 *et seq.*

⁴⁸ SILVA, Antonio Marcello da. O princípio e os princípios da licitação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 136, abr./jun. 1979, p.41. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42901>>. Acesso em: 04 Out. 2017.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.80 *et seq.*

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2016, p. 94 *et seq.*

De acordo Marçal Justen Filho⁵¹, a isonomia configura-se em benefício do particular, posto que, tal preceito tutela o direito de participação no certame de todo e qualquer particular interessado em contratar com a Administração Pública. Assim, por força da isonomia, é vedado o estabelecimento de exigências e restrições desarrazoadas, injustificadas e desnecessárias, que não se refiram a natureza do objeto da licitação.

Sob outra perspectiva, a isonomia também protege os interesses da Administração. Isto porque, o livre acesso à disputa amplia o universo de participantes, o que fomenta a competição e, por conseguinte, reflete na diminuição dos preços ofertados e na elevação da qualidade da proposta. A realização do princípio da isonomia possibilita, pois, o alcance de um negócio mais vantajoso para a Administração.

O princípio da isonomia norteia todo o procedimento licitatório. Exige-se o tratamento isonômico tanto na primeira fase, interna, na qual é elaborado o instrumento convocatório (edital), quanto na segunda fase, externa, no curso da execução do certame.⁵²

Sucedem que, outro fim buscado pela licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa. A “vantajosidade” parte do pressuposto de que os recursos públicos são limitados, exurgindo para o administrador o dever de aplicá-los da forma mais eficiente. A licitação visa, assim, uma contratação mais vantajosa, do ponto de vista econômico, para Administração.⁵³

Considerando a diversidade de fins perseguidos pelo Poder Público e a escassez dos recursos públicos, tem-se, por óbvio, que a parcela desembolsada em uma contratação pública não poderá ser aplicada em outra atividade pública, razão pela qual se deve buscar o menor custo, possibilitando, com isso, a utilização do montante remanescente no atendimento de outras finalidades.⁵⁴

Destarte, a maior vantagem pressupõe uma relação de custo-benefício, que se apresenta “quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação”.⁵⁵ A vantajosidade é vislumbrada, assim, sob o prisma da economicidade.

Importante ressaltar que a busca pela proposta mais vantajosa sob o prisma da eficiência econômica não pode significar uma contratação inadequada, desastrosa, que não atenda

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

⁵² *Ibidem*, p. 96.

⁵³ *Ibidem*, p. 97 *et seq.*

⁵⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 97.

satisfatoriamente às necessidades, isto porque, a racionalidade na utilização dos recursos públicos deve considerar, necessariamente, as finalidades visadas pela legislação.⁵⁶

Ainda a respeito dos fins buscados pela licitação – a realização da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa, cumpre ponderar que a prevalência de uma finalidade em detrimento da outra dar azo à condutas arbitrárias e práticas repudiáveis, não sendo, portanto, admitida a preponderância de qualquer um desses fins. Isonomia e vantajosidade se integram e norteiam conjuntamente o procedimento licitatório.⁵⁷

Por fim, importante discorrer, ainda que de forma não exauriente, sobre os princípios que regem a atividade licitatória, consagrados pela Lei 8.666/1993, principalmente aqueles singulares, inerentes à própria licitação, tendo em vista que, a partir da sua compreensão, fica ainda mais claro o papel exercido pelo procedimento licitatório como mecanismo de controle preventivo da corrupção. Inclusive, porque, aqui será travada discussão referente a discricionariedade na elaboração do edital e, dentre os princípios diretores da licitação, o diploma legal alude ao preceito da vinculação ao ato convocatório.

O artigo 3º, acima colacionado, faz menção aos seguintes princípios diretores da licitação: legalidade, vinculação ao ato convocatório, impessoalidade, objetividade do julgamento, moralidade e publicidade. Cumpre observar que este rol não é exaustivo, posto que, conforme a redação final do próprio dispositivo, são também aplicáveis outros princípios correlatos aos aludidos preceitos.

Como se sabe, o princípio da legalidade determina a submissão da administração pública, como um todo, à lei, “o que constitui a pré-condição indispensável do Estado de Direito”⁵⁸, decorrendo daí que a atividade licitatória vincula-se também à disciplina legal.

Em matéria de licitação, a legalidade impõe à autoridade administrativa a observância às normas legais, de sorte que, para serem válidas, as decisões tomadas no procedimento licitatório devem se pautar em permissão legislativa, mesmo que tal autorização seja implícita.⁵⁹

Importante anotar que não se trata de uma legalidade absoluta. A lei estabelece os parâmetros que disciplinam e vinculam a atividade administrativa licitatória, sendo certo, porém, que

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.98.

⁵⁷ *Ibidem*, p.107.

⁵⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitação. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97. jan./mar. 1991, p.104.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2016, p. 110.

dentro desses limites a Administração pode atuar realizando escolhas⁶⁰, por exemplo, na elaboração do instrumento convocatório, o que não representa, necessariamente, violação ao preceito em questão.⁶¹

Ao princípio da legalidade soma-se o princípio da vinculação ao ato convocatório. A Administração possui liberdade de escolha na conformação do certame, contudo, uma vez elaborado o ato convocatório, vincular-se-á aos seus termos, consubstanciados nas disposições pertinentes ao objeto da contratação, aos requisitos de participação e aos critérios de seleção do vencedor, da mesma forma que se vinculam os participantes do certame licitatório.⁶²

A Administração possui autonomia para definir as condições da disputa, observando, claro, os fins buscados pela licitação. Trata-se de competência discricionária exercida na fase interna da licitação, também denominada de etapa preparatória, na qual é elaborado o instrumento convocatório do certame, o edital ou carta-convite, cujo conteúdo vincula o procedimento licitatório e o sujeitos envolvidos.

Desse modo, as normas e condições dispostas no instrumento convocatório da licitação são vinculantes para Administração e para os participantes, podendo-se afirmar que têm força de lei entre estes e aquela, da qual não poderão se escusar os licitantes, sob pena de afastamento do certame, tampouco a Administração, sob pena de invalidação do procedimento.⁶³

A Lei 8.666/1993 também faz alusão aos princípios da impessoalidade e da objetividade do julgamento, que se complementam. A objetividade do julgamento significa que a licitação deve, necessariamente, pautar-se em elementos objetivos, estabelecidos previamente no instrumento convocatório.

Nesse sentido, bem ponderou Miguel Seabra Fagundes⁶⁴ ao afirmar

[...] ser da essência do processo licitatório, tessitura formal capaz de preservar a eleição dos co-contratantes de qualquer influência parcial dos agentes administrativos. Tudo quanto, na urdidura desse processo, possa ensejar

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.110.

⁶¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a Legalidade e Demais Princípios Jurídicos da Licitação. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Orgs.). **Princípio da Legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 404.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2016, p.111.

⁶³ SILVA, Antonio Marcello da. O princípio e os princípios da licitação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 136, abr./jun. 1979, p.43. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42901>>. Acesso em: 04 Out. 2017.

⁶⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. Licitação – Formalidades – Evitação da discricionariedade no julgamento. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, abr./jun. 1986, p.78.

interferência discricionária da vontade do administrador na escolha do adjudicatário da obra, do serviço, do fornecimento, etc. desvirtua a licitação em sua essência. E tal ocorrendo já não haverá licitação em sentido jurídico.

A impessoalidade, por seu turno, veda a adoção de favoritismos ou aversões pelo agente administrativo julgador, concernentes às características pessoais dos competidores. Não são admitidas as diferenciações fundadas em tais caracteres, salvo quando refletirem diferenças reais e concretas, adequadas e necessárias às finalidades estipuladas pela licitação.

Assim, “a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento conduzem a que a decisão independa da identidade do julgador”.⁶⁵

A respeito da importância de tais preceitos, preleciona Marçal Justen Filho⁶⁶,

A impessoalidade e a objetividade do julgamento significam, inclusive, o afastamento das conveniências puramente políticas dos governantes. Assim, por exemplo, infringe a impessoalidade e a objetividade a decisão ofensiva à lei ou ao ato convocatório, mesmo quando o seu conteúdo for compatível com os reclamos imediatos da opinião pública. As regras que disciplinam a licitação devem ser respeitadas e o critério de julgamento não pode ser a compatibilidade com as demandas dos eleitores. O princípio da impessoalidade é essencial à democracia e a democracia acarreta a eleição de normas jurídicas destinadas a disciplinar condutas futuras dos governantes e dos administrados. O respeito às normas jurídicas é essencial ao regime democrático.

Impõe-se, também, no âmbito da licitação, o respeito ao princípio da moralidade administrativa. A conduta do agente público deve, necessariamente, fundar-se na lei e no ato convocatório, contudo, isto não é suficiente, pois tal conduta, além de legal, deve ser moral, sob pena de nulidade do ato ou do procedimento.⁶⁷

A moralidade relaciona-se com os valores e preceitos éticos-jurídicos em que se funda o ordenamento pátrio. A moral “constitui um conjunto de valores direcionados para a vida em coletividade, dessa forma a ideia de moral está, portanto, ligada ao coletivo, ao interesse público”.⁶⁸

Com efeito, o princípio da moralidade proíbe a superposição de um interesse particular, próprio ou de terceiros, ao interesse coletivo, que deverá sempre preponderar quando se estiver diante de um conflito de interesses. Desse modo, não é permitido ao administrador

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁷ *Ibidem*, p.115.

⁶⁸ PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. Tese. Orientador: Saulo José Casali Bahia. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 115.

auferir, mediante a licitação, vantagens pessoais para si ou para outrem, tampouco interferir no procedimento para causar prejuízo ao participante, ainda que, nesta hipótese, não retire qualquer benefício.⁶⁹

O princípio da moralidade obriga também o administrado, participante do procedimento licitatório, exigindo deste conduta moral e ética perante à Administração e os seus concorrentes, sob pena de ser afastado do certame.⁷⁰

Outro princípio diretor da atividade administrativa é o da probidade, que impõe ao gestor público o dever de resguardar a integridade moral e material dos bens públicos, proibindo-o de agir de modo lesivo ao interesse coletivo.⁷¹

Observa-se que, embora a probidade se refira à observância dos valores éticos, não se confunde com a moralidade, na medida em que, as condutas de improbidade envolvem a obtenção de vantagens econômicas indevidas ou a produção de prejuízo ao erário público.⁷²

Por último, o princípio da publicidade resguarda a transparência da Administração Pública, assegurando a todos os interessados amplo acesso às informações pertinentes ao certame, permitindo a participação da sociedade nos procedimentos licitatórios, bem como a fiscalização e o controle dos atos administrativos.⁷³

A partir do quadro acima exposto, verifica-se a importância assumida pela licitação no combate à corrupção, visto que, a subordinação à disciplina jurídica prevista na Lei 8.666/1993, ao impor limitações a atuação estatal, visa assegurar a compatibilidade das decisões dos gestores públicos voltadas ao uso dos recursos públicos com os valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Identifica-se, assim, como conteúdo desse instituto o correto e justo dispêndio dos bens públicos, de interesse de toda a coletividade.

Por essas razões, pode-se afirmar que é por meio do procedimento licitatório que se confere legitimidade à atividade administrativa referente às contratações públicas. Outrossim, a licitação concretiza e viabiliza os valores consagrados pelo ordenamento jurídico, principalmente o da impessoalidade e da moralidade, que guardam relação com o direito à um governo honesto, à uma boa administração.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.114.

⁷⁰ *Ibidem*, loc.cit. et seq.

⁷¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a Legalidade e Demais Princípios Jurídicos da Licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Orgs.). **Princípio da Legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 409.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2016, p.116.

⁷³ *Ibidem*, p.117 et seq.

3. LICITAÇÃO NO BRASIL

Como visto, a corrupção historicamente está presente na relação firmada entre a Administração Pública brasileira e atores particulares. Nesse sentido, Rita Tourinho⁷⁴ observa que “constata-se, ao longo dos séculos na Administração Pública brasileira, o espírito patrimonialista dos administradores, a utilização da coisa pública como de ninguém”.

Percebe-se assim que, a corrupção encontra-se na utilização da coisa pública para prática de atos que visam à satisfação de interesses particulares, não amparados pelo Direito, em sobreposição aos interesses coletivos, vale dizer, “a corrupção se instala sempre e quando interesses privados se apropriam de bens públicos”.⁷⁵

Há uma particular relação entre o fenômeno da corrupção e as licitações e contratos públicos, Luiz Fernando Bandeira⁷⁶, nesse sentido, constata que,

Os contratos públicos são a maneira mais fácil de locupletar-se do dinheiro do Tesouro sem chamar a atenção, de maneira que é o setor em que este tipo de atividade ilícita costuma concentrar-se, de maneira a privilegiar os grupos que dão suporte ao governo ou que ajudaram em sua eleição.

Assim, faz-se imprescindível o estudo das licitações e contratações públicas no Brasil, para cumprir o escopo da presente pesquisa, sendo, todavia, necessário conhecer o histórico da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, o que perpassa pela análise dos principais diplomas legais, voltados a regulação do tema, a fim de verificar as mudanças no tratamento do instituto da licitação.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1.1 Decreto 15.783/1922: O Regulamento Geral de Contabilidade

André Rosilho⁷⁷, no estudo da disciplina da licitação⁷⁷, ao tratar dos modelos legais parte das concepções de minimalismo e maximalismo. De acordo Rosilho, o diploma legal minimalista

⁷⁴ TOURINHO, Rita. **Discrecionalidade Administrativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15.

⁷⁵ ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. In: AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaio e Críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p.366.

⁷⁶ BANDEIRA, Luiz Fernando. **Novos mecanismos de prevenção em licitações públicas**. 2004. Dissertação. Orientador: Prof. Raimundo Juliano de Rego Feitosa. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

⁷⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 22 *et seq.*

é aquele que visa atingir os objetivos para os quais foram elaboradas as normas licitatórias sem apresentar uma disciplina minuciosa, apenas direcionando os agentes públicos para o atingimento daquelas finalidades. O diploma normativo maximalista, por outro lado, dispensa às normas tratamento pormenorizado, restringindo a liberdade de ação dos agentes públicos.

Segundo o autor⁷⁸, deu-se início a sistematização legal das licitações no Brasil com a aprovação do Código de Contabilidade da União (Decreto 4.536/1922), e, de forma mais efetiva, com a edição do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto 15.783/1922), que disciplinava o instituto da concorrência pública.

Irene Patrícia Nohara⁷⁹, por sua vez, faz referência ao Decreto 2.926/1862, que regulamentava as arrematações e execuções dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas⁸⁰, como a primeira norma legal sobre licitação no Brasil. Tal diploma normativo condicionava a contratação de fornecimento, construção ou concertos de obras, cujas despesas fossem arcadas pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, à realização prévia do processo de arrematação (artigo 1º, *caput*).

Todavia, para fins deste estudo, partindo dos ensinamentos de André de Rosilho, partilhados em sua obra intitulada “Licitação no Brasil”, será adotado como marco inicial das licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto 15.783/1922.

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que o Regulamento Geral de Contabilidade determinava o procedimento de seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, o que não significa que os Estados e Municípios possuíam ampla liberdade para negociar com terceiros, ante a obrigatoriedade de concorrência, imposta posteriormente à esses entes pelo Decreto-lei 2.416/1940⁸¹. Ressalta-se que o Regulamento Geral de Contabilidade Pública não utilizava a expressão “licitação pública”, mas sim “concorrência”.

A previsão da disciplina jurídica da licitação em um diploma legal voltado para a matéria de contabilidade pública decorre da ausência de autonomia das normas regulamentadoras das contratações públicas em relação às finanças do Estado, de sorte que, tais normas estavam

⁷⁸ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 35 *et seq.*

⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Histórico das Transformações no Tratamento das Licitações no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jachintho Arruda (Coords.). **Licitação e Contratos Administrativos**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, Coleção Tratado de Direito Administrativo, p. 74 *et seq.*

⁸⁰ BRASIL. **Decreto n. 2.926**, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75862&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PU B>>. Acesso em: 29 maio 2017.

⁸¹ ROSILHO, André. *Op. cit.*, 2013, p. 36.

vinculadas ao direito financeiro, e não ao direito administrativo.⁸² Essa questão, relativa a determinação da natureza jurídica das normas licitatórias, restou superada com a edição do Decreto-lei nº 2.300/86.⁸³

O diploma normativo visava concretizar três objetivos, tidos, por Themístocles, como princípios fundamentais. Um, restringir a escolha dos fornecedores pela administração, dois, garantir o direito a condições iguais no fornecimento e, três, possibilitar a escolha da melhor oferta de serviço ao Estado.⁸⁴

O artigo 244 do diploma legal previu o dever de licitar, ao determinar a realização prévia de concorrência pública para o empenho de despesa na aquisição de bens ou execução de serviços afetos a fornecimentos e execução de obras públicas, observados os patamares mínimos.⁸⁵ Themístocles Cavalcanti⁸⁶ conferiu à obrigatoriedade de concorrência o caráter de princípio fundamental do direito administrativo.

Por outro lado, o Regulamento de Contabilidade Pública previu também a dispensa de concorrência para as hipóteses elencadas no artigo 246, e na alínea b, §2º, do artigo 738, abaixo transcritos:

Art. 246. Será dispensável a concorrência:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrências;
- b) para o fornecimento do material ou de gêneros, ou de realização de trabalhos que só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção;
- c) para a aquisição de animais para os serviços militares;
- d) para arrendamento ou compra de prédios ou terrenos destinados aos serviços públicos;
- e) quando não acudiram proponentes à primeira concorrência. Neste caso, se houverem sido estipulados preços máximos ou outras razões de preferência, não poderá ser no contrato aquele exercido ou estas modificadas, salvo nova concorrência.

Art. 738. As concorrências serão públicas ou administrativas.

⁸² ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 38.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas Gerais sobre Licitações e Contratos administrativos – Natureza e identificação no estatuto jurídico federal vigente – Perspectiva de novos projetos modernizadores. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: RENOVAR, n.189, jul./set. 1992, p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45280/47707>>. Acesso em: 28 abri. 2017.

⁸⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**: volume I. Ed. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.352.

⁸⁵ “Art. 244: Ao empenho da despesa, para aquisição de material ou execução dos serviços, deverá preceder contrato, mediante concorrência pública feita na conformidade do disposto no Capítulo I do Título VII deste Regulamento: a) Para fornecimentos, embora parcelados, custeados por créditos superiores a 5:000\$000; b) Para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a 10:000\$000.” (BRASIL. **Decreto n. 15.783**, de 08 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do código de contabilidade pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf> Acesso em: 29 abri. 2017).

⁸⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op.cit.*, 1964, p. 359.

[...]

§ 2º. Terá lugar a concorrência administrativa, ou permanente:

- a) para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, sempre que a Administração entender ser mais conveniente esse regime aos interesses do serviço;
- b) para os casos de emergência em que seja dispensável a concorrência pública, mas cujo sigilo ou urgência não fiquem prejudicados com os breves prazos e ligeiras formalidades das concorrências administrativas;

Destaca-se nos referidos dispositivos a utilização de expressões abertas e subjetivas, que propiciava ampla margem de discricionariedade para administrador público na tomada da decisão, nos casos concretos, pela dispensabilidade ou não da concorrência. Além disso, o diploma normativo valeu-se de determinados termos, cujo sentido e alcance não foram bem definidos e explicitados pelo legislador.⁸⁷

Além das mencionadas hipóteses trazidas pelo Decreto 15.783/1922, o Decreto Lei n. 2.206, de 20 de maio de 1940⁸⁸ previa um rol de situações de dispensa de concorrência pública ou administrativa para a utilização da modalidade não licitatória de coleta de preços, a ser empregada em função do valor da transação, da sua natureza e de certas peculiaridades que exigiam maior flexibilidade nas investigações sobre preço e condições de execução da obra.⁸⁹

No que tange a matéria dispensada aos interessados nas contratações, o Regulamento Geral de Contabilidade prescrevia, como dever condicionante à admissão dos proponentes na concorrência, a apresentação dos documentos comprobatórios de idoneidade indicados no edital⁹⁰, cuja apreciação acontecia previamente a abertura das propostas.

De acordo Themístocles⁹¹, o julgamento da idoneidade perpassava pelos aspectos moral, técnico e financeiro. A idoneidade moral relacionava-se com a não ocorrência de fatos

⁸⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 40.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto Lei n. 2.206**, de 20 de maio de 1940: “Art. 38. Poderá ser dispensada a concorrência pública ou administrativa, fazendo-se a aquisição por meio de coleta de preços: a) para os fornecimentos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência; b) para fornecimentos de materiais ou gêneros que constituam objeto de privilégio ou que só passam ser adquiridos dos fabricantes produtores ou seus representantes exclusivos, no país ou no estrangeiro; c) quando a despesa se efetuar mediante adiantamento, nos termos do art. 45; d) para compra de produtos industriais da União; e) para aquisição de material e de objetos que os fornecedores tenham deixado de entregar nos prazos convencionados, correndo neste caso a diferença da despesa por conta do fornecedor em falta; f) para aquisição direta, no estrangeiro, de matérias primas, combustíveis e lubrificantes indispensáveis aos estabelecimentos industriais do Estado; g) quando não acudirem proponentes à primeira concorrência: neste caso, qualquer condição anteriormente exigida não poderá, ser desprezada sem nova concorrência.” (BRASIL. **Decreto Lei n. 2.206**, de 20 de maio de 1940. Dispõe sobre serviços de material, reforma a Comissão Central de Compras e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2206&tipo_norma=DEL&data=19400520&link=s>. Acesso em: 01 maio 2017).

⁸⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**: volume I. Teoria Geral do Direito Administrativo – Atos e Contratos Administrativos – Responsabilidade do Estado. Ed. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 369.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto n. 15.783**, de 8 de novembro de 1922, artigo 145, alínea d.

⁹¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op.cit.*, 1964, p. 360 *et seq.*

depreciadores da conduta do concorrente, pertinentes ao negócio a ser firmado com o Estado. As idoneidades técnica e financeira careciam de comprovação, o que poderia ser feito através da demonstração de experiências anteriores ou da prova de que o concorrente possuía as condições necessárias para execução da obra.

As concorrências subdividiam-se em duas modalidades, pública ou administrativa, esta também chamada de permanente. Os casos de realização da concorrência pública eram mais específicos, sendo cabível para os fornecimentos, ainda que parcelados, para a execução de obras públicas e para a alienação de bens, observados, em todas as hipóteses, os valores que deveriam ser superiores aos patamares mínimos fixados no dispositivo.⁹²

As concorrências públicas caracterizavam-se pela ampla publicidade, conforme se extrai das normas que regiam tal modalidade, os artigos 745 e seguintes do Código de Contabilidade, de observância estrita pela Administração Pública. Tais dispositivos fixavam o conteúdo obrigatório dos editais a serem publicados pelas repartições públicas contratantes.⁹³

Por outro lado, o regime de concorrência administrativa ou permanente se aplicava aos fornecimentos ordinários às repartições públicas, para os casos de emergência em que fosse dispensável a concorrência pública, bem assim para a venda dos resíduos de fabricação, material inservível ou miudezas, cuja pequena importância não devesse compor o objeto de concorrência pública e, ainda, para os fornecimentos ou obras públicas com valores inferiores aos fixados para as concorrências públicas (artigo 738, §2º).

Neste sentir, Themístocles⁹⁴ observa que

o valor da coisa, fornecimento, obra, objeto da concorrência, é que determina a sua maior ou menor amplitude, salvo casos excepcionais em que, também pela sua natureza, exige-se uma divulgação menor dos termos da concorrência, que tomara a forma administrativa ou de simples coleta de preços.

Como se pode ver, o legislador elegeu o valor da contratação como principal traço diferenciador das modalidades de concorrência. Contudo, a Administração Pública também devia considerar as características do objeto a ser adquirido.⁹⁵

Já a concorrência administrativa possuía menor amplitude em relação a concorrência pública, posto que, em relação ao número participantes, tal modalidade não estava aberta a todos os

⁹² BRASIL. **Decreto n. 15.783**, de 8 de novembro de 1922, artigo 738, §1º.

⁹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**: volume I. Teoria Geral do Direito Administrativo – Atos e Contratos Administrativos – Responsabilidade do Estado. Ed. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 353 *et seq.*

⁹⁴ *Ibidem*, p 357.

⁹⁵ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 43.

interessados nas contratações. Isso porque, o diploma normativo exigia a prévia inscrição dos negociantes nos Ministérios e nas repartições públicas contratantes, ou, o convite, como dispunha o artigo 757 do Regulamento de Contabilidade Pública. Além disso, sujeitava-se a uma menor publicidade.⁹⁶

No tocante a escolha da melhor oferta, o diploma legal priorizou a proposta de menor preço, ainda que houvesse uma diferença reduzida entre a proposta selecionada e qualquer outra, sendo admitida, excepcionalmente, por força do artigo 755, a concorrência de melhor técnica⁹⁷.

Quanto às garantias, a legislação então vigente dispunha que o edital deveria indicar a importância do depósito provisório em dinheiro ou em títulos de dívida pública, a ser efetuado previamente pelos proponentes como forma de garantia da assinatura dos contratos (artigo 745, alínea 'e'). O Regulamento de Contabilidade Pública admitia, excepcionalmente, que a Administração Pública dispensasse a prestação de garantia nos casos em que a natureza do serviço, a dificuldade em prestá-la, e a manifesta idoneidade do interessado justificassem a exceção.⁹⁸

Nota-se que, já havia nessa época a preocupação com as práticas corruptas. Nessa esteira, o Código Penal prescrevia sanções⁹⁹ para os particulares que fraudassem o processo de concorrência pública, isto porque, como visto, o diploma legal, voltado ao tema, privilegiava a idoneidade como critério de seleção a ser aferido na concorrência.¹⁰⁰

Em relação as sanções administrativas, o diploma legal pouco tratou do tema, limitando-se à declaração de inidoneidade da pessoa, firma ou empresa, após serem apuradas, em processo administrativo, as irregularidades que denunciasses dolo ou má-fé das referidas pessoas¹⁰¹.

No que concerne ao controle externo das concorrências públicas, verifica-se que, obstante o diploma legal nada tenha dito sobre a atuação do Tribunal de Contas, este órgão, até a

⁹⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**: volume I. Teoria Geral do Direito Administrativo – Atos e Contratos Administrativos – Responsabilidade do Estado. Ed. 5. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 356.

⁹⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 43.

⁹⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op.cit.*, 1964, p. 368.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

¹⁰⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, 1964, p. 369.

¹⁰¹ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p. 45.

Constituição de 1967, exercia o controle prévio dos custos efetuados pela Administração Pública.¹⁰²

3.1.2 Decreto-lei 200/1967

Nesse percurso histórico da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se como novo marco legal o Decreto-lei n. 200 de 1967¹⁰³, editado no Governo Militar, cuja disciplina estava voltada para organização da Administração Federal e continha diretrizes para a reforma administrativa.¹⁰⁴

Em um contexto de crise institucional e mudança para um novo regime político se desenvolveu a proposta de alteração na estrutura organizacional da administração federal, que cuidou de abranger o tema das contratações públicas. As mudanças na política de compras e contratações foram incorporadas à lei de reforma administrativa (DL 200/1967) na forma de um capítulo específico, “substituindo o arcabouço de normas reputado como obsoleto e impeditivo da adoção de modalidades mais simples e ágeis da licitação”.¹⁰⁵

De acordo com Ciro Fernandes, a discussão entorno do tema indicava a preocupação em superar dois entraves das compras e contratações públicas, o primeiro se referia aos procedimentos do Código de Contabilidade, reputado como obsoleto e, o segundo, voltava-se para exigência de registro prévio dos contratos e despesas. Buscava-se, assim, a atualização das regras e procedimentos das licitações e a revisão do papel exercido pelo Tribunal de Contas.¹⁰⁶

No que tange à disciplina jurídica das contratações públicas estabelecida no DL 200/1967, observa-se que o termo “licitação” foi pela primeira vez empregado, diferentemente do

¹⁰² “Os contratos, antes de produzirem efeitos e, conseqüentemente, gerarem despesas orçamentárias efetivas, deveriam se submeter a registro perante o Tribunal de Contas. Sem aprovação do órgão externo controlador, em regra, a contratação não poderia ser executada.” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 114. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>>. Acesso em: 28 abr. 2017.)

¹⁰³ BRASIL. **Decreto Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 04 maio 2017.

¹⁰⁴ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 47 *et seq.*

¹⁰⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 81 *et seq.* Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 89 *et seq.*

diploma anterior, que se referia à concorrência pública. Este instituto passou a se restringir a uma modalidade licitatória, não sendo mais utilizado em referência à licitação como gênero amplo.¹⁰⁷

O Decreto-lei n. 200/1967 tratou de sistematizar as normas dispensadas às contratações públicas, contudo, à semelhança do Decreto n. 15.783/1940, caracterizou-se também por uma interferência mínima na matéria, na medida em conferiu à Administração Pública ampla margem de liberdade para regular a licitação nos casos concretos.¹⁰⁸

A princípio, as normas referentes à matéria eram aplicáveis obrigatoriamente à Administração Federal e autarquias, estendendo-se aos Estados e Municípios apenas em momento posterior, com a edição da Lei n.5.456, que determinou expressamente a aplicabilidade dessas normas aos demais entes federativos.¹⁰⁹

O diploma legal fixou em seu artigo 125 o dever geral de licitar para a Administração Pública Direta e as autarquias, impondo a licitação prévia para compras, obras e serviços. Importante ressaltar, neste ponto, que as normas do DL 200 não eram aplicáveis às empresas estatais e fundações controladas pelo poder público, posto que preservou a autonomia destas entidades para disporem sobre licitação.¹¹⁰

O DL 200 estabeleceu também, em seu artigo 126, § 2º¹¹¹, um rol de situações em que seria dispensada a licitação e, tal como o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, não diferenciou dispensa de inexigibilidade.¹¹²

¹⁰⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Histórico das Transformações no Tratamento das Licitações no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jachintho Arruda (Coords.). **Licitação e Contratos Administrativos**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, Coleção Tratado de Direito Administrativo p. 78.

¹⁰⁸ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 51.

¹⁰⁹ *Ibidem*, loc.cit..

¹¹⁰ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 101. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹¹¹ “Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação. [...] § 2º É dispensável a licitação: a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República; c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas; d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização; e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos; f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário; g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público; h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos; i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de

De acordo Rosilho¹¹³, no que toca a previsão de dispensa para situações de emergência, constata-se da leitura dos referidos dispositivos legais a preocupação do legislador em esclarecer o que caracterizaria a emergência, limitando a sua utilização, bem assim em prescrever a responsabilização do funcionário que utilizasse a expressão indevidamente.

Acrescenta que, diferentemente do diploma anterior, o DL 200 estabeleceu parâmetros para verificação da habilitação dos interessados, exigindo destes a comprovação da personalidade jurídica, capacidade técnica e da idoneidade financeira (artigo 131), à semelhança dos critérios de habilitação exigidos pela legislação hoje em vigor (Lei 8.666/1963). Todavia, ainda evidencia-se o papel conferido aos editais da licitação como instrumento de regulação da matéria, posto que, nos termos do artigo 130, inciso III, o edital é que deveria indicar as condições de apresentação de propostas e de participação na licitação.

Além disso, o diploma normativo em questão cuidou de disciplinar as modalidades de licitação, quais sejam concorrência, tomada de preços e convite (artigo 123), estabelecendo as suas características, bem como as suas hipóteses de cabimento em função do valor da contratação. Para além destas espécies, a legislação também previu o leilão como modalidade de licitação para as alienações.¹¹⁴

Como observa Rosilho¹¹⁵, “a decisão legislativa de apartar uma modalidade da outra com base nos valores da contratações foi radicalizada, deixando de ter qualquer tipo de relevância as características do objeto que tivesse ensejado a contratação”.

No tocante ao critério de julgamento, diversamente do diploma anterior, que elegeu o menor preço, o DL 200/1967 não priorizou, de forma expressa, um critério específico, haja vista que possibilitou à Administração Pública, no interesse do serviço público, considerar, além do preço, as condições de qualidade, rendimento, pagamento, prazos, entre outras, previstas no edital.¹¹⁶

compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal.” (BRASIL. **Decreto Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967)

¹¹² ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 53.

¹¹³ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹¹⁴ “Art. 143. As disposições deste Título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação.” (BRASIL. **Decreto Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967)

¹¹⁵ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p. 55.

¹¹⁶ “Art. 133. Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes estabelecidas no edital. Parágrafo único. Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço.” (BRASIL. **Decreto Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967).

No que importa as garantias, o DL 200/1967 apresentou consideráveis avanços no tema¹¹⁷, facultando à Administração Pública exigir a prestação de garantia por parte dos licitantes, que poderiam eleger uma das modalidades elencadas na legislação, a saber: caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória, fiança bancária e seguro garantia (artigo 135).

Quanto ao controle externo das contratações públicas pelo Tribunal de Contas, o diploma normativo se manteve omissivo. Todavia, insta ressaltar que as competências e as atribuições desempenhadas por esse órgão de controle passaram por uma mudança significativa com a aprovação da Constituição Federal de 1967, o que refletiu diretamente no instituto da licitação.¹¹⁸ Tais mudanças decorreram do plano de reforma administrativa e financeira aprovado no governo militar.¹¹⁹

Isso porque, com o crescimento da máquina estatal e a ampliação de suas funções, houve uma mudança na forma pela qual os Tribunais de Contas exerciam o controle, na medida em que o controle externo deixou de ser prévio, quando os contratos eram analisados antes da sua celebração, para passar a ser realizado *a posteriori*.¹²⁰

Como assevera Rosilho, “a função do controle, assim, passou a se centrar na repressão ao gasto ineficiente, ilegítimo ou ilegal de recursos públicos, permitindo que a Administração firmasse e executasse contratos com autonomia”.¹²¹

Além disso, a fiscalização realizada pelo TCU não se limitava mais à averiguação das informações fornecidas pela própria Administração Pública, posto que, o Tribunal de Contas passou a ter competência para realizar inspeções e auditorias.¹²²

Outra inovação na sistemática do controle dos gastos públicos consiste na implementação de um sistema de controle interno, com o objetivo de fiscalizar as despesas da própria administração pública, aumentando a sua eficiência e eficácia através de inspetorias

¹¹⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 55.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹¹⁹ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 67 *et seq.* Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31465571/2000_M_SPECK_Inovacao_e_rotina_no_Tribunal_de_Contas_da_Uniao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1495850688&Signature=R%2B6Rr9DgkFmlyIQKgMi0OUYypjk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DBruno_Wilhelm_Speck_Inovacao_e_rotina_no.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

¹²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 115.

¹²¹ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p. 57.

¹²² SPECK, Bruno Wilhelm. *Op.cit.*, 2000, p. 68.

estabelecidas em cada ministério para organizar e verificar a legalidade e regularidade na prestação de contas desses órgãos, antes de submetê-las ao controle dos Tribunais de Contas.¹²³

Em matéria de sanções, o DL 200/1967 apresentou inovações significativas, prevendo como sanções administrativas, para além da declaração de inidoneidade dos proponentes, a sujeição dos contratados à multa e à suspensão do direito de licitar, a serem aplicadas gradativamente, com base na gravidade do ilícito.¹²⁴ Como se pode ver também, as sanções mantiveram-se direcionadas aos particulares, licitantes.

Dessa forma, no âmbito da licitação, o DL 200 representou significativo avanço em relação ao arcabouço jurídico-legal precedente, principalmente por sistematizar as regras de licitação em um capítulo específico, voltado unicamente para regulamentação legal do tema. Ademais, as mudanças advindas da reforma administrativa promoveram a revisão do controle exercido pelo TCU sobre as contas públicas e a simplificação dos procedimentos de licitação, ampliando a sua utilização.¹²⁵

3.1.3 Decreto-lei 2.300/1986

Na evolução da disciplina jurídica das licitações, a edição do Decreto Lei 2.300¹²⁶, de 21 de novembro de 1986, anunciou um novo momento. Nesse sentido, Rosilho¹²⁷ observa que a partir da década de 1980 passou a prevalecer o maximalismo na regulação das contratações públicas em oposição aos modelos legislativos minimalistas, que vigiam anteriormente.

Isto porque, com o estabelecimento de regras jurídicas mais detalhistas acerca do procedimento licitatório e direcionadas aos agentes públicos houve uma redução na margem de liberdade conferida a Administração Pública para decidir pela melhor maneira de contratar.

¹²³ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 69 *et seq.*

¹²⁴ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 57 *et seq.*

¹²⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 100 *et seq.* Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto Lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12300-86.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

¹²⁷ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p. 31 *et seq.*

Como pontua o autor, o tratamento jurídico dispensado às licitações se voltou para o combate à corrupção.

A edição do DL 2.300 se situa no período de transição do regime autoritário para a redemocratização, marcado pela eleição do presidente Tancredo Neves. Neste cenário, o tema das contratações públicas emergiu como umas das medidas de urgência adotadas diante da constatação de inadequação do arcabouço jurídico-legal herdado do regime autoritário, pautando-se, pois, na revisão legal das normas de licitação inseridas no DL 200.¹²⁸

Ciro Fernandes¹²⁹ indica que “a crítica ao DL 200 se referia à sua forma, à qualidade da elaboração e à obsolescência que regulava os contratos, ainda referenciada no velho Código de Contabilidade, de 1922”.

De acordo o autor, a proposta de elaboração de um novo estatuto de licitações orientava-se para padronização dos procedimentos de compra e contratos e sistematização das normas, com o escopo de fortalecer a administração pública na relação contratual com particulares, tendo, assim, como produto um diploma legal detalhista.

O Decreto-lei n. 2.300/1986 ampliou o objeto da licitação, passando a abranger as alienações, concessões e locações.¹³⁰ Relembra-se que, nos diplomas legislativos anteriores, voltados para a matéria, o dever de licitar abrangia apenas as obras, serviços e compras.

Ainda no tocante à abrangência do dever de licitar, importante inovação refere-se à inclusão das empresas estatais – sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público –, as quais deveriam se submeter à disciplina normativa do Decreto até que editassem, em observância aos princípios básicos da licitação, os seus regulamentos próprios.¹³¹

Tal inovação decorreu da inclusão das fundações públicas na estrutura da Administração Pública, promovida pelo DL 2.299, de 21 de novembro de 1986, editado em paralelo ao novo

¹²⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 104 *et seq.* Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 115 *et seq.*

¹³⁰ “Art. 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica”. (BRASIL. **Decreto Lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986).

¹³¹ BRASIL. **Decreto Lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986, Artigo 86, *caput*.

estatuto de licitações, passando as mesmas, por consequência, à se sujeitarem às normas da administração, inclusive à disciplina de licitação e contratação.¹³²

Como se pode ver, o DL 2.300 preocupou-se em conferir tratamento distinto às entidades estatais em razão das suas peculiaridades, de modo que deveriam elaborar, através de regulamentos, procedimentos seletivos simplificados, o que, vale ressaltar, não significa a não sujeição ao dever de realizar prévia licitação para contratar.¹³³

Ademais, o DL 2.300 abrangia também, ainda que de forma mitigada, os Estados e Municípios, posto que previa, em seu artigo 85, que seriam aplicáveis à esses entes as normas gerais ali estabelecidas.

O DL 2.300 promoveu, ainda, relevante ampliação do elenco de casos em que seria dispensável a licitação, bem assim passou a distinguir a dispensa das hipóteses de inexigibilidade da licitação para contratações públicas¹³⁴, que se verificaria diante da inviabilidade de competição. Até então, a inexigibilidade confundia-se com as hipóteses de dispensa.

O legislador cuidou de delimitar as hipóteses de dispensa e, no que tange a inexigibilidade, estabeleceu um rol de serviços técnicos profissionais especializados, assim como definiu os elementos caracterizadores da notória especialização do profissional ou empresa¹³⁵, reduzindo a discricionariedade do administrador na aplicação destas exceções legais à regra da licitação.

Nesse aspecto, o novo diploma legal elegeu a experiência anterior como critério para a verificação da notória especialização do profissional ou empresa, objetivando, com isso, assegurar o adimplemento do objeto do contrato.¹³⁶

No que tange ao tratamento dispensado aos interessados na contratação pública, o DL 2.300, à semelhança do diploma anterior, exigia a comprovação das capacidades jurídica e técnica, da idoneidade financeira e da regularidade fiscal. No entanto, o diploma legal antecipou para si a fixação das exigências do processo de habilitação, reduzindo o espaço conferido aos editais para regular a licitação. Neste sentido, preleciona Rosilho¹³⁷:

¹³² FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 105. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹³³ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 71.

¹³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 73.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 74.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 75.

Diferentemente do que se verificava no diploma normativo que vigia anteriormente, a legislação passou a especificar, a priori, a forma pela qual deveria ser comprovada cada uma das exigências do processo de habilitação. Tal como pode ser observado, é surpreendente o aumento do nível de detalhamento e especificidade a que chegou o diploma normativo. Houve, portanto, significativa redução da margem de manobra da Administração Pública para escolher, por meio dos editais de licitação, a melhor forma de comprovar a aptidão do licitante para com ela firmar contratos.

Outra inovação promovida pelo diploma legal em questão refere-se à previsão de novas modalidades licitatórias, quais sejam o concurso e o leilão. Sucede que, para a concorrência, convite e tomada de preço, o DL 2.300 manteve como critério determinante o valor das contratações e estabeleceu como baliza o objeto a ser contratado (obras e serviços de engenharia ou compras e demais serviços), consoante preceituava o seu artigo 21.

Constata-se ainda, relevantes mudanças nos critérios de julgamento das propostas, que passou a ser objetivo. O DL 2.300 acresceu aos tipos de licitação o preço-base, pelo qual a Administração fixava um valor inicial e estabelecia, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório (artigo 37, parágrafo único).

Diferentemente do que dispunha os diplomas legais que vigiam anteriormente, o DL n. 2.300/1986 não privilegiou como critério decisivo o fator preço, dispondo em seu artigo 36, parágrafo único, que a Comissão deveria considerar também, para fins de julgamento, a qualidade, o rendimento, o prazo e outros fatores previstos no edital ou no convite. Em que pese a previsão expressa no sentido de que o julgamento seria objetivo, a escolha da melhor proposta passou a se pautar no interesse público e não mais, impreterivelmente, no menor preço.¹³⁸

No que tange ao tema das garantias, o diploma legal em comento manteve o rol previsto no DL n. 200/1967, facultando aos interessados a escolha por uma das modalidades de garantia, bem como inovou ao fixar o limite de 5% (cinco por cento) do valor do contrato para a caução em dinheiro e fiança bancária, conforme estabelecia o seu artigo 46, § 2º.

Ademais, o DL 2.300/1986 dispôs, expressamente, sobre o papel dos Tribunais de Contas no controle das despesas decorrentes das contratações públicas e dos demais instrumentos regidos por este decreto.¹³⁹ Cumpre lembrar que as legislações federais anteriores foram silentes quanto ao tema.

¹³⁸ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 78

¹³⁹ “Art. 79. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nesta previsto. § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste

Ao analisar a exposição de motivos do decreto-lei n.2.300/1986, André Rosilho¹⁴⁰ faz importante observação:

Fica evidente a partir da Exposição de Motivos do Decreto-lei 2.300/1986 que o legislador erigiu o tema do controle da legalidade da despesa pública como de “inquestionável relevância”, apostando em que os Tribunais de Contas, por meio dos instrumentos de investigação de que dispunham, seriam eficazes vigilantes da moralidade, da probidade e do bom uso dos recursos públicos.

Por fim, em relação as sanções administrativas, mantiveram-se as mesmas previstas no diploma legal precedente, quais sejam, a advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade (artigo 73 do DL 2300/1986).

Do exposto, conclui-se que o decreto-lei n. 2.300/1986 deu início a uma intensa legalização das contratações públicas, com o estabelecimento de normas detalhistas, o que minimizou a ampla margem de discricionariedade anteriormente conferida à Administração Pública. Além disso, a pretensão de conter normas gerais aplicáveis a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), promoveu a uniformização das licitações. Sucede que, tal diploma federal foi legitimado com a nova Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988.¹⁴¹

3.2 O MARCO CONSTITUCIONAL

Como bem observa Rosilho¹⁴², o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe grandes implicações às contratações públicas, com a constitucionalização do instituto da licitação, até então disciplinado por diplomas normativos infraconstitucionais.

De acordo o autor, o contexto em que foi promulgada a Constituição denota a preocupação do constituinte em limitar o poder estatal, como se extrai do art. 37, *caput*, que estabeleceu os princípios norteadores da Administração Pública.

A Carta Magna tratou da licitação em seu artigo 37, inciso XXI¹⁴³, prevendo, de forma abrangente, a obrigatoriedade de licitação para realização de negócios entre a administração

decreto-lei, para fins do disposto neste artigo. § 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.” (BRASIL. **Decreto Lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986)

¹⁴⁰ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 79.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 81 *et seq.*

¹⁴² *Ibidem*, p. 83 *et seq.*

pública e terceiros, condicionando as contratações de obras, serviços, compras e alienações ao procedimento licitatório prévio. Demais disso, estabeleceu parâmetros vinculantes ao legislador infraconstitucional no tocante ao tratamento a ser dispensado pela Administração aos interessados no certame.¹⁴⁴

A nova Constituição intensificou as aspirações pela elaboração de uma Lei que realizasse a vontade constitucional¹⁴⁵. Alice Gonzalez Borges traduz esse anseio da sociedade brasileira do seguinte modo:

Desenvolveu-se, a partir de então, verdadeira aspiração nacional, em torno da estruturação de uma verdadeira Lei nacional de licitações e contratos administrativos: uma lei que incorporasse e desenvolvesse os novos princípios da Constituição de 1988; que assegurasse sua real aplicabilidade em âmbito nacional; que fosse expurgada dos detalhes e minúcias somente direcionados para a Administração Federal; que, por fim, fosse despojada uma série de casuísmos e permissibilidade que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los.¹⁴⁶

A Constituição estabeleceu diretrizes a serem observadas pelo legislador e pela administração pública pertinentes a abrangência do dever de licitar e ao tratamento dispensado aos concorrentes, prescrevendo o dever de tratar de forma isonômica os licitantes.¹⁴⁷

Além disso, a Constituição de 1988 determinou, em seu artigo 22, inciso XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Confirma-se a redação original (anterior à alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1988) dada ao dispositivo¹⁴⁸:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

¹⁴³ “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: [...] 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”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**)

¹⁴⁴ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.85.

¹⁴⁵ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁴⁶ BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.194, out./dez. 1993, p. 97.

¹⁴⁷ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p.87.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.88.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴⁹ adverte que, muito embora estivesse sanada a controvérsia tocante a competência da União para legislar sobre normas gerais do tema, dado que a Constituição de 1969 conferia, de forma expressa, à União competência para expedir “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública” (art. 8º, inciso XVII, alínea ‘c’), permaneceu ainda a dúvida quanto a natureza jurídica dessas normas, se administrativa ou financeira.

De acordo Adilson Abreu Dallari¹⁵⁰, a Constituição Federal de 1988, por força do artigo 22, XXVII, conferiu ao DL n. 2.300 de 1986 o fundamento de validade que lhe faltava para ser aplicado aos Estados e Municípios.

No que se refere ao controle externo sobre as contratações públicas exercido pelos Tribunais de Contas, o texto constitucional de 1988 manteve o modelo de controle *a posteriori*, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro desde 1967.¹⁵¹ Todavia, apresentou importantes inovações com a ampliação e delimitação das competências destes órgãos no controle das contas públicas.¹⁵²

Bruno Wilhelm Speck¹⁵³ sintetiza o contexto do processo de redemocratização para falar sobre o importante papel assumido pelas instituições de controle, da seguinte forma:

No quadro político dos anos 80, não somente o modelo do desenvolvimento econômico e do Estado autoritário tinha entrado em declínio. Através de vários escândalos descobertos principalmente no sistema financeiro nacional, a credibilidade moral do regime entrou em decadência. Esses fatos contrastavam com a mensagem do próprio governo militar, que depôs os políticos civis, em meados dos anos 60, com a finalidade de erradicar a subversão e a corrupção. Enquanto o governo militar, na época, queria combater o mau uso dos recursos públicos através de tribunais de exceção, a oposição civil, nos anos 80, manifestava sua crença nos mecanismos institucionais democráticos para combater a corrupção. O abuso de poder e o enriquecimento às custas do Estado eram vistos como decorrentes da falta de liberdade de crítica e de mecanismos eficientes de controle.

A Constituição de 1988 trouxe importantes mudanças em relação ao tema. Isso porque, ampliou o âmbito de atuação dos Tribunal de Contas¹⁵⁴ ao expandir o rol de pessoas submetidas à fiscalização, passando a incluir “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas Gerais sobre Licitações e Contratos administrativos – Natureza e identificação no estatuto jurídico federal vigente – Perspectiva de novos projetos modernizadores. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 189, jul./set. 1992, p. 39 *et seq.*

¹⁵⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20.

¹⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 115. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>>. Acesso em: 28 abri. 2017.

¹⁵² ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.89 *et seq.*

¹⁵³ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 74 *et seq.*

¹⁵⁴ *Ibidem*, p 76.

privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” (artigo 70, parágrafo único).

Outra significativa mudança promovida pelo texto constitucional de 1988, ainda em relação às atribuições do Tribunal de Contas, refere-se à ampliação dos critérios de controle, que antes limitavam-se ao financeiro e contábil, com a inclusão expressa dos critérios da legalidade, legitimidade e economicidade (artigo 70, CF/88).¹⁵⁵

Rosilho¹⁵⁶, ao tratar sobre o papel da Constituição de 1988 na regulação das licitações públicas, observa que:

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

Conclui-se, assim, que a Constituição Federal de 1988, editada em um momento em que a sociedade aspirava o reestabelecimento da democracia após a década de 1970, ao estabelecer diretrizes norteadoras das ações da administração pública e, ao constitucionalizar o instituto da licitação, impulsionou a legalização das licitações públicas, visto que, “o ato de licitar tornou-se princípio constitucional de observância obrigatória para todos os entes federados”.¹⁵⁷

Como assevera Alice Gonzalez Borges¹⁵⁸, desenvolveu-se a partir de então um sentimento nacional voltado para elaboração de um diploma normativo que efetivasse os princípios e normas do novo texto constitucional, vale dizer, de uma verdadeira lei nacional de licitações e contratos públicos.

¹⁵⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 77.

¹⁵⁶ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.91.

¹⁵⁷ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 121. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁵⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.194, out./dez. 1993, p.97.

3.3 ATUAIS MARCOS LEGAIS DA LICITAÇÃO BRASILEIRA

3.3.1 A Lei geral de licitação (Lei nº 8.666/93)

Como visto, a Lei 8.666 de 1993 possui respaldo na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de realização de licitações para compras e contratações públicas, bem como as diretrizes para disciplina legal da matéria. Nessa esteira, a elaboração de um novo estatuto das licitações tinha como escopo a regulamentação da licitação.

A Lei 8.666/93 está inserida em um contexto de regime democrático, reestabelecido com a Constituição de 1988, de sorte que a sua elaboração foi de iniciativa do Congresso Nacional. Difere-se, assim, dos diplomas normativos precedentes, que foram aprovados na forma de decreto-lei, ato normativo emanado do Poder Executivo. O projeto da nova lei de licitações tramitou na Câmara e no Senado entre os anos de 1991 e 1993.

O governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), período em que fora proposto o referido projeto de lei, foi marcado pela crise política e pelas denúncias de direcionamento das contratações públicas, o que atraiu a atenção pública para a corrupção nas licitações. Esse cenário culminou com a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação das acusações e, por consequência, na abertura do processo de *impeachment*, o que levou à renúncia do Presidente Collor, em 1992.¹⁵⁹

Rosillo¹⁶⁰, após análise dos “bastidores” do processo legislativo da Lei 8.666/1993, revela que o contexto de crise do governo Collor fomentou os anseios políticos e sociais por uma reforma no sistema jurídico de licitações públicas, ao ponto que a elaboração de um novo estatuto de licitações passou a ser vista como a melhor alternativa para se cercear a corrupção na Administração Pública brasileira. Neste ponto, fica evidente o papel conferido às regras jurídicas, qual seja de prevenção da corrupção e redução da discricionariedade da atividade administrativa.

¹⁵⁹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 123 *et seq.* Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁶⁰ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.95 *et seq.*

Percebe-se, assim, que se atribuiu ao decreto-lei 2.300/1986, então em vigor, a responsabilidade pela corrupção nas contratações públicas, alcançando à conclusão de que a forma pela qual estava regulamentado o instituto da licitação ensejava as práticas corruptas.¹⁶¹

Como bem elucidou Ciro Fernandes¹⁶², “as fragilidades atribuídas ao DL. 2.300 eram percebidas como fator determinante para a vulnerabilidade que se imputava ao arcabouço legal”.

Rosilho¹⁶³ leciona que, a elaboração do novo diploma legal se embasou no modelo jurídico adotado pelo DL 2.300/1986 em vigor, marcado por uma disciplina jurídica minuciosa, detalhada e abrangente. Visava-se, com isso, restringir ainda mais o espaço de liberdade da Administração Pública, a fim de alcançar uma boa contratação pública.

Isso porque, de acordo o autor, os debates em volta da elaboração de uma nova lei de licitações circunscreveu-se à revisão das regras de licitação prescritas no DL. 2.300, conformando-as aos interesses dos grupos que interviam na construção legislativa da Lei 8.666/1993, principalmente o setor da construção civil. Desta feita, a reforma do estatuto de licitações não focou em uma mudança estrutural, isto é, no modelo legal adotado, mas sim em expandir e adaptar as disposições já existentes.

No tocante a essa relação estabelecida entre o combate à corrupção e a necessidade de um modelo legal detalhista incorporada nos discursos da época, Rosilho¹⁶⁴ tece as seguintes considerações:

Por fim, penso que o discurso da época, de combate à corrupção, ligava-se de forma mais óbvia a um projeto de lei do tipo maximalista. A mim parece ser mais simples convencer os interlocutores – sejam eles eleitores ou parlamentares – de que a corrupção será mais bem combatida com um projeto de lei detalhista, minucioso e rigoroso que com uma proposta legislativa que seja menos densa – até mesmo do que o Decreto-lei 2.300/1986 – e que se limite a estabelecer normas gerais. Não imagino como um parlamentar defensor do minimalismo nas licitações públicas refutaria, com facilidade, o seguinte argumento: “Se com a existência do Decreto-lei 2.300/1986 já ocorreram tantos e tão graves casos de corrupção nas licitações públicas, imagine se ele for substituído por uma lei mais simples? Os corruptos farão a festa”. Trata-se de outra versão do sedutor discurso de que, quanto mais controle, melhor.

Levantadas essas questões acerca do contexto em que se propôs a reforma no sistema jurídico de licitações, passa-se à análise do conteúdo da nova lei voltada à disciplina do tema.

¹⁶¹ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.99 *et seq.*

¹⁶² FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Op.cit.*, 2010 p. 128.

¹⁶³ ROSILHO, André. *Op. cit.*, 2013, p. 91 *et seq.*

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 111.

A Lei 8.666/193 realizou significativas mudanças no que toca a abrangência do dever de licitar, na medida em que, em observância ao texto constitucional de 1988, ampliou o seu alcance para impor a licitação à todos aqueles que representam a Administração Pública, em suas três esferas federativas.¹⁶⁵

Por outro lado, o diploma legal ampliou as hipóteses de dispensa de licitação, bem como de inexigibilidade, passando a excepcionar a obrigatoriedade da licitação em quinze situações, conforme o rol disposto em seu artigo 120. Ainda no que se refere a inexigibilidade, a fim de limitar as contratações diretas, o legislador cuidou de estabelecer o que se deve considerar como serviços técnicos profissionais especializados, enumerando seis espécies de serviços técnicos em seu artigo 13, ao qual remete o artigo 25, inciso II, que disciplina as hipóteses em que a licitação será inexigível.¹⁶⁶

Quanto ao tratamento dispensado aos interessados nas licitações, preocupou-se em ampliar a participação nas contratações públicas e, por conseguinte, a competição, fortalecendo o princípio da isonomia entre os licitantes, dado que foram determinadas exigências mínimas para habilitação dos interessados.¹⁶⁷

Como se pode ver, a Lei 8.666/1993, em conformidade com a limitação prescrita no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, buscou restringir as exigências às indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, de sorte que as condições de participação não podem ser desarrazoadas de tal modo que inviabilize a competição, pelo contrário, devem incentivá-la.

A Lei 8.666/1993 determinou cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (art. 22). O diploma legal delimitou a utilização das três primeiras modalidades em função do valor estimado da contratação. Por seu turno, o concurso deve ser aplicado para seleção de trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, mediante remuneração, já o leilão deve ser utilizado pela Administração Pública para a alienação de bens.

No que tange aos critérios de julgamento, a Lei de Licitações prevê, em seu artigo 45, § 1º, três tipos de licitação: menor preço, melhor técnica e técnica e preço. Nota-se, assim, que o critério preço-base, previsto na legislação precedente, foi retirado.¹⁶⁸

¹⁶⁵ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 118 *et seq.*

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 122 *et seq.*

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 125 *et seq.*

Em relação ao tema das garantias, o diploma legal estabelece três tipos, quais sejam a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o seguro-garantia e a fiança bancária, limitadas a cinco por cento do valor contratado, salvo quando se tratar de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, hipótese em que é facultado à Administração Pública elevar o limite referido para até dez por cento do valor do contrato (art. 56).

Por fim, a Lei 8.666/1993 promoveu significativas mudanças em relação ao controle exercido pelos Tribunais de Contas, na medida em que conferiu à esses órgãos poder para solicitar o edital de licitação para análise, bem como para determinar a adoção de medidas corretivas em razão desse exame (art. 113, §2).¹⁶⁹

Observa-se, assim, que a nova lei de licitações ampliou o poder do Tribunais de Contas para exercer o controle das despesas públicas pertinentes às contratações públicas, ao atribuir-lhes o poder de intervir nos procedimentos licitatórios.

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara chamam atenção para a diferença que há entre o controle das despesas públicas oriundas de atos administrativos, do controle das despesas advindas das contratações públicas, com base na previsão constitucional,

O modelo de controle externo das despesas públicas, assim, baseia-se em uma relevante distinção das oriundas de atos administrativos e das decorrentes de contratações públicas. Em relação aos primeiros (atos), o poder de intervenção direta dos Tribunais de Contas existe, e se perfaz pela sustação de seus efeitos, nas situações em que o responsável, após receber prazo para correção da suposta irregularidade, não atende à deliberação do órgão de controle. Em relação a despesas oriundas de contratos, os Tribunais de Contas podem fixar prazo para correção de eventuais ilegalidades, mas sem determinar sua sustação. Essa medida só pode ser aplicada pelo Legislativo diretamente, isso quando a autoridade responsável não corrigir a possível irregularidade no prazo assinalado¹⁷⁰.

Conclui-se que a Lei 8.666/1993 é um novo marco regulatório das contratações públicas e, muito embora não tenha promovido alterações estruturais no precedente estatuto de licitações, apresentou significativas inovações em determinados pontos. Contudo, “o texto da lei adquiriu características de extensão, complexidade conceitual e abundância de regras que suscitaram críticas à dificuldade para sua assimilação pelos operadores das licitações”.¹⁷¹

¹⁶⁹ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 126 *et seq.*

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 120.

¹⁷¹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 143. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger.

3.3.2 O Pregão

A criação do pregão como modalidade licitatória alternativa representou uma inovação revolucionária nas compras e contratações públicas. Conforme elucida Ciro Fernandes¹⁷², a criação do pregão no Brasil se deu em um contexto de crise monetária, que impactou o segundo governo de Fernando Henrique Cardoso (1999-2002), obrigando-o a adotar medidas emergenciais de controle de gastos, o que repercutiu na política de compras e contratações.

De acordo o autor, diante dessa conjuntura de crise financeira, identificou-se no pregão uma medida viabilizadora da redução de despesas nas compras governamentais. Ressalta, ainda, que o pregão foi introduzido na legislação brasileira com a privatização do setor de comunicações e a criação da agência reguladora ANATEL, através da Lei Geral de Telecomunicações n. 9.472/1997. Tratava-se, assim, de modalidade já ensaiada, com resultados satisfatórios.

Nesse sentir, Ciro Fernandes aponta que “o pregão se afigurava solução tecnicamente confiável, porque testada, politicamente factível, em virtude do seu escopo circunscrito e associada a imagem e qualidades positivas, como experiência bem sucedida”.¹⁷³

Diante disso, foi proposta a extensão do pregão à administração pública federal a ser promovida mediante a criação de lei específica. No entanto, em razão da necessidade de se adotar medidas para o enfrentamento da crise monetária, optou-se pela sua instituição por meio da edição de medida provisória, com força de lei, a MP n. 2026/2000, visando, com isso, evitar uma longa tramitação legislativa, assim como proporcionar a sua rápida implementação.¹⁷⁴

Em julho do ano de 2002 foi concluído o processo legislativo do pregão, com a conversão da MP na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que ampliou o grau de abrangência dessa nova modalidade licitatória, antes circunscrita à administração pública federal, estendendo a sua

(Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁷² *Ibidem*, p. 170 *et seq.*

¹⁷³ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 180. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 171.

aplicação aos estados e municípios. A criação do pregão eletrônico se deu anteriormente, através da edição do decreto n. 3.697, de 21 de dezembro de 2000.¹⁷⁵

Importante ressaltar que o pregão não revogou a Lei Geral de Licitações e Contratos. O arcabouço jurídico estabelecido pela Lei 8.666/93 foi mantido, admitindo-se a utilização do pregão como modalidade licitatória complementar àquelas previstas na referida lei. Inclusive, são aplicáveis ao pregão as normas do estatuto de licitações.¹⁷⁶

Como nova modalidade licitatória, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. O legislador cuidou de definir o que se deve entender por “bens e serviços comuns”, dispondo em seu artigo 1º, parágrafo único, que são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Como se pode perceber, diferentemente da Lei de Licitações e Contratos, que define a modalidade licitatória em função do valor da contratação, a adoção do pregão relaciona-se às características do objeto licitado, sendo irrelevante o valor envolvido para fins de fixação do tipo de contratação¹⁷⁷.

Em análise do conceito atribuído à expressão “bens e serviços comuns”, na forma prevista na referida medida provisória, Marçal Justen Filho¹⁷⁸ estabelece uma crítica quanto a referência à bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser, de forma objetiva, definidos no instrumento convocatório. De acordo o autor, a fixação no edital de critérios objetivos de avaliação se impõe a toda e qualquer licitação, não residindo aí o elemento que classifica um bem ou serviço como comum.

A definição legal do conceito em voga é esclarecida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União em diversos Acórdãos da Corte. O acórdão nº 2.071/2008 – Plenário¹⁷⁹, que versa sobre a legitimidade da contratação de serviços de tecnologia da informação por meio

¹⁷⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 185. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁷⁶ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.184 *et seq.*

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.188.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Nova Modalidade Licitatória. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro: Renovar, 221, jul./set. 2000, p. 12.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.071/2008. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 05 nov. 2008. RA 019.230/2007-2. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2471%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

do pregão, indica que não se classifica como comum os serviços de natureza predominantemente intelectual, restando afastada a adoção da modalidade nessa hipótese. Por outro lado, aponta como serviços comuns, aqueles padronizados no mercado, executados de acordo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos. A decisão do Tribunal destaca, ainda, a irrelevância da complexidade do serviço de TI para fins de uso do pregão.

Inobstante o cuidado do legislador em definir a expressão “bem ou serviço comum”, nota-se que a subjetividade permeia a sua caracterização, o que dá margem para a interpretação casuística do conceito, observadas, claro, as finalidades do pregão.

Marçal Justen Filho¹⁸⁰ ao analisar o tema, concernente a então recém instituída modalidade licitatória, definiu como de natureza comum os objetos padronizados, aqueles facilmente adquiridos no mercado, indicando como critério a ser observado na determinação do conceito a peculiaridade procedimental do pregão, em alusão a simplificação do procedimento.

A organização procedimental do pregão em relação aos procedimentos licitatórios previstos na Lei Geral de Licitações e Contratos se mostrou inovadora, tendo em vista as suas características singulares. Destaca-se a inversão das fases de habilitação e julgamento, a formulação de propostas de forma oral, em viva voz, e a existência de uma única fase recursal. Tais peculiaridades importaram na simplificação e agilização do procedimento, visadas com a sua instituição, bem como no fomento da competição.¹⁸¹

O pregão incorporava mudanças em características essenciais das regras, procedimentos e mesmo da cultura cristalizada em torno do marco legal em vigor, representado pela Lei 8.666, ampliava a autonomia do administrador público responsável pelo procedimento (o pregoeiro), abreviava prazos processuais e estimulava uma competição intensa pela redução de preços.¹⁸²

Importante analisar, antes de adentrar no procedimento do pregão, a fase interna da licitação, concernente a elaboração do edital do pregão. Neste ponto, convém destacar a definição do objeto.

Considerando que essa modalidade licitatória destina-se à compra de bens e serviços comuns, a definição do seu objeto no edital deve ser precisa, suficiente e clara, sendo incompatível

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Nova Modalidade Licitatória. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro: Renovar, 221, jul./set. 2000, p.13.

¹⁸¹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 183. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁸² *Ibidem*, p. 179.

com a sua natureza a previsão de exigências excessivas, que limitem o universo de participantes.¹⁸³

É preciso ressaltar que, malgrado o pregão tenha eleito o critério de julgamento de menor preço, não se deve ignorar a qualidade do objeto, sob pena da busca pelo preço baixo conduzir a uma contratação de produtos ou serviços insuficiente. Sendo assim, é imprescindível que o ato convocatório (edital) preveja os requisitos mínimos de qualidade.¹⁸⁴

Um vez elaborado e publicado o edital, os interessados deverão ser convocados, através da publicação de aviso, para comparecer à sessão pública em que serão apresentadas as suas propostas e se desenvolverá o certame.

A inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas consiste em analisar primeiramente as propostas apresentadas pelos participantes, para após, examinar os documentos de habilitação. Desse modo, apenas o licitante que apresentar a melhor proposta terá submetida ao exame da Administração Pública a documentação de habilitação técnica, econômico-financeira e de regularidade fiscal.¹⁸⁵

Convém observar que o pregão inicialmente se tratava de modalidade licitatória de uso facultativo, no entanto, o decreto n. 5.450, que regulamenta o pregão, o tornou obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns em determinadas situações.

O pregão, portanto, introduziu um procedimento dinâmico de contratação, com a simplificação do rito previsto no Estatuto de Licitações, tornando ágil o processo de licitação, assim como fomentou a competição entre os participantes, proporcionando uma redução nos custos incorridos pela Administração Pública nas compras de bens e contratações de serviços, impondo-se, pois, pelo sucesso da sua aplicação. Muitos foram os ganhos obtidos com o pregão, a exemplo da eficiência na licitação.

É importante notar que, para além das necessidades do governo em adotar medidas de controle da crise financeira vivenciada à época pelo país, o pregão emergiu como uma proposta de mudança na política de compras e contratações governamentais, diante da

¹⁸³ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 90.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Nova Modalidade Licitatória. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro: Renovar, 221, jul./set. 2000, p. 20 *et seq.*

¹⁸⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 183. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

percepção da Lei 8.666/1993 como um regime problemático. Ou seja, o pregão surgiu como uma resposta às fragilidades identificadas no estatuto vigente.

Ressalva-se que, o pregão não revogou quaisquer disposições da Lei 8.666/1993, mas sim inaugurou uma nova modalidade de licitação complementar àquelas previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos. No entanto, forçoso reconhecer que representou uma ruptura com o arcabouço jurídico-legal vigente.¹⁸⁶

3.3.3 O Estatuto das Micro e Pequenas Empresas e as Licitações: LC 123/2006

A edição da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, insere-se no plano de reformas legislativas no regime jurídico da licitação no Brasil promovidas após a Lei 8.666/1993. Com o escopo de incentivar o desenvolvimento econômico dos micro e pequenos negócios, o referido diploma legal criou incentivos para o acesso desse nicho empresarial ao mercado público, consagrando disposições relativas à participação em licitações públicas.¹⁸⁷

As normas que versam sobre licitação veiculam preferências em prol das pequenas empresas no âmbito das contratações públicas, com fundamento na Constituição Federal de 1988. A Carta Magna previu, em seu artigo 170, IX, que o tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte é princípio diretor da ordem econômica e, mais especificadamente, em seu artigo 179, estabeleceu que o tratamento jurídico diferenciado visa incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.¹⁸⁸

Vê-se, assim, que embora o texto constitucional não dispunha sobre preferências relativas à licitação, certo é que cuidou de assegurar a proteção e incentivo à atuação desses agentes econômicos. Dessa forma, a LC 123 concretizou o preceito constitucional, ao estabelecer normas gerais que consagram tratamento diferenciado favorável às pequenas empresas.

¹⁸⁶ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010, p. 190. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

¹⁸⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 180 *et seq.*

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 11.

A respeito da constitucionalidade desse tratamento discriminatório, Marçal Justen Filho¹⁸⁹ observa que o incentivo ao desenvolvimento econômico e social é uma das finalidades consagradas constitucionalmente, perseguidas pelo Estado Social, a vista do qual deve ser examinada a preferência outorgada em favor das pequenas empresas.

Nessa medida, para além das simples obtenção de bens e serviços, deve-se utilizar a contratação pública para promoção de fins econômicos. Com efeito, a licitação deve assegurar o tratamento isonômico aos interessados, bem como buscar a contratação mais vantajosa, contudo, deve promover também a eliminação das desigualdades e fomentar a atividade econômica. Sendo assim, como bem afirma o referido autor, "as microempresas devem ser protegidas legislativamente como meio de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas".

André Rosilho¹⁹⁰ elenca quatro inovações significativas promovidas pela Lei das Micro e Pequenas Empresas, relativas ao tema da licitação, que se destinam a assegurar benefícios em favor desses agentes econômicos nas contratações públicas.

A primeira, prevista em seu artigo 44, cuida da preferência na contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte em caso de empate ficto, que se verifica quando as propostas apresentadas por elas superar em até 10% (dez por cento) a proposta mais bem classificada, a de menor valor, ou, em se tratando do pregão, superar em até 5% (cinco por cento) o melhor preço ofertado.

Ressalta-se que, uma vez verificado o empate ficto, a pequena empresa não será reputada vencedora de imediato, o que o dispositivo impõe à administração é o dever de oportunizar à essa empresa que altere o valor da proposta apresentada, reduzindo-o para montante inferior aquele proposto pelo licitante comum. Em razão disso, o benefício em tela se restringe às licitações do tipo menor preço.¹⁹¹

As demais inovações a serem indicadas são relativas à previsão de realização de licitações diferenciadas. Destarte, a segunda alteração consiste na possibilidade de restringir a participação nas licitação às microempresas e empresas de pequeno porte, quando o valor da contratação não ultrapassar o importe de R\$ 80.000,00 (art. 48, inciso I).

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 30 *et seq.*

¹⁹⁰ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 181 *et seq.*

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, 2007, p. 69.

A terceira forma de beneficiamento refere-se à faculdade conferida a administração pública para exigir dos licitantes a subcontratação de micro empresas ou empresas de pequeno porte para execução de parte do objeto contratado, conforme previsão do artigo 48, II.

Por fim, a quarta inovação consiste na obrigatoriedade de se estabelecer, nas licitações para aquisição de bens de natureza divisível, cotas de até 25% do objeto para a contratação de micro e pequenas empresas.

Marçal Justen Filho¹⁹² indica, ainda, o benefício da regularização tardia, que possibilita à essas empresas participar da licitação sem dispor dos documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal no momento da abertura ou do julgamento do certame. Obtendo êxito na disputa, será oportunizada a apresentação de tais documentos em momento anterior à assinatura do contrato.

Marçal¹⁹³ observa que tal previsão não significa dispensa do dever de apresentar a documentação, mas, sim, que o defeito na comprovação da regularidade fiscal não importará em exclusão do licitante do certame.

3.3.4 O Regime Diferenciado de Contratações – RDC

É curioso notar que as legislações que procederam à edição da Lei 8.666/1993, inobstante tenham inovado em matéria de licitação, não promoveram alterações estruturais no modelo legal de contratações públicas, mantendo-se, assim, o modelo do tipo maximalista. No entanto, os regimes de contratações específicas cuidaram de alterar o modelo jurídico de licitações, extremamente denso, procedimentalizado e burocratizado, ao introduzir determinadas modificações em relação ao tema. Nesse cenário, sublinha-se a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, no que toca a deslegalização da licitação, no sentido de restringir o conteúdo das disciplina legal do instituto.¹⁹⁴

Nenhum outro diploma normativo perseguiu com tamanha determinação a deslegalização das licitações públicas como a Lei do Regime Diferenciado de Contratações. Algumas são as razões que justificam esta assertiva. Primeiramente, evitou-se adiantar para a lei os comportamentos dos agentes estatais e dos licitantes em detalhes; o texto da lei é enxuto e pouco procedimentalizado. Em segundo lugar,

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 138.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 67.

¹⁹⁴ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 214

explicitamente se atribuiu ao regulamento – e, portanto, ao Poder Executivo – o papel de disciplinar a casuística de diversos aspectos das licitações.¹⁹⁵

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães¹⁹⁶ destacam a valorização do espaço normativo regulamentar pelo Regime Diferenciado de Contratações, na medida em que, conferiu ao regulamento, o Decreto 7.581/2011, o poder para estabelecer e disciplinar, em seu aspecto prático e no âmbito da União, o RDC.

Nesse ponto, cumpre informar que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, ao tentar promover a deslegalização da licitação, delegando ao regulamento a tarefa de disciplinar determinados conteúdos, cuidou de fixar diretrizes a serem observadas pelo Poder Executivo ao expedir atos com caráter normativo. Nota-se, assim, que o diploma legal em questão não conferiu ao administrador liberdade plena para dispor conforme a sua vontade livre, ao seu bel prazer.¹⁹⁷

Ademais, importante ressaltar a autonomia do RDC em relação as demais legislações que disciplinam as contratações públicas, inclusive a Lei 8.666/1993. Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães¹⁹⁸ o RDC é norma geral-especial de licitação, na medida em que se configura como norma geral de licitações públicas e, concomitantemente, é também norma especial em relação aos demais diplomas que regem as licitações públicas. Ressaltam que, aplica-se o regime jurídico da Lei Geral de Licitações apenas nos limites previstos na Lei do RDC.

O procedimento previsto para licitação no RDC, da mesma forma que as demais licitações, subdivide-se em duas fases. Na fase interna, em síntese, cabe a Administração Pública demonstrar o interesse público existente naquela compra de bem ou contratação de serviço, bem como o interesse público em licitar sob o regime diferenciado de contratação.¹⁹⁹

A publicação do instrumento convocatório dá início a fase externa, que consiste na apresentação das propostas e lances. O RDC, assim como o pregão, também promoveu a alteração da ordem das fases em relação àquela prevista na Lei 8.666/1993, vale dizer o julgamento das propostas é realizado previamente à habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta. Trata-se de ordem prioritária, sendo possível invertê-la, excepcionalmente, na hipótese do parágrafo único do art. 12, de acordo o qual se pode proceder ao exame da

¹⁹⁵ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 218

¹⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 42 *et seq.*

¹⁹⁷ ROSILHO, André. *Op.cit.*, 2013, p. 219.

¹⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op.cit.*, 2012, p. 38 *et seq.*

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 358.

habilitação, para tão somente analisar os preços oferecidos. Desse modo, a contratação do licitante que ofereceu a melhor proposta de preço está condicionada ao exame positivo da sua habilitação.

Salienta-se que a proposta mais vantajosa não significa, tão somente, a melhor oferta de preço, mas, sim, o melhor preço da contratação somada às condições mínimas de qualidade que possibilitem uma execução bem sucedida.²⁰⁰

Como se pode perceber, o Regime Diferenciado de Contratação assemelha-se, e muito, ao procedimento do pregão. Além da inversão de fases, o RDC também estabelece um momento único para apresentação de recursos, instalando a fase recursal concentrada.

3.3.5 A Lei das Estatais e as Licitações: Lei Federal 13.303/2016

A Lei nº 13.303, publicada em 30 de junho de 2016²⁰¹ inaugurou um novo diploma jurídico para a empresa pública, a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, realizando a determinação constitucional, insculpida no art. 173, §1º, de um estatuto diferenciado para os entes da Administração Pública indireta.

Entre os pontos especificados pela Constituição, aos quais cabia a Lei das Estatais regulamentar, está a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

A previsão constitucional, incluída pela EC 19/1998, é fruto da Reforma Administrativa vivenciada na década de noventa, ou seja, levou-se aproximadamente dezesseis anos para que fosse realizada a vontade da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei das Estatais.²⁰²

Além disso, essa previsão constitucional se justifica diante da inadequação das regras gerais impostas a administração direta, autárquica e fundacional para as empresas estatais, fazendo-

²⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 360.

²⁰¹ BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

²⁰² NOHARA, Irene Patrícia. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos**. Direito Administrativo. 2016. Disponível em: < <http://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

se necessário, pois, um regime diferenciado, menos burocratizado e mais flexível, em vista da finalidade para a qual foram criados esses entes.²⁰³

Irene Patrícia Nohara²⁰⁴ contextualiza a edição do diploma legislativo, relacionando-a à corrupção envolvendo licitações realizadas pela empresa estatal Petrobrás,

A edição da nova lei nesse período (politicamente conturbado, afirme-se) foi motivada também por fatores conjunturais. Partiu da apuração de fraudes, num sistema de carteis, em licitações e contratos que trouxe à tona a corrupção praticada por parte de altos executivos da Petrobrás em negócios superfaturados celebrados com grandes empreiteiras, conforme desenrolar da operação Lava Jato, que acarretou perda de bilhões da sociedade de economia mista em função da alta gestão desviada, em recursos que depois eram supostamente empregados em compras de votos e financiamento de campanhas de agentes políticos.

A Lei estabelece a obrigatoriedade de observância da licitação para os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens (art. 28, *caput*).

Como se pode ver, as hipóteses se referem às atividades meio desempenhadas pelas estatais. É o que se extrai do art. 28, § 3º, inciso I, que prevê a dispensa da licitação para a comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas estatais, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, ou seja, para as atividades fins.

Ultrapassa os limites do presente estudo a análise aprofundada da disciplina jurídica da nova legislação, todavia, cumpre pontuar que, tendo em vista o contexto de combate a corrupção em que foi editada, a lei das estatais dispensou tratamento pormenorizado às licitações, o que dificulta a compreensão dos seus respectivos dispositivos legais, e, por outro lado, adota a sistemática do Regime Diferenciado de Contratações, o que aponta para uma maior flexibilidade.²⁰⁵

²⁰³ CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 214, out. 1998, p. 7. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47269/45343>>. Acesso em: 27 Nov. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v214.1998.47269>.

²⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia, **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos**. Direito Administrativo. 2016, *loc. cit.*

²⁰⁵ *Ibidem, loc.cit.*

3.4 A LICITAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DA CORRUPÇÃO

Após essa retrospectiva legislativa da licitação no Brasil, voltada ao exame dos principais aspectos dos diplomas legais que versaram sobre a matéria, as evoluções no tema, bem como o contexto político que fomentou as mudanças legislativas, cumpre verificar em que medida o instituto da licitação se apresenta como instrumento de controle da corrupção. Isso porque, viu-se que, durante a consolidação da licitação no Brasil, a preocupação com o tema se voltou, principalmente em função dos momentos históricos vivenciados pelo país, à questão do desvirtuamento do poder público na utilização dos recursos públicos.

É diante desse cenário que o instituto da licitação deve ser interpretado como mecanismo de controle da corrupção, na medida em que impõe limites à atuação da Administração Pública na relação estabelecida com os administrados, particulares, com a finalidade precípua de resguardar os cidadãos do exercício desregrado do poder estatal, protegendo, por consequência, o interesse coletivo.

Como bem ilustra Antonio Marcello da Silva²⁰⁶, para atender as necessidades dos serviços públicos e para prossecução dos demais objetivos perseguidos pelo Estado, a Administração precisa buscar auxílio no setor privado, estabelecendo relações contratuais com particulares, seja para realização de obras, serviços ou para alienação e aquisição de bens, vez que não é autossuficiente.

Todavia, diversamente do que ocorre nas avenças privadas, isto é, entre particulares, que são regidas pela autonomia da vontade, a Administração não possui liberdade na eleição da oferta e do ofertante, pois, tendo em vista a indisponibilidade da coisa pública, não pode pautar a sua escolha em interesses pessoais.²⁰⁷

Para tanto, é exigível a observância do princípio da licitação, a fim de alcançar a melhor contratação através da realização de uma verdadeira disputa, que assegure tratamento isonômico aos interessados em contratar com o Estado. Destarte, mais do que princípio em si,

²⁰⁶ SILVA, Antonio Marcello da. O princípio e os princípios da licitação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 136, abr./jun. 1979, p. 34 *et seq.*

²⁰⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

a licitação é um instrumento jurídico-administrativo em favor dos princípios da impessoalidade e da moralidade.²⁰⁸

Com efeito, o particular possui liberdade para contratar da forma e nas condições que melhor lhe aprouver, pois “inexistem normas orientadoras de sua escolha, sendo comuns as avenças privadas resultantes da simpatia, do bom conceito e até mesmo da capacidade de convencimento do ofertante”²⁰⁹, ao passo que, a Administração, à vista dos princípios constitucionais norteadores do seu agir, deve realizar obrigatoriamente o procedimento licitatório para contratar com particulares, salvo quando, em caráter excepcional, não for possível fazê-lo, ou lhe seja facultado legalmente dispensá-lo.

Dessa forma, a vinculação da administração à licitação melhor realiza os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem assim confere legitimidade à administração no exercício do seu poder-dever, que constitui a função administrativa.

Nessa medida, a licitação ampliou as possibilidades de controle, podendo ser definida como mecanismo de combate às práticas corruptas. Isso porque, como visto, o escopo da licitação é impedir que o administrador público em suas relações com os particulares empregue os valores públicos à seu bel prazer, o que, caso fosse possível, possibilitaria ao agente público agir orientado por interesses particulares, motivações e sentimentos pessoais, conduta que não se coaduna com os valores protegidos pelo sistema jurídico brasileiro de proteção da *res publica*.

Além disso, a licitação destina-se à coletividade, em vista do interesse coletivo na gestão da coisa pública, uma vez que implica no atendimento das necessidades sociais, revelando-se, também por este motivo, a importância do procedimento licitatório.

A licitação, entendida como o certame necessário à Administração Pública Direta e Indireta para alcance da opção mais conveniente para celebração de negócios jurídicos administrativos com particulares, visa, sobretudo, a preservação da “coisa pública”²¹⁰, assegurando a correta destinação dos recursos públicos.

²⁰⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitação. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97. jan./mar. 1991, p. 103.

²⁰⁹ SILVA, Antonio Marcello da. O princípio e os princípios da licitação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 136, 1979, p. 35.

²¹⁰ “[...] coisa pública, expressão que utilizamos para representar o acervo da Administração Pública integrado por ativos, direitos, bens e interesses, bem como por encargos, passivos e deveres assumidos em desfavor da Administração Pública.” (PESTANA. Marcio. **Licitações no Brasil: Exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013, p.1)

Marçal Justen Filho²¹¹ observa, com precisão, o papel da licitação como instrumento jurídico destinado à reduzir os riscos de decisões administrativas irracionais:

[...] O Direito reconhece os limites do conhecimento humano e o risco de decisões incorretas na gestão dos recursos públicos. A licitação é uma solução jurídica para impedir decisões apressadas, mal planejadas e impulsivas – defeitos que são inerentes ao processo decisório. O agente administrativo é um ser humano, sujeito a falhas em suas escolhas. A licitação reduz a autonomia do agente administrativo precisamente para limitar a amplitude dos riscos de equívoco.

Carlos Pinto Coelho Mota²¹², por sua vez, evidencia a importância do instituto nos seguintes termos:

A licitação representa um termômetro da Administração, na medida em que, bem formalizada e, sobretudo, ocorrendo a verdadeira disputa, é um instituto limitador da discricionariedade administrativa. Além disso é uma manifestação fática do emprego regular do dinheiro público, contribuindo para a concretização de postulados básicos da Administração.

Contudo, como pontua Adilson de Abreu Dallari²¹³, a licitação não representa a garantia da probidade administrativa, na medida em que constata-se ser possível obter vantagens indevidas do contrato público a partir de um procedimento licitatório engendrado para esse finalidade ilegítima. Inobstante a inserção da licitação no ordenamento jurídico pátrio, a corrupção ainda se instala nas contratações públicas, dentre outros motivos, em razão da discricionariedade na elaboração do edital, tema central do presente trabalho, conforme será visto no capítulo que segue.

4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado é dotado de prerrogativas que visam alcançar os fins públicos perseguidos por ele, encontrando-se, dentre elas, a discricionariedade administrativa, que consiste, assim, em um poder da administração, o poder discricionário.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho conceitua os poderes administrativos como o “conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.²¹⁴

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.

²¹² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994, p. 26

²¹³ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.7.

²¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 51.

A discricionariedade qualifica-se como um poder administrativo, na medida em que outorga ao administrador certa liberdade de agir, para realizar escolhas, dentre várias legítimas, permitindo-lhe optar por uma a partir de um juízo de conveniência e oportunidade.²¹⁵

O exercício da discricionariedade exige que o administrador se oriente, na direção de determinado caminho, por elementos de valoração, principalmente a conveniência e a oportunidade. “A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida”.²¹⁶

Como bem elucida José Eduardo Martins Cardoso²¹⁷,

A discricionariedade administrativa deve ser sempre concebida como um campo de atuação livre outorgada pela lei ao administrador, dentro dos próprios limites que essa outorga normativa estabelece. É, em outras palavras, uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente.

O agir discricionário manifesta-se através dos atos administrativos, pelos quais a Administração Pública, por meio de seus agentes, exterioriza a sua vontade voltada à execução de determinada providência de interesse público.²¹⁸

Ressalta-se que,

(...) embora possa se afirmar que a Administração, ao praticar um ato administrativo, transmita determinada manifestação de vontade, o certo é que, quando o faz, os efeitos dessa vontade só se propagam em conformidade com a vontade legal. O agente administrativo, responsável pela concretização do elemento volitivo do Estado, não tem propriamente um “querer” no que toca o objetivo da vontade que expressou como sujeito da Administração. Ao expressar seu “querer”, expressa o próprio “querer” da lei, de forma que o ato produzirá os efeitos que esta prevê, independentemente de o agente pessoalmente desejar o resultado.²¹⁹

Conforme preleciona José dos Santos Carvalho Filho²²⁰, o exercício do poder discricionário não é absoluto, ilimitado, sujeita-se, pois, às limitações legais, de sorte que o seu uso indevido importa em abuso de poder, que pode se manifestar como excesso de poder ou desvio de poder. É certo que, em qualquer uma de suas modalidades, o abuso de poder torna a conduta do administrador inválida, possibilitando, por consequência, a submissão do ato praticado ao controle administrativo ou judicial.

²¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: Análise de seu delineamento jurídico. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 16 *et seq.*

²¹⁶ *Idem*. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 51

²¹⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p.49.

²¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op.cit.*, 2005, p. 9.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

²²⁰ *Ibidem*, p. 15.

Como bem conceitua Helly Lopes Meirelles²²¹, “o excesso de poder ocorre quando a autoridade embora competente para praticar o ato, vai além do permitido, exorbita no uso de suas faculdades administrativas”. Por seu turno, o desvio de finalidade “verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”.

Vê-se, assim, que dentre os elementos que compõe o ato administrativo – competência, finalidade, forma, motivo e objeto, o abuso na forma de desvio de poder se situa no elemento finalidade e se verifica sempre que o administrador preordena-se a fins privados ao invés de buscar o verdadeiro fim público.²²²

Com efeito, o poder de agir discricionário é uma prerrogativa confiada ao administrador público, no entanto, o seu uso deve ser, necessariamente, em benefício do interesse da coletividade administrada, vale dizer, “o discricionarismo da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé ou imoralidade administrativa”.²²³

Dessa forma, enquanto poder legítimo, a discricionariedade só pode ser exercida dentro dos parâmetros legais, previstos explícita ou implicitamente em lei, com vistas a realizar os fins públicos pretendidos pela norma.

A “conduta administrativa fora dos limites da lei representa arbitrariedade e se configura como ilegítima, de modo que não poder ser convalidada em nome de nenhum interesse, principalmente o interesse público que deve ser o alvo final da atividade administrativa”.²²⁴

Nessa medida, tratando-se de ação administrativa autorizada e limitada pela lei, a discricionariedade distingue-se da arbitrariedade. O agir com arbítrio é ilegítimo, pois excede os limites impostos pela lei ou vai de encontro a esta, em ofensa ao Direito.²²⁵

Ressalta-se que, além da legalidade, os administradores têm a sua atuação condicionada pelos princípios constitucionais regentes da administração pública, devendo, dessa forma, obediência aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

²²¹ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 96.

²²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: Análise de seu delineamento jurídico. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 15

²²³ MEIRELLES, Helly Lopes. *Op.cit.*, 1994, p. 94 *et seq.*

²²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op.cit.*, 2005, p. 22.

²²⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 49.

Ainda no que toca aos limites da discricionariedade, Caio Tácito²²⁶ pontua ser cediço na doutrina e jurisprudência que a observância à finalidade pública, também condicionante da atuação administrativa, emana do princípio da legalidade.

O ato administrativo vincula-se, pois, à um fim público específico, ainda que não descrito na norma de competência, de sorte que o desvio de finalidade torna o ato viciado no que concerne à sua legalidade, configurando, como dito alhures, o vício de desvio ou de excesso de poder.

Conforme leciona o referido autor,

A noção do *détournement de pouvoir*, construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França, como vício essencial da legalidade do ato administrativo é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal, de modo a impedir que a ação unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.²²⁷

Dessa forma, o controle de legalidade dos atos administrativos evoluiu para identificar os motivos determinantes que condicionam a manifestação de vontade da Administração Pública expressa no ato, isto é, se a motivação é real e suficiente para produzir o resultado pretendido, bem como possibilita verificar a razoabilidade e proporcionalidade do ato em função do fim público a que se norteia a ação do administrador.²²⁸

A proporcionalidade informa, assim, a atuação da administração, possibilitando o controle da validade dos atos administrativos e, “aplica-se, especialmente, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui competência discricionária para produção de uma decisão vinculante de cunho restritivo”.²²⁹ Isso porque, o princípio da proporcionalidade determina que o exercício da competência discricionária deve ser compatível com o atingimento do fim público protegido pela ordem jurídica.

Portanto, a legalidade compreendida dessa forma funciona como instrumento de controle da discricionariedade, inibindo o abuso e o desvio do poder conferido aos administradores, e por consequência, o arbítrio no exercício da função administrativa.

Sucedo que, a lei não tem o condão de contemplar todas as situações sociais e jurídicas com que se defronta o administrador, sendo imprescindível ao desempenho da função

²²⁶ TACITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, out./dez. 2005, p. 120 *et seq.* Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42972/44590>>. Acesso em: 18 Out. 2017.

²²⁷ *Ibidem*, p. 121.

²²⁸ *Ibidem*, p.122 *et seq.*

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.91.

administrativa, portanto, que a lei conceda ao agente público, em situações específicas, liberdade para optar por uma dentre várias condutas legítimas e possíveis.

Sob essa perspectiva, o problema da discricionariedade administrativa não se localiza no poder discricionário em si, posto que necessário ao desempenho da função administrativa, mas, sim no uso indevido dessa prerrogativa. Logo, o problema está na arbitrariedade transvertida de discricionariedade no exercício da atividade administrativa.

Em matéria de licitações e contratos administrativos, conforme será visto, o legislador conferiu ao administrador certa autonomia para definir os requisitos do procedimento, o objeto da futura contratação e as características do futuro contrato em momento precedente à abertura da licitação, que ocorre com publicação do instrumento convocatório do certame. Assim, evidente que, para proceder à essas determinações, realizando escolhas, a Administração toma decisões discricionárias.

Desta feita, a liberdade contratual para o poder público, em vista da existência da licitação, não é absoluta, irrestrita. Isto porque, não é pautada na vontade do administrador, mas sim na proteção de interesses legítimos visados pelo instituto, o interesse público, vale dizer, a sua autonomia de vontade é mitigada pela finalidade coletiva, afastando, dessa forma, o arbítrio.²³⁰

Inexiste autonomia de vontade plena para a administração pública que lhe confira ampla liberdade para contratar, vez que na condição de gestora dos interesses coletivos não tem vontade própria, a vontade da administração é a vontade da lei. A licitação pública existe para atender, impreterivelmente, à um fim de interesse público, vale dizer, todo contrato administrativo direciona-se à realização de um serviço público ou à implementação de uma utilidade pública, ainda que de forma mediata.²³¹

A vontade (o querer administrativo) é simples complemento de um interesse público prévio (contido em lei). A liberdade está calcada nesse simples querer administrativo. Obtempera-se a liberdade a fim de se evitar o arbítrio. A conferência de máxima liberdade ao poder público, na forma como concedida ao particular, sem vinculação prévia a mínimos elementos contidos em lei, proporciona ampla discricionariedade que, nem sempre, coincide com o interesse público.²³²

Com efeito, inegável que o elemento volitivo existe para administração pública, contudo, a sua liberdade de contratar encontra limites na legalidade, na motivação do ato e nos valores

²³⁰ SOUSA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, jan. 2012, p. 183 *et seq.* Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8834/7627>>. Acesso em: 19 Out. 2017.

²³¹ *Ibidem*, p. 192.

²³² *Ibidem*, p. 197.

jurídicos consagrados pelo ordenamento, que resguardam o interesse público, fim último da atividade administrativa.

Nessa esteira, o escopo do presente trabalho é abordar a discricionariedade no ato de elaboração do edital, bem como identificar quais os aspectos dessa conduta administrativa comportam uma decisão discricionária, a fim de verificar em que medida tal discricionariedade propicia a corrupção.

4.1 A DISCRICIONARIEDADE NA FASE PREPARATÓRIA DO CERTAME

Como visto, a licitação enquanto procedimento administrativo compreende a prática de uma sequência de atos interligados ordenados à seleção de um contratante, e como tal, na forma regulamentada pela Lei 8.666/1993, o procedimento licitatório é integrado por etapas.

A respeito das fases que compreendem a licitação, Adilson Abreu Dallari²³³ posiciona-se no sentido de que o procedimento se divide em cinco etapas, denominadas de acordo as finalidades para as quais se prestam, a saber: (a) abertura da licitação; (b) habilitação de licitantes; (c) classificação das propostas; (d) adjudicação e; (e) aprovação do procedimento, cuja ordem cronológica pode ser alterada em função da inversão de fases, como, por exemplo, disciplina a lei do pregão.

Em que pese o autor reconheça a relevância da etapa preparatória que antecede a abertura da licitação, opta por excluí-la do procedimento licitatório propriamente dito, dado que se situa fora dele. Consiste esta fase no pressuposto do procedimento licitatório, sendo, portanto, essencial, refletindo de forma decisiva no desenvolvimento da licitação. O objeto do presente trabalho parte do exame desta etapa.

É na fase preparatória que a Administração Pública traça, unilateralmente e no seu âmbito interno, as definições do procedimento, fixando o objeto do futuro contrato, os requisitos do certame, os critérios de julgamento e a disciplina do futuro contrato. Proceder-se nesta fase, pois, às atividades que “tornam juridicamente possível a manifestação de vontade que será expressada no procedimento”, conformando a intenção da Administração de realizar a licitação.²³⁴

²³³ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104 *et seq.*

²³⁴ *Ibidem*, p. 102.

Portanto, é nesta etapa que a Administração Pública toma uma série de decisões discricionárias que regulam o desenvolvimento do certame licitatório. Isso porque, não é possível à lei prever todos os casos em que o Estado realizará uma licitação e disciplinar todos os atos pertinentes à cada uma, levando-se em conta que as necessidades públicas são variáveis no tempo e espaço. É diante de uma necessidade social concreta a ser satisfeita que a Administração identificará o objeto a ser licitado e as condições necessárias ao atendimento dessa demanda da forma que melhor realize o fim público a que se destina o procedimento licitatório.

Desse modo, faz-se mister a atribuição de competência discricionária, haja vista a impossibilidade e inviabilidade de vincular integralmente o procedimento licitatório à lei, como bem observa Marçal:

(...) A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim, ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprofundasse.²³⁵

Portanto, a Administração Pública é dotada de uma margem de discricionariedade para definir todas as condições do certame. Contudo, essa autonomia de que dispõe o agente administrativo para configurar a licitação só pode ser exercida dentro dos parâmetros legais, visto que, repise-se, toda atividade administrativa vincula-se à legalidade.

A discricionariedade no ato da tomada de decisões na fase preparatória da licitação não condiz com o exercício do livre arbítrio pelo administrador, que se vale da Administração para satisfazer sua vontade própria, individual, devendo, pois, tais decisões serem motivadas, justificadas com base na finalidade pública buscada. O fim público limita, assim, o campo de escolha do administrador.

Nesse sentido, Dallari²³⁶ pontua:

A fixação de requisitos de participação, de qualificação técnica, de critérios de julgamento não pode ser arbitrária, aleatória, injustificada. A Administração Pública é uma função, por isso, não comporta o exercício da vontade individual ou psicológica. Todos os atos praticados pela Administração Pública têm um caráter instrumental, devem ter uma razão de ser, devem ter uma finalidade a atingir, e isso precisa ficar claro no processo.

Sucedo que, a etapa preparatória do certame exaure-se com a publicação do instrumento convocatório do certame, a carta-convite para a modalidade do convite e o edital para os demais procedimentos licitatórios, instaurando a licitação propriamente dita.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.110.

²³⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

De acordo Marçal Justen Filho²³⁷, o edital consiste no “instrumento de divulgação pública da existência da licitação, convidando os interessados a exercitarem seu direito de licitar, formularem propostas ou a requererem a extensão do convite aos não convidados”.

O autor aponta duas funções distintas do instrumento convocatório da licitação, que são a função normativa e a função divulgatória. O edital veicula as normas que disciplinam o certame e o futuro contrato e, também funciona como meio de divulgação do início do certame público.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira De Mello²³⁸ define o edital nos seguintes termos: “edital é o ato por cujo meio a administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e as fixa cláusulas do eventual contrato a ser travado”.

Ademais, em vista da normatividade do edital, tem-se que com a elaboração do ato convocatório resta exaurida a competência discricionária da Administração Pública no âmbito das licitações, que passa, então, a vincular-se, de forma estrita, às regras ali contidas, de caráter obrigatório, visto que a vinculação ao instrumento convocatório é um dos princípios regentes da licitação.

Como bem elucida José Torres Pereira Junior²³⁹, “a discricionariedade da Administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez este publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto os competidores”.

O edital é elemento essencial, posto que contém as normas fundamentais que regulam e condicionam todo o procedimento licitatório, bem como a futura contratação, de sorte que, como será visto adiante, a maioria dos problemas atinentes à corrupção nas licitações e contratações públicas deriva de equívocos intencionais no momento de sua confecção.

Como bem afirma Dallari²⁴⁰, “em verdade o edital é o documento mais importante de todos quantos são utilizados no procedimento de licitação, pois todas as fases subsequentes à abertura estão afetadas por seu conteúdo, que condiciona inclusive o futuro contrato”. Por

²³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 834 *et seq.*

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O edital nas licitações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 131, jan./mar 1978, p. 284. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42696/41427>>. Acesso em: 26 Out. 2017

²³⁹ PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 437.

²⁴⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

esse motivo, considera-se o edital a lei interna da licitação, subordinando às suas previsões não só a Administração Pública como também os participantes do certame.

O edital é o documento pelo qual a Administração torna pública a abertura da concorrência ou da tomada de preços e fixa as condições de sua realização. O edital vincula a Administração e os licitantes, de modo que nada se pode exigir e decidir além ou aquém de suas cláusulas, e o futuro instrumento do ajuste será elaborado de acordo com os seus termos e os da proposta vencedora, exclusivamente. O edital é a lei interna da concorrência.²⁴¹

Passa-se, então, à análise da discricionariedade na elaboração dos editais à luz do Estatuto de Licitações e Contratações Públicas e das propostas de mudança voltadas ao tema contidas no PL 6814/2017, em tramitação no Congresso Nacional, que revoga a Lei 8.666/1993, a fim de identificar na legislação os aspectos legais que envolvem a discricionariedade nos editais e a torna um ambiente favorável à corrupção.

4.1.1 A discricionariedade na elaboração dos editais à luz da Lei n. 8.666/1993

Como visto, uma contratação administrativa pressupõe uma atividade de realização de escolhas por parte da Administração Pública, atinentes a configuração do procedimento licitatório. Para tanto, atribuiu-se à autoridade administrativa poder discricionário, assegurando-lhe certa autonomia no momento anterior à elaboração do ato convocatório.

Desta feita, cabe examinar a disciplina jurídica dispensada pela Lei 8.666/1993 à etapa preparatória da licitação, no intuito de identificar, neste momento, como o referido diploma legal delimita a competência discricionária.

A Lei 8.666/1993 impõe à Administração, em seu artigo 7º, implicitamente, o dever de planejamento prévio, ao estabelecer os requisitos de validade da instauração da licitação, que perfazem a etapa interna e são, pois, pressupostos da fase externa, a saber: projeto básico, planilha de custos, projeto executivo e previsão de recursos orçamentários. Nessa medida, o dispositivo legal importa em redução da liberdade de escolha da Administração Pública na atividade preparatória da licitação.²⁴²

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 105, out. 1971, p. 22 *et seq.* Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35800/34595>>. Acesso em: 30 Out. 2017.

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 221 *et seq.*

Contempla normas gerais, cuja função é “assegurar o padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão esse essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobretudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo”.²⁴³

Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho:

São exigências destinadas a impedir a instauração arbitrária de licitações, a pactuação de contratos insuficientes e inadequados e o desperdício de atividades, esforços e recursos públicos e privados. A infração a essas regras acarreta a invalidação do procedimento licitatório e, em princípio, do contrato decorrente.²⁴⁴

O autor observa que as normas contidas no referido artigo aplicam-se à todas as contratações públicas e não apenas aos contratos de obras e serviços, advertindo que, muito embora os projetos básico e executivo estejam relacionados a obras e serviços de engenharia, não sendo cabível em serviços diversos, é indispensável para a instauração da licitação a existência de documentos que contenham informações precisas do seu objeto, equivalentes aos projetos básico e executivo.²⁴⁵

É condição para o início da licitação a existência de projeto básico ou equivalente. Impõe-se tal exigência, pois é necessário o conhecimento prévio das características básicas do objeto a ser licitado para balizar a competição²⁴⁶.

Em outras palavras, “o que se pretende com o requisito do projeto básico é transmitir aos interessados em participar da competição licitatória o conhecimento sobre o objeto em disputa que seja suficiente para a formulação de propostas pertinentes”.²⁴⁷

O artigo 6º, inciso IX, define o que se deve entender por projeto básico da seguinte forma:

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborando com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem viabilidade técnica e o adequado tratamento de impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores

²⁴³ PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 119.

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 224 *et seq.*

²⁴⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁴⁶ *Ibidem*, p.225.

²⁴⁷ PEREIRA JUNIOR, José Torres. *Op.cit.*, 2002, p. 122.

- resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Como se pode ver, o dispositivo retro mencionado apresenta uma definição detalhada, minuciosa, para o conceito de projeto básico, contendo diversas exigências, que, em conjunto visam alcançar uma caracterização completa do objeto a ser contratado, o que abrange, além das questões técnicas, os custos, as condições de sua execução, impactos ambientais, entre outros elementos.

Não se trata de mera formalidade, uma vez que a função do projeto básico é demonstrar a viabilidade e conveniência da execução da obra ou do serviço. O seu conteúdo deve contemplar todas as exigências estabelecidas no artigo 6º, IX, vale dizer, é necessário que o projeto básico seja suficiente para caracterizar o objeto a ser licitado, bem como para demonstrar o custo da obra ou serviço e para definir a forma de sua execução²⁴⁸. É este o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) sumulado no verbete de número 261:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.²⁴⁹

A Lei 8.666/1993 exige também a planilha de custos unitários²⁵⁰, parte integrante do projeto básico, que possibilita a avaliação do custo da obra. Tendo em vista que o artigo 6º, acima colacionado, determina que deve compor o projeto básico o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (IX, ‘f’), tem-se que a realização da licitação está condicionada à existência de planilhas de custos.²⁵¹

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.227.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 261. *In*: Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A261/DTRELEVA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 28 out. 2017.

²⁵⁰ “Art. 7º. § 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...)II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;” (BRASIL, **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**)

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, 2016, p.234.

Tais planilhas devem conter a indicação dos elementos que compõe o custo da obra e a estimativa das despesas necessárias à execução do objeto. De acordo Marçal Justen Filho²⁵², essa exigência tem como finalidade assegurar a seriedade do planejamento administrativo, pois implica na previsão de recursos orçamentários, na determinação da modalidade licitatória, no prazo de execução, entre outros aspectos e, também, assegurar que Administração disponha de condições para avaliar a seriedade das propostas formuladas pelos licitantes. As planilhas possibilitam, ainda, que os licitantes dimensionem o custo da obra ou serviço e formulem as suas propostas.

O autor ressalta ainda a seriedade da planilha, asseverando que é dever jurídico da Administração que ela seja elaborada de forma adequada e satisfatória, com base em informações e dados concretos e objetivos, o que significa que não pode formular planilha com valores excessivos, tampouco insuficientes para execução do objeto. Enfim, a Administração deve ter conhecimento do objeto licitado.

Sucedo que, o edital pode adotar regra de desclassificação de propostas com valor superior a estimativa elaborada pela Administração. Sendo assim, a Administração Pública não possui autonomia para definir o valor da contratação e, por conseguinte, a modalidade cabível de licitação, visto que o valor deve refletir estimativas sérias, respaldadas em dados precisos e reais. Além disso, a planilha tem efeito vinculante para Administração, de sorte que não pode ela desobrigar-se da regra adotada para validar propostas que superem o limite máximo estabelecido.²⁵³

Exige-se, ainda, o projeto executivo, “que determinará minuciosamente as condições de execução do objeto licitado, inclusive no tocante aos custos, o que permitirá avaliar a compatibilidade da contratação com o interesse coletivo”.²⁵⁴

Marçal destaca a relevância do projeto executivo, afirmando tratar-se de uma garantia inafastável para o interesse coletivo, posto que toda e qualquer contratação pressupõe a disponibilidade de recursos estatais suficientes, de tal modo que, a ausência do projeto executivo tolhe o princípio constitucional que determina a previsão de recursos orçamentários.²⁵⁵

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.235 *et seq.*

²⁵³ *Ibidem*, p.237.

²⁵⁴ *Ibidem*, p.240.

²⁵⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*.

Ocorre que, o §1.º do art. 7º da Lei de Licitações²⁵⁶ admite que a licitação seja iniciada sem projeto executivo prévio, com base apenas no projeto básico, possibilitando que o projeto executivo seja desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços.

Tal dispositivo deve ser interpretado com cautela. Na prática, entende-se que a Lei exige apenas um projeto básico, o que não é verdade. A admissibilidade da licitação sem projeto executivo deve ser encarada como hipótese excepcional.

Como assevera Marçal, não há que se falar em competência discricionária que possibilite à Administração optar por uma contratação sem projeto executivo, vale dizer, o dispositivo legal não autoriza escolhas arbitrárias, devendo, pois, a autoridade administrativa motivar a sua decisão de instaurar a licitação sem projeto executivo prévio, não sendo suficiente a justificativa de que se trata de uma faculdade legal. Como bem elucida o autor, “essa autorização não equivale a um cheque em branco para que a Administração desencadeie empreendimentos sem as cautelas necessárias e indispensáveis”.²⁵⁷

Por fim, a Lei de Licitações condiciona o início da licitação à previsão de recursos na lei orçamentária do exercício (art. 7º, §2.º, III). A previsão de recursos orçamentários não se confunde com a disponibilidade financeira, mas, também não é, por si só, requisito suficiente.

Isso porque, conforme ensina Marçal²⁵⁸, a licitação sujeita-se também às exigências previstas nos artigos 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001)²⁵⁹, que impõem como condição prévia para licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, a declaração, pelo ordenador da despesa, da adequação orçamentária e financeira, bem como a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que vigorará e nos dois subsequentes. Em suma, a licitação está condicionada ao “exame do recursos efetivamente disponíveis no momento da abertura da licitação e da consideração às receitas e despesas futuras”.

Além desses pressupostos da instauração da licitação, que consistem no dever de prévio planejamento, ao se tratar dos limites da discricionariedade na etapa preparatória do certame,

²⁵⁶ “Art. 7º. (...) § 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.” (BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**)

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 241.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 246 *et seq.*

²⁵⁹ BRASIL, **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 28 out. 2017.

destaca-se, ainda no art. 7º, as vedações estabelecidas nos §§ 4º e 5º, que contemplam regras voltadas ao conteúdo do instrumento convocatório.

A Lei de Licitações veda a previsão indeterminada de quantitativos de materiais e serviços a serem adquiridos ou de quantitativos não condizentes com o conteúdo dos projetos básico e executivo, razão pela qual o edital deve observar rigorosamente o projeto (§ 4º). Além disso, é vedada também a realização de licitação de objetos sem similaridade ou de características exclusivas, salvo na hipótese em que se mostrar como alternativa tecnicamente essencial para o adequado atendimento das necessidades coletivas (§5º). Proíbe-se, assim, a escolha arbitrária por um bem com o fim de beneficiar determinado particular.²⁶⁰

O contexto do art. 7º é por inteiro voltado para a prévia e clara definição do objeto da licitação; é curial que a inclusão de quantidades de materiais ou serviços, que se mostrem desarticuladas das previsões do projeto básico ou executivo, tolde a clareza do objeto e poderá induzir violação de princípios tais como os da igualdade, legalidade, impessoalidade, competitividade e julgamento objetivo.²⁶¹

Os pressupostos da instauração da licitação previstos no art. 7º têm por finalidade limitar a discricionariedade do administrador público na fase que antecede a abertura da licitação, uma vez que propiciam segurança não apenas aos interessados em participar do certame, quanto as condições da futura contratação, mas também à coletividade, no que toca à correta e adequada gestão dos recursos públicos.

Sucedem que, em seu art. 40, a Lei de Licitações disciplina o conteúdo do ato convocatório do certame. Viu-se que, a Lei visa com as exigências dispostas no artigo 7º definir de forma clara e objetiva o objeto a ser licitado, de sorte que, a Administração pública deve se ater ao conteúdo do projeto básico ou executivo que lhe serve de base, não sendo possível inovar na elaboração do edital quanto aos elementos já previstos.

O conteúdo do edital é de extrema relevância, como assevera José Torres Pereira Junior:

Seja para conformar, juridicamente, o agir administrativo em cada licitação, seja para compatibilizar as propostas dos licitantes com o interesse indisponível a que a Administração atenderá em cada licitação, seja para viabilizar o controle externo, é o edital a mais valiosa peça de que deve cuidar o administrador público no plano político da limpeza dos atos administrativos.²⁶²

Repise-se que o edital deve contemplar as regras que disciplinarão o procedimento administrativo, bem como o futuro contrato. Nessa esteira, o art. 40 estabelece o conteúdo mínimo necessário do instrumento convocatório da licitação. Pontua-se que se trata de elenco

²⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 257 *et seq.*

²⁶¹ PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 130.

²⁶² *Ibidem*, p. 422.

exemplificativo, não exaustivo, o que significa dizer que poderão constar no edital outras previsões, diversas daquelas dispostas no referido dispositivo legal, quando necessárias e pertinentes à finalidade licitatória concreta e, desde que conformes aos princípios regentes da Administração Pública, isto é, “a liberdade está circunscrita pelos princípios constitucionais e administrativos, tanto gerais como específicos às licitações”.²⁶³

Dentre os elementos que devem obrigatoriamente integrar o corpo do edital, destaca-se a descrição do objeto da licitação, as condições de participação e da forma de apresentação das propostas, os critérios objetivos de julgamento e as condições de pagamento.

A Lei de Licitações alude à descrição sucinta e clara do objeto da licitação. Não se deve entender por sucinta uma definição incompleta, a especificação do objeto deve ser suficiente e precisa, visto que, vinculará a formulação das propostas e a avaliação da sua regularidade. Ou seja, a delimitação do objeto da licitação não pode gerar incertezas quanto aos seus elementos essenciais, sob pena de inviabilizar a competitividade do certame.²⁶⁴ Isso porque, os interessados necessitam conhecer as especificações do objeto que está sendo licitado para que possam formular adequadamente as suas propostas.

Neste sentido, o teor da súmula 177 do TCU²⁶⁵:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Ressalta-se que,

(...) a definição do objeto não deve servir ao desejo, oculto e eventual, de afastar licitantes, pela exigência de que tal ou qual material ou equipamento, obra ou serviço, preenche especificações descabidas ou desnecessárias, quando a execução seria igualmente viável por materiais ou equipamentos com outras especificações²⁶⁶.

Além disso, o edital deverá estabelecer as condições de participação, que abrangem os requisitos de habilitação, bem como as condições de apresentação das propostas. No que toca a disciplina da habilitação, o edital deverá observar as exigências autorizadas pelos artigos 28

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 891.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 838 *et seq.*

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 177. *In*: Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A177/DTRELEVA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 29 out. 2017.

²⁶⁶ PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 426.

a 31 da Lei de Licitações, especificando-as em cada caso, de forma clara, completa e exaustiva.²⁶⁷

Isso porque, não é lícito à Administração exigir o que não está previsto no edital, sob pena de violação ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, o que significa dizer que “só se pode exigir, e não se pode deixar de exigir, tudo aquilo que figurar como exigência ou condição de habilitação no edital”.²⁶⁸

Ressalta-se que, no que toca à indicação dos elementos que devem contar do edital, “a exigência legal é limite máximo, e não mínimo. Sempre é possível exigir menos que a lei prevê, desde que suficiente para garantir o cumprimento do futuro específico contrato”.²⁶⁹

É de extrema relevância o cuidado com a fixação dos requisitos de habilitação, posto que são definições essenciais para o alcance do melhor resultado ao final do procedimento licitatório, “o que impõe à Administração o dever de evitar soluções defeituosas por ofensa ao princípio da proporcionalidade”, que podem se manifestar na adoção de requisitos inadequados, excessivos ou que violem os princípios constitucionais.²⁷⁰

Essa cautela é importante, tendo em vista que a eleição de exigências mais severas reduzem a competitividade, o que implica, por consequência, na obtenção de um maior preço. Por outro lado, é também importante o cuidado com a adoção de requisitos insuficientes, pois sujeitam a Administração à uma contratação inadequada, que pode vir a se revelar desastrosa.²⁷¹

No tocante à dúvida quanto ao que deve e pode ser exigido como requisito para habilitação de licitantes, a Constituição Federal, na parte final do art. 37, inciso XXI, apresenta a solução, ao determinar que apenas podem ser admitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Ou seja, os requisitos devem ser os necessários, pertinentes e indispensáveis à assegurar a execução do objeto do futuro contrato, de sorte que, o nível de rigidez das condições depende das necessidades aferidas no caso concreto, a exemplo do grau de complexidade da execução do objeto da licitação.²⁷²

Neste sentido, a Lei de Licitações, em seu art. 3º, §1º, veda a inclusão no instrumento convocatório de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 841 *et seq.*

²⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 135.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, 2016, p. 645.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 645.

²⁷² DALLARI, Adilson Abreu. *Op.cit.*, 2007, p. 133 *et seq.*

competitivo da licitação. Este dispositivo deve ser interpretado em conformidade com a previsão constitucional, “no sentido de que a regra geral a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias”.²⁷³

Portanto, é certo que a Administração dispõe de ampla margem de discricionariedade para conformar as exigências e requisitos de participação e habilitação de acordo o caso concreto, porém, essa liberdade não se confunde com arbitrariedade, visto que encontra limites na Lei e na Constituição. Além disso, a escolha administrativa dos requisitos deve ser motivada, não sendo possível à Administração invocar competência discricionária para respaldar o seu ato.²⁷⁴

(...) Diante do caso concreto, atentando para as circunstâncias de mercado, ponderando os riscos próprios do específico contrato a ser celebrado, buscando satisfazer da melhor forma possível o interesse público, a Administração definirá, “conforme o caso”, o universo de proponentes, sendo certo apenas que não pode vedar ou dificultar a participação de possíveis licitantes, restringindo artificialmente a amplitude do certame.²⁷⁵

Ademais, cabe ao edital disciplinar a apresentação dos documentos e das propostas, cuja forma deve guardar correspondência com os critérios de julgamento. Cabe ao edital não só estabelecer o modo de elaboração e apresentação das propostas, mas também indicar as informações necessárias que elas deverão contemplar. Todas essas previsões devem ser claras e objetivas, isto é, não podem deixar margem para dúvidas quanto ao conteúdo da exigência, o que reclama cautela no momento de sua definição, tendo em vista que a inobservância dessas regras invalida a proposta.²⁷⁶

Por fim, são relevantes as disposições sobre os critérios objetivos de julgamento, posto que rege a licitação o princípio do julgamento objetivo, que afasta a discricionariedade da Comissão de licitação no momento da seleção da proposta mais vantajosa. Sendo assim, não é suficiente a mera indicação do critério, “é obrigatório discriminar como serão avaliadas as ofertas e qual a vantagem concreta que norteará a decisão da Administração”, isto é, como será aferido e avaliado cada requisito.²⁷⁷

²⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 646.

²⁷⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Op.cit.*, 2007, p. 137.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, 2016, p. 843.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 845.

Ou seja, a classificação das propostas deve observar os critérios e julgamento e avaliação dispostos no ato convocatório e, tais critérios devem ser estabelecidos pela Administração nos limites da discricionariedade.²⁷⁸

Em suma, é nessa fase interna, na qual estão compreendidos todos os atos administrativos mencionados, que a Administração Pública manifesta a sua vontade, o seu interesse concreto em instaurar um procedimento licitatório, o que pressupõe, como visto, uma série de decisões voltadas à conformação do certame, cujos parâmetros legais estão disposto na Lei n. 8.666/93.

A fase preliminar finda-se com a publicação do instrumento convocatório, cuja elaboração, pressupõe também a tomada de uma série de decisões discricionárias, baseadas nas escolhas precedentes. Uma vez publicado o edital, exaure-se o juízo discricionário do administrador, ficando vinculado ao conteúdo ali estabelecido discricionariamente.

De todo o exposto, resulta evidente que essa fase preparatória de tomada de decisões é de extrema relevância, haja vista que condiciona todo o certame licitatório, inclusive a futura contratação, servindo, pois, de controle dos atos subsequentes da licitação, que estarão afetados pelos termos do edital, o que exige da Administração, nesta fase, o dever de agir com cautela no exercício do poder discricionário que lhe foi reservado pela Lei.

Repise-se que não se trata de uma “carta em branco”, vale dizer, o administrador não possui de autonomia plena, pois, “quando a lei confere ao agente público competência discricionária, isso significa que atribui ao agente um dever/poder de escolher a melhor conduta, dentre um universo de condutas possíveis, para a plena satisfação do interesse público”²⁷⁹. Ou seja, deve-se optar pela conduta que melhor realize o interesse público.

Contudo, como se pode depreender da análise exposta, em que pese a previsão das referidas exigências legais, contidas nos artigos 7 e 40, a legislação vigente, como bem assinala Dallari²⁸⁰, é parcimoniosa no que toca a disciplina dispensada a fase preparatória, inexistindo tratamento específico dessa etapa de tamanha importância.

A Lei é silente quanto à necessidade de constar no procedimento administrativo a motivação do interesse em contratar e a fundamentação das demais decisões voltadas às escolhas atinentes às regras de participação, habilitação, entre outras condições do procedimento licitatório que precisam ser esclarecidas nos autos da licitação, antes mesmo da publicação do edital. Além disso, a lei fala em descrição “sucinta e clara” do objeto, o que dá margem para

²⁷⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

²⁸⁰ *Ibidem*, p.107 *et seq.*

uma definição insuficiente, quando muito faz-se necessária uma descrição completa e minuciosa, imprescindível para a identificação exata do que a Administração pretende contratar. Observa-se também, que a exigência do projeto executivo como exceção pode revelar a inviabilidade da execução do objeto do contrato.

Desse modo, a ausência de uma disciplina detalhada da fase preparatória, que dispunha sobre as providências necessárias a serem tomadas pela Administração, tem como efeito uma amplificação indevida da discricionariedade na elaboração dos editais, o que impacta negativamente no desenvolvimento do certame e na execução da futura contratação.

Ademais, como será visto adiante, verifica-se a corrupção no exercício dessa discricionariedade, quando se preparam editais viciados no intuito de beneficiar um determinado particular. Nesse cenário, faz-se necessário aprimorar os mecanismos de controle, inclusive os previstos na própria legislação, dentre os quais se destaca a fiscalização, pela assessoria jurídica, dos editais licitatórios.

As assessorias jurídicas, sob a designação de Advocacia Geral da União e Procuradorias dos Estados (artigos 131 e 132 da CF/88), exercem papel relevante, de natureza precipuamente preventiva na apreciação dos editais. O fundamento legal encontra-se no art. 38 da Lei de Licitações, que determina a obrigatoriedade do prévio exame e aprovação, pela assessoria jurídica, das minutas de editais de licitação e de contratos.

Cumprido, pois, à assessoria jurídica realizar o controle prévio do conteúdo de editais, o que compreende tanto os aspectos legais quanto os aspectos de conveniência e oportunidade dos atos administrativos examinados, alcançando, desse modo, a atividade discricionária. “Cabe examinar a adoção de cautelas necessárias e indispensáveis à produção de uma avaliação adequada e satisfatória quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade”, vale dizer, o assessor jurídico deve se manifestar sobre a proporcionalidade e adequação das escolhas discricionárias que envolvem o ato.²⁸¹

É, portanto, fundamental a função exercida pela assessoria jurídica no controle prévio das licitações na medida em que visa assegurar a conformidade dos editais com os parâmetros legais, prevenindo eventuais irregularidades e a consumação de práticas ilícitas.

Passa-se, então, à análise das alterações trazidas pelo projeto da nova lei de licitações (PL 6814/2017) no tratamento da matéria.

²⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 816.

4.1.2 A discricionariedade na elaboração dos editais à luz da atual proposta legislativa: PL 6814/2017

De autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, o Projeto de Lei n. 6.814/2017, novo número do PLS nº 559/2013 aprovado no Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), e dispositivos da Lei nº 12.462/2011 (RDC). Trata-se de um novo marco legal para licitações e contratações públicas.

Dentre as inovações contempladas pelo projeto de lei, o presente trabalho analisará as que versam sobre a fase preparatória do certame licitatório e sobre o edital, a fim de identificar de que forma a nova lei limitará a discricionariedade do administrador público na elaboração do edital.

Evidencia-se no trecho abaixo transcrito, extraído do parecer nº 963/2016 do Plenário do Senado Federal, de relatoria do Senador Fernando Bezerra Coelho, que aprovou o Substitutivo – Emenda nº 99-PLEN, o deficiente planejamento das licitações como uma das motivações da proposta legislativa:

Uma das premissas que nortearam os nossos trabalhos está na constatação de que a obras públicas de infraestrutura no Brasil sofrem entraves crônicos que resultam em um gargalo logístico prejudicial à nação. Não é preciso ser um expert para saber os atrasos com as obras públicas são recorrentes, tanto quanto os aumentos excessivos nos valores dos contratos. Em geral, planeja-se mal e depois corre-se atrás para consertar problemas muitas vezes previsíveis. Enquanto isso, são frequentes as notícias de atrasos de obras e, não raro, de completo abandono.²⁸²

Em seu art. 15, o novo texto determina, de forma expressa, quais e quantas são as fases do certame licitatório, ordenando-as em sequência, com as seguintes denominações: (i) preparatória; (ii) publicação do edital de licitação; (iii) apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (iv) julgamento; (v) habilitação; (vi) recursal e; (vii) homologação.

O PL 6814/2017²⁸³, diferentemente do diploma vigente, disciplina detalhadamente a fase preparatória da licitação, em capítulo específico, o capítulo II, intitulado “da fase preparatória do certame”.

²⁸² BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 963/2016**. Plenário. Relator: Senador Fernando Bezerra Coelho. 2016, p. 3 *et seq.* Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3802531&disposition=inline>>. Acesso em: 04 nov. 2011.

²⁸³ BRASIL. **PL 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4

A proposta introduz inovações significativas. Em seu artigo 16, abaixo transcrito, ela disciplina com minúcia a fase preliminar, ao estabelecer todas as exigências a serem atendidas nessa etapa, e faz referência expressa ao planejamento como sua principal característica.²⁸⁴

Art. 16. A fase preparatória é caracterizada pelo planejamento, devendo abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendendo:

I – a descrição da necessidade de interesse público;

II – a definição do objeto para atender à necessidade, por meio de anteprojeto, projeto completo, projeto executivo ou termo de referência, conforme o caso;

III – a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV – o orçamento estimado;

V – a elaboração do edital de licitação;

VI – a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, hipótese em que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII – o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços, a modalidade de licitação, o modo de disputa, o critério de julgamento e a adequação e eficiência da forma de combinação destes parâmetros para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública;

VIII – a motivação circunstanciada das condições editalícias, tais como justificativa das exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

IX – a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 21.

Como se pode observar, a proposta legislativa estrutura de forma organizada essa etapa do procedimento, o que, além de facilitar a compreensão da lei, é relevante para o controle dos atos administrativos que antecedem o início da licitação. No diploma atual, como visto, a disciplina encontra-se espalhada no corpo da Lei 8.666/93, em seus artigos 7, 40 e outros, inexistindo tratamento legal específico, de tal modo que fica a cargo do intérprete a identificação das providências necessárias a serem tomadas antes da publicação do edital.

Evidencia-se no dispositivo retro “o esforço do legislador em otimizar o conteúdo da fase preparatória da licitação, mediante sua caracterização por um obrigatório planejamento — cuja insuficiência tem sido uma das causas de ineficiências nas execuções contratuais”.²⁸⁵

de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=38F097456521DBFA1B87BF9780ADF6F0.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em: 31 out. 2017

²⁸⁴ “Ao afirmar que a fase preparatória é caracterizada pelo planejamento, o PLS 559/2013 pode não surpreender, mas recordar que o certame não é fim em si mesmo soa positivo e necessário, em especial quando se estabelece que, ao se planejar, devem ser considerados aspectos técnicos, mercadológicos e de gestão capazes de interferir na contratação”. (FORTINI, Cristina. **O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção**. Consultor Jurídico, 2017, p.3. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corrupcao>>. Acesso em: 08 nov. 2017).

A proposta legislativa exige nessa fase preparatória desde a explicitação da necessidade de interesse público na contratação, passando pela caracterização precisa do objeto, estimativa do orçamento, elaboração do edital, menciona a necessidade de demonstrar a adequação e eficiência das decisões tomadas com a finalidade pretendida pela licitação, compreende a minuta do contrato, e vai até o dever de motivação das condições e requisitos restritivos fixados no edital, dentre outras considerações.

Destacam-se o dever de descrição da necessidade pública que levou à licitação e o dever de motivação das condições editalícias. A respeito, cumpre observar que a proposta acrescenta novos princípios aos hoje previstos na Lei 8.666/93, dentre eles os princípios da motivação, da razoabilidade, da competitividade e da proporcionalidade.²⁸⁶

Em diversas passagens, o PL faz referência expressa à necessidade de explicitação dos motivos determinantes que justifiquem a prática de determinados atos administrativos, em conformidade, assim, com princípio da motivação.

Ademais, nota-se a preocupação em assegurar a competitividade no procedimento licitatório. Isso porque, além de incluir nas finalidades da licitação a garantia da justa competição entre os licitantes, a proposta legislativa, em seu art. 8º, veda ao agente público a admissão, inclusão e permissão de situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório, bem assim àquelas que sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato. Vê-se que o texto refere-se à “situações”, o que é mais amplo que “condições ou cláusulas” como atualmente previsto na Lei 8.666/93.

Nessa mesma linha, também determina que as condições editalícias potencialmente restritivas, quais sejam as exigências de qualificação técnica, os critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas e as regras pertinentes à participação de empresas em consórcios, devem ser objeto de motivação circunstanciada na fase preparatória, a fim de evitar o direcionamento da licitação.²⁸⁷

O PL ressalta, ainda, a natureza instrumental do procedimento licitatório. É o que se extrai do art. 10, de acordo o qual “o desatendimento de exigências meramente formais que não

²⁸⁵ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **As mudanças na nova Lei de Licitações e Contratos**. JOTA, 2016, p. 2. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/mudancas-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-19122016>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁸⁶“Art. 4º Na aplicação desta Lei serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da eficácia, da motivação, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e da sustentabilidade”. (BRASIL. **PL 6814/2017**.)

²⁸⁷ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Op.cit.*, 2016, p. 2 *et seq.*

comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo”, possibilitando que eventuais erros sejam sanados posteriormente pela Comissão de julgamento, o que preserva um universo maior de participantes e evita a desclassificação de potenciais licitantes por irregularidades formais.

Privilegia-se, assim, o resultado da licitação. Inclusive, no que toca aos objetivos da licitação, a expressão “proposta mais vantajosa” é substituída pela expressão “resultado mais vantajoso”.

A proposta legislativa também restringe as exigências para habilitação do licitante, admitindo a sua substituição por outras provas, à critério da Administração Pública, quando requerida pelo participante.

Além disso, a proposta legislativa confere ao administrador a prerrogativa de realizar na fase preparatória audiência pública presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar, bem como consulta pública mediante a disponibilização dos elementos da licitação aos interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado, propiciando a interlocução entre a Administração e os interessados no certame.

A proposta carrega, desse modo, procedimentos menos burocratizados, com um formalismo moderado²⁸⁸, que se verifica também na dispensa do reconhecimento de firma, que apenas poderá ser exigida em caso de dúvida quanto à autenticidade, bem assim, na priorização da prática dos atos por meios eletrônicos, que torna o procedimento licitatório mais ágil.

Sucedo que, a proposta legislativa excluiu o projeto básico, para inserir as figuras do termo de referência, do anteprojeto, do projeto completo, e manteve o projeto executivo. As definições estão consagradas, respectivamente, no artigo 5º, XXII, XXIII e XXIV, e têm como finalidade, em suma, definir com precisão o objeto que atenderá a necessidade pública. Tais previsões consagram um elenco extenso de exigências que devem ser atendidas na elaboração desses projetos.

Nota-se que o PL preza pelo compromisso da Administração Pública com o planejamento das contratações, cuja deficiência na prática atual regulamentada pela Lei 8.666/1993 é uma das principais causas de contratações defeituosas.

²⁸⁸ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **As mudanças na nova Lei de Licitações e Contratos**. JOTA, 2016, p. 1.

O § 5º do art. 41 contempla disposição relevante. Veda a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo. Repise-se que, o estatuto vigente admite a instauração de licitação sem projeto executivo e a sua elaboração concomitante à execução das obras e serviços.

No que toca, especificamente, o conteúdo do instrumento convocatório, de modo mais sucinto, o PL dispõe, em seu art. 22, *caput*, que o edital deverá contemplar 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.

Destaca-se a possibilidade da Administração Pública adotar minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes, quando se mostrar adequado ao atendimento do objeto a ser licitado (art. 22, § 1º).

A padronização do instrumento convocatório amplia a eficiência do procedimento licitatório, além de reduzir a discricionariedade do agente público na elaboração do edital, vez que este deverá observar as diretrizes já predeterminadas para àquela contratação, contribuindo, pois, para coibir a formulação de editais com intuito de beneficiar determinado particular.²⁸⁹

Percebe-se, ainda, no § 2º, do art. 22, a preocupação em assegurar a transparência, que se verifica no dever de disponibilizar em sítio eletrônico oficial, e na mesma data em que for disponibilizado o edital, todos os seus elementos, incluindo minutas de contratos, projetos, anteprojetos e termos de referência e outros anexos.

Portanto, tendo em vista a preocupação com a discricionariedade no planejamento das licitações, que se perfaz na fase interna do certame, a qual, como visto, é de extrema importância, o PL contempla disciplina específica para esta etapa. Em que pese o conteúdo extenso, o PL estabelece diretrizes necessárias para o sucesso nas contratações administrativas relativas ao dever de planejamento, que limitam o exercício da competência discricionária, merecendo destaque a previsão explícita do dever de motivação.

²⁸⁹ FORTINI, Cristina. **O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção**. Revista Consultor Jurídico, 2017, p. 3.

4.2 DISCRICIONARIEDADE E CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL PREVENTIVO DO ESTATUTO DE LICITAÇÕES NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Do tudo quanto exposto, inegável que, obstante as finalidades a que se destina a licitação, esse instituto se tornou o ambiente próprio à prática de atos corruptos, sendo certo que, dentre outros aspectos legais que propiciam à corrupção no âmbito das licitações, identifica-se como um problema, a forma como é exercida a discricionariedade na elaboração do edital, principalmente no que toca o poder de eleger as condições que o integrarão.

Como visto, a etapa preparatória desenvolve-se internamente no âmbito da Administração Pública, sem qualquer participação dos particulares e, é neste momento que ela exerce o poder discricionário para configurar o certame.

Viu-se também que as escolhas feitas na fase preparatória principiam-se na escolha do que contratar para atender à determinada demanda social, e daí por diante sucedem-se outras escolhas direcionadas para definições que envolvem o objeto em si e a forma pela qual se chegará à contratação, isto é, o procedimento licitatório. Desse modo, várias decisões são tomadas previamente à abertura da licitação.

Com efeito, a maioria dos problemas envolvendo a corrupção nas licitações públicas perpassam a etapa interna da licitação, tendo como uma de suas causas o desvirtuamento do poder discricionário no momento de realização dessas escolhas administrativas, pautadas em interesses estritamente privados, destoantes do interesse coletivo, e, nessa medida, ilegítimos, o que tornou a licitação um meio fácil para se fraudar a coisa pública.

Verifica-se isso quando o agente público utiliza-se dessa prerrogativa no momento da elaboração do edital para direcionar os atos preparatórios a determinado interessado na contratação, mediante a previsão de definições que restringem o número de participantes e, por consequência, a competitividade. Trata-se da licitação dirigida.

A depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já está de pronto afastado. Nos mercados em que é restrito o número de atores, algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas.²⁹⁰

²⁹⁰ FORTINI, Cristina. **O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção**. Revista Consultor Jurídico, 2017, p. 3.

Pois bem, um dos primeiros atos tomados pelo agente público consiste na definição do objeto. Nesse momento, a discricionariedade consiste na sua identificação e no grau de sua especificação.²⁹¹

Repisa-se que, a identificação do objeto deve ser clara e objetiva, de forma a assegurar a objetividade no julgamento das propostas e, por consequência, o tratamento isonômico dos licitantes, de sorte que, a fraude na licitação se evidencia na identificação imprecisa, o que esvazia o caráter objetivo do julgamento, dando margem ao subjetivismo na escolha do licitante.

A indicação confusa ou imprecisa do bem licitado proporcionaria a apresentação de ofertas muito heterogêneas, orientadas em vista de objetos de características distintas e, por isso mesmo, inequívocos entre si, o que aumentaria desnecessariamente o teor de subjetivismo do julgamento, tornando por isso viciado o edital.²⁹²

Como bem pontua Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹³, para adequada individuação do objeto a ser licitado, o edital deve conter especificações mínimas, isto é, suficientes para ensejar a apresentação de propostas cotejáveis objetivamente, bem como o máximo de especificação admissível, sob pena de singularizar um objeto não singular, de forma a excluir bens similares, possivelmente capazes de atender, de igual modo, ao interesse público pretendido.

A liberdade administrativa localiza-se, pois, entre esses dois extremos e, nessa medida, a corrupção na tomada desse ato aparece no desrespeito dos referidos limites, vale dizer, quando o edital apresenta uma indefinição do objeto ou quando o define sobremaneira, tornando-o viciosamente singular.

Nesse passo, a arbitrariedade do administrador na fixação das especificações delimita o universo de participantes, afastando potenciais interessados que poderiam atender igualmente a necessidade pública a ser satisfeita com a licitação, o que afronta a máxima constitucional da isonomia e, por conseguinte, o interesse público vislumbrado no legítimo emprego dos recursos públicos.

Isso porque, a licitação dirigida é, em verdade, um procedimento de “faixada”, uma “farsa”, pois o licitante vencedor é escolhido previamente, no momento da elaboração do instrumento convocatório, antes mesmo da apresentação das propostas, mediante a fixação de especificações viciosas, que apenas possam ser atendidas por um determinado interessado.

²⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O edital nas licitações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 131, jan./mar. 1978, p. 287. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42696/41427>>. Acesso em: 26 Out. 2017.

²⁹² *Ibidem, loc.cit.*

²⁹³ *Ibidem, loc.cit. et seq.*

Além disso, como visto alhures, o conteúdo do edital deve abranger também os critérios de habilitação dos interessados em participar do certame, que assegurem à Administração uma segurança mínima quanto à capacidade e à idoneidade dos participantes para executar o objeto licitado.²⁹⁴

Evidente, assim, a existência de certa margem de discricionariedade para o agente público estabelecer as condições de participação, em vista da segurança no cumprimento do fim público a ser alcançado. Ocorre que, o administrador vale-se indevidamente dessa liberdade de escolha para fixar, no edital, exigências desarrazoadas e excessivas, voltadas às características do licitante, de modo que apenas possam ser preenchidas por determinado interessado, como se verifica na exigência de qualificações técnicas muito específicas e desnecessárias para prestação de serviço ou para aquisição de produto.

É certo que as condicionantes de participação circunscrevem o universo de participantes àqueles que demonstrem ter aptidão para executar o objeto licitado, todavia, as restrições estatuídas não podem ultrapassar o necessário à garantia dos interesses que as justificam.²⁹⁵

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como se extrai das seguintes informações referentes ao Acórdão 2375/2015-Plenário, retiradas do informativo de jurisprudência n. 261²⁹⁶:

1. No âmbito do Sistema S, o administrador pode exigir, no todo ou em parte, apenas a documentação listada no regulamento licitatório próprio da entidade, na forma estabelecida pelo edital, uma vez que o rol de exigências de habilitação em licitação é taxativo.

Representação formulada por sociedade empresária questionara supostas irregularidades em concorrência promovida pelo Serviço Social do Comércio – Administração Regional do Distrito Federal (SESC/AR-DF), destinada à contratação de empresa para elaboração de projetos complementares, planejamento e acompanhamento das obras de construção de seu edifício sede. Questionara a representante, entre outros aspectos, possível exigência restritiva, com base na qual fora inabilitada, consubstanciada na exigência editalícia de apresentação de certidão negativa de protesto de títulos da localidade da licitante. Analisando o mérito, após a suspensão cautelar do certame e a promoção das oitivas regimentais, anotou o relator que “a exigência para que os licitantes apresentassem certidão negativa referente a protesto (item 6.1.3.a) não encontra respaldo no Regulamento de Licitações e Contratos do SESC/AR-DF nem tampouco na Lei 8.666/1993, sendo inadmitida pela jurisprudência deste Tribunal”. Nesse passo, afastou o argumento do SESC/AR-DF no sentido de que os critérios de habilitação de licitantes enumerados no art. 12 de seu regulamento de licitações não seriam taxativos, cabendo ao edital estabelecer

²⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. O edital: exigências possíveis e necessárias para licitar. GARCIA, Marcia (Coord.). **Estudos sobre a lei de licitações e contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 101 *et seq.*

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O edital nas licitações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 131, jan./mar. 1978, p. 291 *et seq.*

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Informativo de Licitações e Contratos**. n. 261, 2015, p. 1 *et seq.* Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-paginacion/2.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

as exigências e os documentos necessários. Ao contrário, prosseguiu, tal afirmativa “não é condizente com a interpretação desta Corte sobre dispositivo semelhante da Lei de Licitações. O rol das exigências de habilitação é taxativo”. Ademais, acrescentou, “depreende-se da estrita leitura do caput do artigo (‘Para a habilitação nas licitações poderá, observado o disposto no parágrafo único, ser exigida dos interessados, no todo ou em parte, conforme se estabelecer no instrumento convocatório, documentação relativa a: (...)’) que o administrador pode exigir toda a documentação listada ou apenas parte dela, conforme estabelecido no edital, mas não mais do que isso”. A propósito, “não fosse taxativo o rol, não haveria no regulamento limitação objetiva alguma à formulação de exigência de habilitação, abrindo-se oportunidade para demandar dos licitantes comprovações e certidões as mais diversas e potencialmente restritivas à competitividade e, ao mesmo tempo, inadequadas e inaptas para os fins a que se destinam, tais como comprovação da ‘idoneidade financeira’”. No caso concreto, restou demonstrado que “a exigência de apresentar certidões negativas de protestos, como critério de qualificação econômico-financeira, inabilitou as duas melhores colocadas no certame, com prejuízo à obtenção da proposta mais vantajosa (econômica) para o SESC/AR-DF”. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria, julgando procedente a representação e, dentre outros comandos, assinando prazo para que o SESC/AR-DF promova a anulação do contrato analisado. Acórdão 2375/2015-Plenário, TC 013.444/2015-8, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 23.9.2015.

Outra forma específica de corrupção decorrente da liberdade da administração pública na elaboração do edital se verifica na previsão de definições e especificações imprecisas, confusas, isto é, na insuficiência do instrumento convocatório, o que possibilita a manipulação do certame, dado o teor de subjetividade que será demandado no julgamento das propostas e além disso, obsta a fiscalização da execução do contrato.

Como se pode ver, a inclusão de disposições restritivas no edital constitui, inequivocamente, desvio de poder, o que além reduzir o universo de participantes, inviabilizando intencionalmente a disputa, obsta, sem justificativa, o desenvolvimento das licitações, na medida em que enseja a apresentação de impugnações que impossibilitam ou atrasam a licitação.

(...) afigura-se incompatível com a finalidade do procedimento licitatório a publicação de edital com lacunas passíveis de comprometer os próprios contornos do objeto licitado e das obrigações que lhe são adjetas, as quais não devem ser integradas pelo administrador ao seu bel-prazer. Tal circunstância desvirtuaria a objetividade que deve reger a licitação e a própria igualdade entre os licitantes.²⁹⁷

Do exposto, verifica-se a fragilidade do poder discricionário conferido ao Administrador Público para elaboração do edital, que se reveste, por esta razão, na patologia da licitação: a corrupção nas licitações e contratações públicas. Nesse passo, os mencionados atos ilegítimos, tomados nessa importantíssima fase do procedimento licitatório, “põem em xeque” a moralidade e a eficiência na gestão da coisa pública.

²⁹⁷ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 413.

Portanto, forçoso reconhecer necessária a diminuição da discricionariedade conferida à Administração Pública nas licitações, sem extirpar, é claro, o elemento volitivo do gestor, posto que necessário à gestão pública. No entanto, o seu poder de decisão deve se restringir a critérios essencialmente técnicos, visto que essa margem de liberdade propicia a ocorrência de práticas corruptas.

Ademais, após o exame da legislação, percebe-se importante a qualificação dos agentes públicos na medida em que as normas que disciplinam a atividade administrativa, principalmente a atividade licitatória, exigem do aplicador do direito conhecimento técnico aprofundado da legislação para uma adequada interpretação, ou seja, exige competência técnica dos servidores públicos, intérpretes da lei, envolvidos no procedimento licitatório.

Insta salientar que a corrupção nas licitações, materializada no direcionamento dos editais, não tem como protagonista central o agente público, isto é, a administração pública não é sozinha o sujeito corruptor. A confecção de editais viciados em razão das irregularidades acima diagnosticadas, que encontram “brecha” na discricionariedade, não raro é influenciada pelo particular que se beneficiará dessa licitação manipulada, ou seja, a corrupção manifesta-se, igualmente, com o conluio entre o agente público e o particular.

Na prática, o particular interessado na contratação coopta o agente público, influenciando-o mediante o oferecimento de benefícios, sejam seles em pecúnia ou não, propinas ou suborno, a redigir um edital que lhe favoreça. Ou seja, a corrupção nas licitações decorre do conluio entre o setor público e o setor privado em detrimento do erário, porém, aquele reclama uma maior atenção, como se propôs o presente trabalho, considerando que possui o dever jurídico de garantir uma boa condução dos interesses públicos e, por conseguinte, guarnecer os direitos dos administrados.

Além disso, é inegável o papel do Estatuto de Licitações no combate à corrupção nas contratações públicas, na medida que visa assegurar o correto emprego dos recursos públicos mediante a realização de um procedimento projetado para essa finalidade. Todavia, a legislação por si só não é suficiente para prevenir as fraudes, tendo em vista o mau uso que se faz da licitação e que, embora a Lei 8.666/93 apresente progressos em relação às legislações anteriores, está longe de alcançar um diploma legal “perfeito”.

Reconhecido o seu papel, pode-se afirmar que a lei, seja ela do tipo maximalista ou minimalista, não tem o condão de evitar a ocorrência da corrupção nas licitações, pois falhas e brechas sempre vão existir. Justamente por essa razão é que é preciso aperfeiçoar os

mecanismos de controle, internos e externos, para que possam ser identificadas as irregularidades previamente e, por consequência lógica, seja obstada a consumação dos atos ilícitos, evitando-se ou, ao menos amenizando-se, assim, os efeitos deletérios ao patrimônio público.

Principalmente, o combate ao problema exige uma mudança na sociedade, pois a corrupção, mais que um fenômeno político, é um fenômeno cultural. Os desvios comportamentais dos agentes públicos são reflexo dos padrões éticos e morais da sociedade na qual estão inseridos. Além disso, de nada serve o direito e as leis se não houver consciência dos cidadãos a respeito do seu papel no controle dos atos administrativos, através da vigilância e participação, em proteção do interesse da coletividade.

5 CONCLUSÃO

O estudo do desenvolvimento histórico da corrupção no Brasil mostrou que a Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei de Licitações efetivaram o controle da Administração Pública, no que toca a atividade administrativa direcionada à realização de despesas públicas, ao universalizar o dever de licitar.

A análise da produção normativa voltada à disciplina da licitação no ordenamento jurídico brasileiro revelou não só as evoluções no tratamento do instituto, mas, também, as tendências legislativas, que refletem o contexto político-social em que se insere a edição de cada diploma legal de licitação. Os objetivos perseguidos pelo Estado tinham como ponto em comum a redução da corrupção envolvendo os contratos públicos, sendo que, o grande problema apontado nas modelos legais consiste na discricionariedade do poder público, o que ensejou a elaboração de leis ainda mais minuciosas e detalhadas, como é o caso da Lei 8.666/93, que possui uma densa regulação jurídica da licitação.

O exercício do poder discricionário deve ser compatível com os princípios constitucionais e os parâmetros legais que regem os atos da Administração Pública. A inobservância desses balizamentos importa em abuso de poder, que no âmbito das licitações é vislumbrado na realização de procedimento licitatório direcionada pela satisfação de interesses privados, em outras palavras, consiste no desvirtuamento da finalidade da licitação, em abandono da consecução do interesse público.

No procedimento licitatório a lei conferiu ao administrador público competência discricionária para confecção do edital, que, como visto, tem força de lei, na medida em que vincula o certame e, inclusive, o futuro contrato público, sendo, por esta razão, de extrema relevância, o que exige planejamento e cautela na elaboração. Ocorre que, o agente público em conluio com o particular utiliza-se indevidamente desse poder para elaborar um edital viciado, dirigido a um participante determinado interessado na contratação, residindo aí a corrupção.

Identificada a inter-relação entre a corrupção e o poder de decisão do agente público, intérprete da lei, é possível afirmar que uma forma de combatê-la consiste na limitação da discricionariedade, com a redução da competência discricionária conferida, pela lei, ao administrador público para configurar o certame licitatório. Ressalta-se que não se trata de

transferir todo o poder decisório para a lei, uma vez que o elemento volitivo é necessário para a gestão pública, desde que o seu exercício seja guiado pela satisfação do bem comum.

Assim, considerando que a corrupção nos contratos públicos está intimamente relacionada com o “mau uso”, pelo gestor, do poder discricionário (arbitrário), a limitação desse poder é necessária para combater o problema. Todavia, o combate às práticas corruptas exige mais que a redução da amplitude da margem de liberdade daqueles se submetem às normas licitatórias. É essencial o aprimoramento dos instrumentos de controle dos atos administrativos pertinentes ao emprego de recursos públicos.

Nesse cenário, embora não seja o objetivo primordial deste estudo apontar soluções, pontua-se a importância de reforçar o papel das assessorias jurídicas no controle interno do conteúdo dos editais, tendo em vista a sua função preventiva, na medida em que identificam as irregularidades, inibindo a consumação das práticas corruptas.

Conclui-se, assim, que em que pese a relevância de um Estatuto de Licitações no combate à corrupção que se apresenta no abuso do poder discricionário, o fenômeno da corrupção nas licitações e contratações públicas está longe de ser solucionado unicamente através de um diploma legislativo limitador, que limite a atuação do agente público.

A lei não extirpa as práticas corruptas. O combate à corrupção depende, sobretudo, de uma mudança cultural na sociedade. Primeiro, porque os administradores espelham os seus administrados, e, segundo, porque a vigilância e a participação da sociedade na fiscalização dos atos administrativos constroem o agente público ao fiel cumprimento do procedimento licitatório.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. *In*: AVRITZER, Leonardo *et alii*. **Corrupção: Ensaios e Críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008

BANDEIRA, Luiz Fernando. **Novos mecanismos de prevenção em licitações públicas**. 2004. Dissertação. Orientador: Prof. Raimundo Juliano de Rego Feitosa. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. JOTA. **As mudanças na nova Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/mudancas-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-19122016>>. Acesso em: 04 nov. 2017

BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.194, out./dez. 1993, p. 97-106.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 25 maio 2017.

_____. **Constituição Federal de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em 25 maio 2017.

_____. **Decreto n. 15.783**, de 08 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do código de contabilidade pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf> Acesso em: 29 abri. 2017.

_____. **Decreto Lei n. 2.206**, de 20 de maio de 1940. Dispõe sobre serviços de material, reforma a Comissão Central de Compras e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2206&tipo_norma=DEL&data=19400520&link=s>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. Decreto Lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

_____. **Decreto Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 04 maio 2017.

_____. **Decreto-lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

_____. **Decreto n. 2.926**, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75862&tipoDocumento=D EC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. **Lei n. 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. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 177. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A177/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 261. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A261/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos. n. 261, 2015.

Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-paginacao/2.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.071/2008. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 05 nov. 2008. RA 019.230/2007-2. Disponível em: <

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2471%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 28 out. 2017

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

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=38F097456521DBFA1B87BF9780ADF6F0.proposicoesWebExterno2?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 963/2016**. Plenário. Relator: Senador Fernando Bezerra Coelho. 2016, p. 3 *et seq.* Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3802531&disposition=inline>>. Acesso em: 04 nov. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

_____. A discricionariedade: Análise de seu delineamento jurídico. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 3-42.

CALASANS JUNIOR, José. A licitação nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 214, out. 1998, p. 107-114. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47269/45343>>. Acesso em: 27 Nov. 2017.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 43-77.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo: volume I. Teoria Geral do Direito Administrativo – Atos e Contratos Administrativos – Responsabilidade do Estado**. 5.ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.

CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Licitação – Formalidades – Evitação da discricionariedade no julgamento. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, abr./jun. 1986, p.78-79.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010. Tese. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Ruediger. (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira De Administração Pública E De Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, jul. 1991, p. 1-18. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em: 05 Set. 2017.

FORTINI, Cristina. **O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corrupcao>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a Legalidade e Demais Princípios Jurídicos da Licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Orgs.). **Princípio da Legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 395-415.

GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma visão Jurídico-Sociológica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, p. 440-473, fev. 2004.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Nova Modalidade Licitatória. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro: Renovar, 221, jul./set. 2000, p. 7-45.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. O edital: exigências possíveis e necessárias para licitar. GARCIA, Marcia (Coord.). **Estudos sobre a lei de licitações e contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **Licitações e contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 105, out. 1971, p. 14-34. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35800/34595>>. Acesso em: 30 Out. 2017.

MELLO FILHO, Luiz Fernando Bandeira De. **A licitação na constituição de 1988**. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, v. 2, 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

_____. Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n.1, 1993, p. 79-83.

_____. O edital nas licitações. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 131, p. 281-299, jan./mar. 1978. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42696/41427>>. Acesso em: 26 Out. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas Gerais sobre Licitações e Contratos administrativos – Natureza e identificação no estatuto jurídico federal vigente – Perspectiva de novos projetos modernizadores. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 189, jul./set. 1992, p. 39-57. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45280/47707>>. Acesso em: 28 abri. 2017.

_____. Corrupção, democracia e aparelhamento partidário do estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 485-490, set. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66754/64693>>. Acesso em: 09 Set. 2017

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994.

_____. Licitação. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97. jan./mar. 1991, p.101-114.

NOHARA, Irene Patrícia. Histórico das Transformações no Tratamento das Licitações no Brasil. NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jachintho Arruda (Coords.). **Licitação e Contratos Administrativos**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, Coleção Tratado de Direito Administrativo.

_____. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos**. Direito Administrativo. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PESTANA, Marcio. **Licitações no Brasil: Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. Tese. Orientador: Saulo José Casali Bahia. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31465571/2000_M_SPECK_Inovacao_e_rotina_no_Tribunal_de_Contas_da_Uniao.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1495850688&Signature=R%2B6Rr9DgkFmIyIQKgMi0OUYypjk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DBruno_Wilhelm_Speck_Inovacao_e_rotina_no.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 111-144. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>>. Acesso em: 28 abri. 2017.

CORRUPÇÃO. *In: Vocabulário Jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SILVA, Antonio Marcello da. O princípio e os princípios da licitação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 136, abr./jun. 1979, p. 34-45. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42901>>. Acesso em: 04 Out. 2017.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 260, jan. 2012, p. 183-201. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8834/7627>>. Acesso em: 19 Out. 2017

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 218, out. 1999, p. 1-10. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47451/45261>>. Acesso em: 03 Set. 2017

TACITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 242, p. 119-124, out. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42972/44590>>. Acesso em: 18 Out. 2017

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.