

# AS LICITAÇÕES SEGUNDO A LEI 8.666: UM JOGO DE DADOS VICIADOS<sup>1</sup>

**André Janjácomo Rosilho**

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Coordenador do Curso de Direito Constitucional da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Advogado em São Paulo.

## RESUMO

O artigo trata da política de contratações da Lei nº 8.666 pela análise das suas normas, de seu processo legislativo e de outros diplomas sobre o tema, anteriores e posteriores à lei. A meta do artigo é desvendar os objetivos dessa lei, para além do seu discurso.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O atual sistema de licitações e contratos. 2.1. O contexto e o discurso da Lei nº 8.666/93. 2.2. A Lei nº 8.666/93 para além do discurso. 3. As origens do sistema de licitações públicas brasileiro. 4. As reformas jurídicas posteriores à Lei nº 8.666/93: reações ao modelo legal maximalista.

## PALAVRAS-CHAVE

Licitação. Modelo legal. Maximalismo. Minimalismo. Processo Legislativo. Grupos de interesses.

### *1. Introdução*

Sem sombra de dúvidas, o tema das licitações é um dos mais tradicionais do direito administrativo brasileiro, tendo merecido a atenção de boa parte da doutrina administrativista nacional. E a Lei nº 8.666, editada em 21 de junho de 1993 – Lei Geral de Licitações e Contratos –, certamente ocupa o centro deste debate.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi escrito a partir da dissertação de mestrado que defendi em 2011 na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, intitulada *Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas*, sob a orientação do Professor Carlos Ari Sundfeld.

Trata-se de um diploma normativo que, como poucos, desperta paixões. Os que com ele lidam no seu cotidiano – juristas, acadêmicos, gestores públicos, políticos, jornalistas, etc. – dificilmente permanecem indiferentes ao seu conteúdo; não demora muito a formarem opiniões fortes a seu respeito e a defenderem-nas com obstinação. O curioso é notar que são o mais variadas possível, transitando, com espantosa frequência, entre dois opostos: amor e ódio.

Em alguns momentos em particular este fenômeno desenha-se com maior nitidez. É o caso, por exemplo, das iniciativas de reforma no sistema de contratações públicas, ocasiões em que se pode visualizar verdadeiro cisma na opinião pública. Coincidentemente, vive-se, hoje, um destes períodos<sup>2</sup>.

É normal que pessoas tenham pontos de vista distintos sobre a adequação, pertinência, validade, ou constitucionalidade das normas. A discordância, de fato, é intrínseca ao Direito. Entretanto, o fato de grupos relativamente coesos – de um lado, juristas e órgãos de controle e, do outro, gestores públicos – verem na Lei nº 8.666/93, ao mesmo tempo, a personificação do bem e do mal, aponta, a meu ver, para um potencial problema no sistema legal de contratações públicas.

Mas este não é o único indício de que há algo de errado com as normas sobre licitações. Chama a atenção a frequência com que são editados novos diplomas normativos sobre o tema – seja para fazer profundas reformas, seja para alterar pontualmente a legislação em vigor. Somente para se ter uma ideia, a Lei nº 8.666/93 foi expressamente alterada mais de 20 vezes desde a sua edição<sup>3</sup>. Isso sem mencionar a criação de outros

---

<sup>2</sup> Isso fica bem nítido na criação, pelo Governo Federal, do chamado Regime Diferenciado de Contratação a ser aplicado exclusivamente às licitações e contratos relativos aos Jogos Olímpicos de 2016, à Copa do Mundo de 2014 e aos serviços e obras de infraestrutura de aeroportos –, aprovado pelo Congresso Nacional e previsto na Lei nº 12.462/11. Este diploma normativo criou uma série de novidades relativas às licitações e, no seu âmbito de aplicação, excepcionou a incidência da Lei nº 8.666/93. Duas ADIs chegaram a ser propostas contra o RDC – uma por partidos políticos e outra pelo Procurador-Geral da República.

<sup>3</sup> Refiro-me aos seguintes diplomas normativos: Lei nº 8.883/94; Lei nº 9.032/95; Lei nº 9.648/98; Lei nº 9.854/99; Lei nº 10.973/04; Lei nº 11.079/04; Lei nº 11.107/05; Lei nº 11.196/05; Lei nº 11.445/07; Lei nº 11.481/07; Lei nº 11.484/07; Lei nº 11.763/08; Lei nº 11.783/08; Lei nº 11.952/09; Lei nº 12.188/10; Medida Provisória nº 472/94 (convertida na Lei nº 8.883/94); Medida Provisória nº 1.531-18/98 (convertida na Lei nº 9.648/98); Medida Provisória nº 255/05 (convertida na Lei nº 11.196/05); Medida Provisória nº 292/06 (sem eficácia); Medida Provisória nº 335/06 (convertida na Lei nº 11.481/07); Medida Provisória nº 352/07 (convertida na Lei nº 11.484/07); Medida Provisória nº 422/08 (convertida na Lei nº 11.763/08); Medida Provisória nº 458/09 (convertida na Lei nº 11.952/09); Medida Provisória nº 495/10 (convertida na Lei nº 12.349/10).

diplomas normativos voltados a excepcionar o regime da Lei nº 8.666/93 em circunstâncias específicas – tais como a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões) e a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão).

Haveria, então, um problema – ou crise – no sistema de contratações públicas brasileiro? Afinal de contas, por que a Lei Geral de Licitações e Contratos estaria gerando tantos conflitos? O que estaria motivando tamanha produção normativa sobre o tema? Quais são os grandes objetivos destas alterações? As reformas legislativas apontam para qual sentido? Quais rumos têm sido dados à política de contratações públicas no Brasil? Quais são as tendências?

Este artigo insere-se no espaço aberto por estas preocupações e defende a tese de que o problema central da Lei nº 8.666/93 não é de mera interpretação ou aplicação de suas normas, mas se liga umbilicalmente ao *modelo legal* sobre o qual ela foi construída. Tratar-se-ia, portanto, de uma falha estrutural, responsável, direta ou indiretamente, pelos conflitos e dificuldades enfrentadas pelo sistema de contratações públicas no Brasil. Dito de outro modo, teriam sido feitas escolhas institucionais inadequadas.

A Lei Geral de Licitações e Contratos vigente seguiu o caminho da *superlegalização*. O Legislativo, em 1993, optou por transferir para a lei federal boa parte das decisões que poderiam ter sido tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e atores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios, seja pela própria administração pública das três esferas federativas (editando-se regulamentos ou, eventualmente, produzindo atos administrativos). Dessa forma, por meio de uma Lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido nas normas. Procurou-se criar a figura do *gestor boca da lei* na expectativa de que a corrupção – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar – fosse reduzida<sup>4</sup>.

O fato de se ter editado uma lei federal, de aplicabilidade nacional, contendo normas excessivamente detalhistas e casuísticas sobre licitações e contratos é, por si só, um

---

<sup>4</sup> Carlos Ari Sundfeld chega a afirmar que o objetivo central da Lei nº 8.666/93 foi o de “neutralizar o administrador público, declarar sua morte” (“Como reformar licitações?” in *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, nº 54. Belo Horizonte, Fórum, março/abril 2009, p. 20).

equivoco. Esta maneira de se disciplinar o tema trouxe, como se verá, consequências negativas à gestão pública. No entanto, este está longe de ser o único dos problemas estruturais da Lei nº 8.666/93. Há outro, encoberto por seu discurso moralizante.

As normas contidas na Lei Geral de Licitação e Contratos, ao contrário do que se poderia imaginar, não são neutras. A legalização das regras sobre licitações foi conduzida por grupos de interesses que as moldaram de modo não a atender ao interesse do público, mas daqueles que foram capazes de influir decisivamente no processo legislativo. Valendo-se do discurso de combate à corrupção – cujo núcleo estaria na capacidade de a administração dirigir contratos – e de promoção da competição nas contratações públicas, criou-se, em verdade, um jogo de aparências. Amarrou-se a administração a um conjunto de rígidas regras que, sob o pretexto de promoverem a competição e a moralização, levaram ao fechamento do mercado público em benefício, principalmente, das empreiteiras de médio porte que tivessem como demonstrar experiência anterior. Em outras palavras, a Lei nº 8.666/93 trabalha em favor do que chamo de *empreiteiras emergentes*<sup>5</sup>.

Este artigo tem por meta *desmistificar* a Lei nº 8.666/93. Acredito ser preciso retirar sua máscara, afastando-a do discurso que normalmente a acompanha para revelar a que efetivamente ela se presta e, também, para que seja possível pensar em maneiras de tornar o sistema de licitações e contratos melhor e mais ajustado às necessidades do país.

Para tanto, adotei a seguinte estratégia: explorar e compreender as reformas legislativas, na esfera federal, em matéria de licitações públicas. Acredito que a análise e comparação dos formatos, características gerais e dos modelos legais dos diplomas normativos que colaboraram, ainda que remotamente, para a construção do sistema de contratações públicas em vigor possa facilitar a visualização do percurso e das escolhas institucionais feitas pelo Brasil. A ideia, portanto, é compreender o modelo legal da Lei nº 8.666/93, não somente a partir das suas normas, mas também daquelas que a precederam e sucederam.

Reconheço que este viés de pesquisa jurídica não é usual. De fato, a maior parte das obras dedicadas às licitações tem o objetivo de decifrar e sistematizar os procedimentos

---

<sup>5</sup> A categoria “empreiteiras emergentes” serve para delimitar as empreiteiras que já se estabeleceram no mercado público – detendo, portanto, experiência prévia –, e que possuem condições de evoluírem para outro patamar, tornando-se de grande porte.

licitatórios previstos na legislação brasileira de modo a auxiliar gestores públicos e operadores do direito em geral a lidarem com a *prática* das contratações públicas<sup>6</sup>. Em outras palavras, tudo indica que, até o momento, a preocupação central da doutrina foi fornecer instrumentos de trabalho para aqueles que se debruçam sobre questões de licitação e contrato administrativo no cotidiano.

A meu ver, este fato isoladamente não seria um problema em si. Pelo contrário, vejo como fundamental o papel da doutrina na compreensão do conteúdo dos diplomas normativos e na construção de interpretações que deem coerência e inteligibilidade às normas jurídicas, contribuindo, em última instância, para a melhoria das práticas administrativas. Esta função ganha especial importância em matéria de licitações públicas, haja vista o fato de serem disciplinadas por um complexo emaranhado normativo – composto por leis e regulamentos – provenientes da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

No entanto, este não deve ser o único foco dos juristas. Penso também ser importante olhar os mecanismos de contratações por um viés de política pública. A compreensão das mutações do direito brasileiro em matéria de licitações – nelas identificando os objetivos perseguidos pelo Estado, os problemas que as normas procuraram resolver, os interesses que motivaram sua edição e, finalmente, os resultados com elas alcançados – é fundamental, por exemplo, para se pensar em reformas no sistema de contratações públicas atualmente em vigor. Afinal, parece razoável supor que boas propostas de mudanças originem-se a partir de uma percepção acurada do objeto a ser reformado, da realidade que o cerca e dos fatores que sobre ele exercem influência.

## ***2. O atual sistema de licitações e contratos***

O sistema de licitações e contratos centra-se na conhecida Lei nº 8.666/93. Para compreendê-lo, tive por bem segmentar a análise em dois planos distintos. O primeiro será

---

<sup>6</sup> O termo “contratações públicas” será inúmeras vezes empregado como sinônimo de “licitações públicas”. Estou consciente, no entanto, de que as licitações (em sentido amplo, escolha de fornecedores) corresponde a apenas uma parcela do processo de contratação pública.

o do *discurso*. Neste momento, darei voz às próprias normas da Lei – sejam elas procedimentais ou substantivas –, limitando-me a ouvir o que têm a dizer e a contextualizá-las no momento político em que foram editadas e no processo legislativo que as originou. O segundo plano será o *dos fatos para além do discurso*. Neste momento, tentarei demonstrar que os objetivos declarados da Lei não correspondem, necessariamente, aos seus *reais objetivos*. Além disso, apontarei para eventuais problemas estruturais no diploma normativo, um dos fatores que possivelmente contribuem para tornar o sistema de licitações e contratos menos eficiente.

### 2.1. O contexto e o discurso normativo da Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666/93 originou-se de um projeto de lei de iniciativa parlamentar e foi votada e discutida pelo Congresso Nacional. Esta observação aparentemente banal ganha, neste contexto, especial relevância. Afinal, pela primeira vez, a reforma do sistema jurídico de contratações públicas deu-se em um ambiente *efetivamente* democrático<sup>7</sup>. As reformas jurídicas anteriores tinham sido gestadas dentro da administração pública e, por consequência, também por ela proposta – ou melhor dizendo, imposta<sup>8</sup>.

Desse modo, em 10 de junho de 1991, o então Deputado Federal Luis Roberto Ponte (PMDB – RS)<sup>9</sup> apresentou ao plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.491 – PL –, que instituía normas para licitações e contratos da administração pública,

---

<sup>7</sup> Esta afirmação parte da premissa de que o Código de Contabilidade da União e o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, editados em 1922, foram os marcos iniciais da disciplina jurídica das licitações públicas, não sendo apropriado, portanto, falar que sua edição operou uma reforma. Reformas, por óbvio, pressupõem a existência de um objeto a ser reformado.

<sup>8</sup> Deve-se ter em mente que o Presidente da República, tanto em 1967 quanto em 1986 – quando foram editados os Decretos-Lei nº 200 e 2.300, respectivamente –, valeu-se da figura do decreto-lei, instrumento característico do período do regime militar no Brasil, para operar reformas jurídicas com mais facilidade e para evitar a interferência de interesses na estrutura do projeto.

<sup>9</sup> O Deputado era historicamente ligado ao setor empresarial das empreiteiras, tendo sido, ele mesmo, proprietário de uma média empreiteira. Foi Vice-Presidente do Sindicato das Indústrias da Construção Civil (RS, 1977-1980); Vice-Presidente, Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1980-1983); Presidente, Comissão de Política e Relações no Trabalho da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1980-1983); Presidente, Sindicato das Indústrias da Construção Civil (RS, 1980-1989); Vice-Presidente, Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (1983); Primeiro-Vice-Presidente e Presidente, Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1983-1992).

regulamentando o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal – CF<sup>10</sup> –, e que substituiria o Decreto-Lei nº 2.300/86.

Merece destaque o período no qual o PL foi proposto: o Presidente da República Fernando Collor de Mello, empossado no dia 15 de março de 1990, completava pouco mais de um ano de governo e, desde o início do ano de 1991, começavam a surgir suspeitas de compras superfaturadas em sua administração. As suspeitas, pouco a pouco foram ganhando consistência e em 1º de junho de 1992 o Congresso Nacional decidiu instalar uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar supostas irregularidades no relacionamento entre Paulo César Farias, conhecido como PC Farias, e o governo Collor. Esta sequência de eventos, como é amplamente conhecido, resultou na abertura do processo de *impeachment* do Presidente da República e na sua posterior cassação.

O ambiente político vivido pelo Congresso Nacional e a eclosão de uma série de escândalos envolvendo o governo criou uma espécie de *janela de oportunidade* para que fosse alterado o diploma normativo que regulamentava justamente o grande foco de corrupção do momento: as contratações públicas. E os parlamentares, muito em função destes fatos, viram na aprovação da nova lei de licitações públicas a possibilidade de dar uma resposta às demandas da sociedade, de um lado, por mais lisura na conduta do governo e, do outro, por justiça ante a descoberta de incontáveis falcatruas nas contratações públicas.

É curioso notar que o Direito, tal como fica patente nos discursos dos congressistas, foi tido como o meio natural para se atingir estes fins; pairava no Congresso a crença – genuína ou não – de que a lei – representando o ordenamento jurídico como um todo – seria

---

<sup>10</sup> Redação da Constituição Federal da época (antes da modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998): “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade 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”.

capaz de cercar a corrupção e de moralizar a administração pública brasileira, quase que em definitivo<sup>11</sup>.

O Decreto-Lei nº 2.300/86 – o diploma normativo que regulava as licitações e contratos imediatamente antes da Lei nº 8.666/93 – muito provavelmente em razão dos escândalos de corrupção envolvendo contratações públicas, foi visto, pelos parlamentares, como a fonte de todos os males, o grande responsável pela “onda de corrupção, de desmoralização da função pública do país inteiro”<sup>12</sup>.

Os congressistas enxergavam na legislação vigente até o momento um sem número de “furos”, seja porque o diploma normativo deixava uma excessiva margem de discricionariedade para o agente público – como fica implícito na fala do Senador Pedro Simon<sup>13</sup> –, seja porque o Decreto-Lei era detalhista demais e, em razão disso, dava azo às mais variadas interpretações, abrindo margem para a corrupção proliferar – como defendeu o Deputado Federal José Luiz Maia (PDS-PI)<sup>14</sup>.

Apesar de os congressistas terem apontado alguns dos pontos controversos do Decreto-Lei nº 2.300/86, tenho a impressão de que a grande razão que justificaria a sua revogação recai sobre o simples fato de um complexo sistema de corrupção nas

---

<sup>11</sup> Para ilustrar estas observações, transcrevo um excerto da fala do Senador da República Elcio Álvares (PFL-ES) e outro da fala do Senador Pedro Simon (PMDB-RS): “O Poder Legislativo não pode ficar insensível ao clamor público. Quando existe clamor público, como foi a Carta de Belo Horizonte, é sinal de que alguma coisa está errada, e V. Ex<sup>a</sup> [fazendo referência ao Senador Gerson Camata] tem sido o intérprete, com muita objetividade desses clamores que vêm do Espírito Santo. (...) Nesse sentido, o substitutivo Pedro Simon é claro, transparente e nos dá uma tranquilidade total de que, se alguma coisa houver, não será mais com a complacência do texto legal, conforme ocorria à sombra do Decreto nº 2.300”; “Esse projeto [substitutivo do Senado Federal ao PL nº 1.491/91] é duro. Pessoas vão gritar, vão espernear. Penso que não devemos ter um projeto mole, com furos, com saída para tudo quanto é lado. Vamos votar um projeto que é bastante duro e que talvez necessite ser amaciado. Agora, isso aqui é duro, dá cadeia, dá penas inafiançáveis”.

(Diário do Congresso Nacional, Seção II, 22/01/93, p. 599).

<sup>12</sup> Trecho da fala do Senador Gerson Camata extraído do Diário do Congresso Nacional, Seção II, 22/01/93, p. 597.

<sup>13</sup> Ao responder a uma provocação do Senador Eduardo Suplicy, o Senador Pedro Simon afirmou o seguinte: “Nobre Senador Eduardo Suplicy, a notória especialização rechaçada em inúmeras assentadas dos Ministros do Tribunal de Contas da União, quando tratada no art. 23 do malfadado Decreto-Lei nº 2.300, tem sido motivo dos maiores escândalos, pois o melhor engenheiro, no critério subjetivo do administrador, acaba, muitas vezes por ser sempre o seu melhor amigo” (Diário do Congresso Nacional, Seção II, 22/01/93, p. 674).

<sup>14</sup> Ao propor uma emenda substitutiva do PL nº 1.491/91, o Deputado afirmou: “consideramos, no entanto, que o ideal sobre o assunto, que já está bastante codificado no Decreto-Lei nº 2.300/86, seria um projeto menos detalhado para evitar “furos”. Em geral é sobre o excesso de detalhes que o fraudador e corrupto se debruça para encontrar caminhos esquecidos. Os detalhes em qualquer concorrência devem ser escritos no Edital por uma Comissão de Licitação que se reclinará nas indicações de um órgão técnico” (Diário do Congresso Nacional, Seção I, 28/05/92, p. 10945).

contratações públicas ter sido instalado a despeito da sua existência. Tudo indica que o problema não estava neste ou naquele dispositivo, mas na manutenção de um diploma normativo que, apesar da tentativa de regulamentar as compras governamentais, tivesse permitido o alastramento de práticas ilícitas. Em outras palavras, o caso PC Farias não teria passado de um pretexto para se alterar a legislação vigente. Reforça esse argumento o fato de os parlamentares terem usado o tão criticado Decreto-Lei nº 2.300/86 como base para a elaboração da nova lei de licitações, mantendo sua estrutura e repetindo muitos dos seus dispositivos.

Vamos, finalmente, ao que dispõe a Lei Geral de Licitações e Contratos, um diploma normativo extenso, minucioso e detalhista, possuindo 126 artigos e incontáveis parágrafos, incisos e alíneas.

Chama a atenção, logo num primeiro olhar, sua abrangência. Ninguém parece ter ficado de fora. Suas normas têm de ser observadas, de maneira praticamente uniforme, pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios (a chamada administração direta) e também pelos fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes da federação (administração indireta)<sup>15</sup>. É notável sua intenção de universalizar o dever de licitar, amarrando às suas disposições toda a administração pública<sup>16</sup>.

A Lei não se limitou, no entanto, a dizer *quem* deveria observá-la; disse também *que* estaria sujeito às suas disposições. Assim, todos os contratos<sup>17</sup> pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações passaram a ter que ser precedidos de licitação, na forma da Lei nº 8.666/93, ressalvadas hipóteses expressamente apontadas no próprio texto legal<sup>18</sup>. Como que procurando impedir qualquer tipo de “fuga”, inseriu coisas bastante distintas em seu bojo, ampliando significativamente a obrigatoriedade de se licitar em relação à legislação anteriormente vigente.

---

<sup>15</sup> Lei nº 8.666/93, art 1º e parágrafo único.

<sup>16</sup> Vale ressaltar que a ideia de que a administração deveria contratar mediante licitação nem sempre foi tão difundida como nos dias de hoje. Houve um tempo em que o âmbito de incidência dos procedimentos licitatórios era substancialmente menor.

<sup>17</sup> A Lei nº 8.666/93 dá ao termo “contrato” um significado bastante amplo. No parágrafo único do seu art. 2º, defini-o como sendo “(...) 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”.

<sup>18</sup> Lei nº 8.666/93, art. 2º.

É curioso notar que a própria Lei fixou um contrapeso ao seu ímpeto universalizante ao elencar uma extensa série de hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação – casos em que se autoriza a contratação direta, sem prévio procedimento licitatório. Foram previstas, no texto original da Lei, quinze hipóteses de dispensa<sup>19</sup> e três de inexigibilidade<sup>20</sup>.

Os procedimentos licitatórios, segundo anuncia a própria Lei na sua redação original, foram pensados de modo a se atingir fins específicos: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia – ou igualdade – e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, tudo 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 – o edital – e do julgamento objetivo<sup>21</sup>. Dito de outro modo, pretendeu-se evitar favoritismos por parte da administração – que deverá tratar os licitantes com isonomia – e impulsionar o poder público a fazer bons negócios – que, segundo a lógica da Lei, são aqueles em que há menor dispêndio de recursos públicos<sup>22</sup>.

Para tanto, a Lei previu impedimentos aos agentes públicos<sup>23</sup> – procurando limitar seu espaço de liberdade –, traçou uma série de definições, elencou modalidades licitatórias<sup>24</sup> – tais como concorrência, tomada de preços e convite, apartando-as de acordo com o valor das contratações –, desenhou um minucioso processo de habilitação<sup>25</sup> – etapa na qual os participantes da licitação devem demonstrar que estão aptos a serem contratados

---

<sup>19</sup> Lei nº 8.666/93, art. 24, incisos I a XV. Para exemplificar as hipóteses de contratação direta, transcrevo o seguinte dispositivo: “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional”.

<sup>20</sup> Lei nº 8.666/93, art. 25, incisos I a III. Para exemplificar as hipóteses de inexigibilidade (quando a licitação é impossível), transcrevo o seguinte dispositivo: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II – para a contratação de serviços técnicos (...), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

<sup>21</sup> Lei nº 8.666/93, art. 3º.

<sup>22</sup> A Lei nº 8.666/93 prevê praticamente como critério único de julgamento para as licitações o de menor preço. Os critérios de julgamento baseados na técnica ou na técnica e preço têm aplicabilidade bastante residual.

<sup>23</sup> Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 1º.

<sup>24</sup> Lei nº 8.666/93, art. 22.

<sup>25</sup> Lei nº 8.666/93, arts. 27 ao 33.

pelo poder público em vistas do objeto contratual<sup>26</sup> – e traçou procedimentos para o julgamento e a adjudicação do contrato ao vencedor<sup>27</sup>.

Em linhas muito gerais, esta é a estrutura e o discurso da Lei nº 8.666/93 contextualizados no seu tempo. Cabe agora lançar para este mesmo diploma normativo um olhar mais cético, para além do seu discurso, atentando para os detalhes. A aposta deste artigo é que eles revelam que a Lei, com muita sutileza, trai seus objetivos declarados.

## 2.2. A Lei nº 8.666/93 para além do discurso

A Lei nº 8.666/93 representou a continuidade e o aprofundamento de um modelo legal do tipo *maximalista*, cujas origens estão no Decreto-Lei nº 2.300/86, apostando na ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem direcionadas, seriam capazes de gerar, quase que automaticamente, boas contratações<sup>28</sup>. O atual estatuto das licitações e contratos, por meio de uma intensa normatização, buscou, em tese, as mesmas metas perseguidas pelo diploma normativo que o precedeu: reduzir a discricionariedade da administração pública no processo de escolha de seus fornecedores – reflexamente tornando-o mais objetivo – e valorizar o princípio da isonomia entre os competidores, ampliando o acesso ao mercado público.

Com a finalidade de revelar a face oculta da Lei, foco em uma peculiaridade da sua história.

A reforma jurídica no sistema de contratações públicas que resultou na aprovação da Lei nº 8.666/93, tal como apontado na introdução, foi a primeira realizada em um ambiente verdadeiramente democrático. Lendo esta assertiva, alguém poderia se perguntar: de que forma a vigência de um regime democrático poderia ter impactado no conteúdo da atual Lei de Licitações?

---

<sup>26</sup> Lei nº 8.666/93, arts. 38 a 53.

<sup>27</sup> Lei nº 8.666/93, arts. 38 a 53.

<sup>28</sup> Opõe-se ao modelo legal maximalista o minimalista, segundo o qual à lei caberia apenas a tarefa de traçar a disciplina básica dos institutos jurídicos, não se atendo a minúcias. Isso não significa, no entanto, que o minimalismo necessariamente leva à desregulação. A opção do minimalismo é por dar menos densidade jurídica às leis, nada impedindo que no plano infralegal (composto por regulamentos, decretos, portarias, instruções etc.) seja baixada uma regulação densa e minuciosa.

O fato de o PL ter iniciado sua tramitação por iniciativa de um parlamentar, sem qualquer tipo de coordenação do processo da reforma ou de planejamento prévio, permitiu que os interesses setoriais privados – como as empreiteiras, por exemplo – se organizassem e pressionassem o Congresso Nacional pela concessão de benefícios. A democracia permitiu, ainda, que não somente os grandes interesses econômicos fossem atendidos – ou ao menos ouvidos –, mas também as pequenas e médias empresas. A pulverização do núcleo de poder – antes concentrado nos ministérios e agora também espalhado por todo o Congresso Nacional – facilitou a permeabilidade da reforma a pontos de vista que até então não tinham encontrado eco nas reformas jurídicas.

Some-se a isto o fato de que o governo passava por um dos mais conturbados períodos da história, tornando-o significativamente mais vulnerável e menos capaz de se articular para fazer valer, na reforma da legislação, o ponto de vista do gestor público. Penso, então, que a instabilidade e a desorganização do governo neste período – que estava mais preocupado em se consolidar no poder e em fazer as instituições funcionarem dentro da normalidade – contribuíram para que a gestão pública praticamente não tivesse feito parte dos debates sobre a reforma e para que os interesses privados tivessem mais espaço de atuação.

Como resultado, creio ser possível afirmar com relativa segurança que houve uma captura do processo legislativo por certos grupos setoriais, que foram capazes de aprovar um diploma normativo amplamente favorável a seus interesses. Procurarei demonstrá-lo a seguir.

Baseado no diagnóstico de que a corrupção – cujo epicentro estaria na liberdade de que supostamente gozava a administração para dirigir os resultados das licitações – deveria ser combatida a qualquer custo, o Congresso Nacional, capturado, adotou uma solução bastante curiosa. Valendo-se do discurso corrente à época de crença no Direito e de ampla valorização da importância das regras e dos princípios jurídicos<sup>29</sup>, buscou anular a

---

<sup>29</sup> Esta visão onipotente do direito está muito presente noutro diploma normativo aprovado pouco tempo antes da Lei de Licitações: a Constituição Federal de 1988. Nela, há uma série de normas de cunho transformador (parcela da doutrina a elas atribui um caráter programático), voltadas a modificar a realidade pelo Direito. Exemplifico transcrevendo uma norma da CF: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

capacidade de manobra da administração pública, decidindo, de antemão, os critérios e procedimentos que conduziriam, pretensamente, à melhor contratação pública. Entretanto, o que escapou à percepção da comunidade jurídica como um todo – mas não dos potenciais beneficiados pelas contratações públicas! – foi que as normas haviam sido moldadas de modo a atender não ao interesse *do* público, mas daqueles que foram capazes de influir no processo legislativo.

Tratou-se de uma estratégia engenhosa e catastrófica do ponto de vista da gestão pública<sup>30</sup>. Afinal, o dirigismo nas contratações, ao invés de ser combatido, foi, em verdade, *chancelado*. As normas jurídicas haviam sido moldadas de tal modo que para se dirigir as licitações bastaria segui-las à risca. Sob a aparência de terem sido postas rígidas regras para um jogo competitivo e probo, criou-se, na realidade, uma *licitação de dados viciados*; os procedimentos foram pré-programados para levarem sempre ao mesmo resultado<sup>31</sup>.

O pior é que esta solução normativa foi – e em boa medida continua sendo – aplaudida pela comunidade jurídica – pois, ao menos em tese, atendeu o pleito pela valorização das regras e princípios jurídicos –, pelos políticos e pela imprensa – visto que ela praticamente anulou a esfera de liberdade da administração pública, declarando ser, em alto e bom tom, portadora (com exclusividade, diga-se de passagem) da moralidade – e, por fim, pelos órgãos de controle – já que o fato de ela ser altamente procedimentalizada viabilizou a realização de um rigoroso controle burocrático.

O que se observa é que o discurso que permeia a Lei nº 8.666/93 enfeitiçou boa parte dos que com ela lidam, vestindo-a com uma espécie de túnica sacrossanta, dificultando enormemente justificar reformas mais profundas no sistema de contratações públicas brasileiro – já que são vistas, quase que automaticamente, como verdadeiros golpes à moralidade, como tentativas de se desfazer a muralha erigida com a suposta finalidade de barrar a corrupção.

---

<sup>30</sup> Alexandre Ribeiro Mota, em sua dissertação de mestrado intitulada *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*, chega a conclusão semelhante, ainda que por outras razões: “(...) partindo-se da combinação entre uma legislação conceitualmente pobre, uma elevada preocupação com a corrupção, um sistema jurídico excessivamente burocrático e interpretações restritivas, chega-se à formação de uma cultura de compras públicas muito aferrada aos ritos e pouco compromissada com os resultados”, p. 155.

<sup>31</sup> Trata-se, por óbvio, de uma generalização cujo objetivo é destacar uma característica da realidade. Apesar de em alguma medida distorcê-la, penso ser relevante para permitir melhor visualizá-la.

A realidade, portanto, é outra: a atual Lei Geral de Licitações e Contratos não se preocupa efetivamente com a boa contratação (barata, de qualidade, rápida, eficiente, proba, etc.), mas em garantir a determinados segmentos acesso facilitado ao mercado público. A grande questão que se põe é: quem teria sido o grande beneficiado?

A resposta a esta indagação não é simples. No entanto, a observação conjunta do processo legislativo da Lei nº 8.666/93, da forma pela qual suas normas foram moldadas e das posteriores alterações normativas realizadas – ou que se pretendeu realizar – no sistema de contratações públicas como um todo, levam a crer que a categoria das *empreiteiras emergentes* – ou seja, as empreiteiras de médio porte já estabelecidas no mercado e que aspiravam chegar a patamares mais elevados – foram as que mais se beneficiaram com a edição da atual Lei de Licitações. Elencarei as razões que me levaram a esta conclusão.

A primeira delas refere-se a uma significativa mudança surgida com a edição da Lei nº 8.666/93. O Decreto-Lei nº 2.300/86 determinava que a execução das obras e serviços deveria ser programada na sua totalidade e que o seu parcelamento seria, em geral, proibido. O diploma normativo abria exceção à regra apenas na hipótese de insuficiência de recursos ou de haver comprovado motivo de ordem técnica<sup>32</sup>.

A vigente Lei de Licitações posicionou-se de maneira diferente. De acordo com sua redação atual, apesar de a execução das obras e serviços ter de ser programada na sua totalidade, determinou-se que ela fosse dividida em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis – desde que preservada a modalidade de licitação<sup>33</sup>.

A fragmentação de obras e serviços é um nítido incentivo legal à participação de pequenas e médias empresas – tanto entrantes como aquelas já estabelecidas no mercado. Dessa forma, projetos que, antes, em função de sua magnitude, naturalmente ensejariam a contratação de grandes empreiteiras, agora, poderiam ser levados adiante por um conjunto de empreiteiras menores.

---

<sup>32</sup> Decreto-Lei nº 2.300/86, art. 7º, § 1º.

<sup>33</sup> Lei nº 8.666/93, art. 23, §§ 1º e 2º. Como as modalidades de licitação são definidas pela Lei com base no valor das contratações, o risco de se permitir o parcelamento indiscriminado da execução das obras e serviços seria o de se alterar a modalidade de licitação inicialmente aplicável. Desse modo, evitar-se-ia que uma licitação na modalidade de concorrência fosse transmutada em uma licitação na modalidade de convite – sobre a qual, na teoria, recaem menos exigências legais.

Observa-se que, em tese, este dispositivo beneficiaria tanto pequenas quanto médias empreiteiras, não sendo, portanto, suficiente para se afirmar peremptoriamente que as emergentes teriam sido as mais privilegiadas pela Lei.

A segunda delas, diz respeito aos critérios legais de qualificação econômico-financeira<sup>34</sup>. A Lei nº 8.666/93, em sua redação original, determinou que a administração apenas pudesse exigir dos licitantes a demonstração de serem financeiramente capazes em face do compromisso que assumiriam caso lhes fossem adjudicado o contrato<sup>35</sup>.

O diploma normativo reforçou a determinação do inciso XXI do art. 37 da CF – segundo o qual somente seria permitido fazer exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações –, restringindo significativamente os instrumentos da administração para averiguar a capacidade econômica da empresa frente ao projeto. As pequenas e médias empreiteiras (entrantes ou já estabelecidas no mercado) teriam, segundo esta regra, acesso mais facilitado ao mercado público.

A terceira razão refere-se ao seguro-garantia<sup>36</sup>. A redação final do PL determinou que o seguro-garantia fosse mandatório apenas para as obras e serviços de *grande vulto*; ele seria facultativo às de *médio e pequeno vulto*. Reforçou-se, ainda, que o poder público não poderia contemplar custo ou valor de cobertura que impedisse ou até mesmo restringisse a participação de *qualquer interessado* na licitação. Nota-se, assim, que o Congresso Nacional pretendeu, a qualquer custo, impedir que a administração, nas suas contratações, fizesse exigências que fossem prejudiciais aos interesses das empreiteiras de menor porte – na teoria, pequenas e médias<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> A qualificação econômico-financeira, de um modo geral, é o mecanismo usado pela Lei nº 8.666/93 para avaliar a “saúde” das empresas licitantes. Trata-se de um dos requisitos exigidos para a habilitação. Lei nº 8.666/93, art. 31.

<sup>35</sup> Lei nº 8.666/93, art. 31, § 1º.

<sup>36</sup> Trata-se de uma modalidade de garantia passível de ser exigida daqueles que participarem do certame licitatório, aumentando-se, assim, os mecanismos à disposição do poder público voltados a assegurar a execução da obra ou do serviço pelo ente privado.

<sup>37</sup> O seguro-garantia não integrou a Lei nº 8.666/93 em sua redação original haja vista o veto do Presidente da República. Esta modalidade de garantia só foi inserida na Lei nº 8.666/93 com a posterior edição da Lei nº 8.883/94.

A quarta razão liga-se a exigências legais de qualificação técnica-operacional<sup>38</sup> de os licitantes demonstrarem já ter executado, no passado, obras e serviços em quantitativos mínimos das parcelas de maior relevância técnica e prazo –, que foram aprovadas pelo Congresso Nacional e posteriormente vetadas pelo Executivo<sup>39</sup>. É importante lembrar que “os vetos produziram efeito oposto ao pretendido, pois não eliminaram a exigência de atestados de aptidão da própria empresa, os quais estão expressamente previstos no art. 30-II c/c §1º, bem assim no art. 33-III. Resultou do veto, apenas, a supressão dos limites quanto a quantidades e prazos das obras e serviços objeto dos atestados”<sup>40</sup>.

Se exigidos, os requisitos de qualificação técnica-operacional, em função da demanda de o licitante demonstrar experiência prévia compatível com o objeto licitado em obras e serviços, tenderiam a excluir as pequenas empreiteiras e as médias empreiteiras entrantes (sem prévia experiência) das competições. Em tese, eles beneficiariam as médias empreiteiras emergentes – já estabelecidas no mercado e com pretensão de crescimento – e, reflexamente, as grandes empreiteiras.

Destacarei, ainda, três outras características da Lei nº 8.666/93 que reforçam a tese de que se procurou, via texto de lei, manipular os procedimentos licitatórios em prol de um grupo em específico.

A primeira delas liga-se à ordem dos procedimentos licitatórios. Disse a Lei nº 8.666/93 que a licitação deve começar pela fase de habilitação para somente então serem julgadas as propostas dos licitantes, excluindo-se, de plano, as empresas sem condições de serem contratadas<sup>41</sup>. Dessa forma, são avaliadas apenas as propostas dos habilitados. Duas importantes consequências disto decorrem: limita-se o número de propostas de preço que serão conhecidas pelo poder público e, em virtude da rigidez formal e da demora dos procedimentos, incentiva-se a litigância entre os proponentes – já que eles têm a possibilidade de inabilitar uns aos outros.

---

<sup>38</sup> Trata-se de outro requisito exigido pela Lei no processo de habilitação. A qualificação técnica-operacional destina-se a verificar, com base na demonstração de experiência prévia, se os licitantes efetivamente serão capazes de entregar o objeto do contrato na hipótese de vencerem o certame licitatório.

<sup>39</sup> Lei nº 8.666/93, art. 30, § 1º, “b”.

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo – de acordo com as leis 8.666/93 e 8883/04*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 126.

<sup>41</sup> Lei nº 8.666/93, art. 43, incisos I a V.

A segunda característica é a de que as propostas dos licitantes, uma vez feitas, são imutáveis. Determinou a Lei que elas deveriam ser apresentadas em envelopes fechados, abertos em sessão pública, sem oportunidade para uma fase de descontos<sup>42</sup>. Trata-se, assim, de uma *competição controlada* em que se bloqueia a instauração de disputas acirradas entre os licitantes.

A terceira característica refere-se à figura da proposta inexequível<sup>43</sup>. Buscando impedir a participação de aventureiros nos procedimentos licitatórios que tenderiam a “mergulhar” os preços das propostas, instituiu-se um mecanismo que permitiria à administração, na teoria, evitar que os preços baixassem demais. Trata-se, assim, de mais um freio à competição na medida em que há a possibilidade de ser fixado um piso para os preços, abaixo do qual se presume que o licitante seria incapaz de entregar o objeto contratado.

Os elementos acima elencados correspondem às balizas legais responsáveis por conduzir as contratações às empreiteiras emergentes. Falta, no entanto, conectar os pontos esparsos de modo a dar mais fluidez ao raciocínio.

O parcelamento das obras e serviços aumentou o acesso ao mercado público, fragmentando-o e multiplicando as oportunidades de negócios para as empresas de menor porte. Pôs-se, porém, um problema: com o aumento do tamanho do bolo, como reparti-lo? Como garantir que às empreiteiras emergentes – cujos interesses encontraram maior eco no Congresso Nacional – fosse dada a maior fatia? A estratégia adotada dividiu-se em duas frentes principais.

A primeira delas consistiu em excluir do certame licitatório, de plano, aqueles passíveis de serem eliminados. Dessa forma, estabeleceu-se que competição só poderia ocorrer entre os habilitados e, como requisito de habilitação, exigiu-se a demonstração de capacitação técnico-operacional por meio de atestados. As pequenas empreiteiras e médias empreiteiras entrantes foram, portanto, postas à margem do grande mercado público de obras e serviços.

---

<sup>42</sup> Lei nº 8.666/93, art. 43, inciso III e IV.

<sup>43</sup> Lei nº 8.666/93, art. 44, § 3º.

A segunda frente focou-se em evitar que as médias empreiteiras emergentes fossem excluídas do certame licitatório. Para tanto, a legislação escalou uma série de armas de defesa. De um lado, impediu-se que as exigências de qualificação econômico-financeiras fossem duras demais de modo que somente as grandes empreiteiras fossem habilitadas. Por outro lado, restringiu-se a possibilidade de a administração exigir garantias dos licitantes, o que dificultaria o acesso das médias empreiteiras emergentes ao mercado público. Outra barreira levantada pela legislação para evitar a exclusão das empreiteiras emergentes foi a autorização legal para que a administração declarasse inexequível a proposta daqueles que “mergulhassem” os preços – tidos, em geral, como aventureiros. Também se procurou controlar a competição nas licitações públicas determinando que as propostas, uma vez feitas, fossem imutáveis – refiro-me aos envelopes lacrados contendo as propostas de preços. Trata-se de um mecanismo que limita a disputa e facilita acordos entre os licitantes, visto que se sabe, de antemão, o universo de competidores. Além disso, vê-se que a legislação, apesar de declaradamente dar preferência ao critério de julgamento pelo menor preço, não o leva efetivamente a sério.

Observa-se, assim, que os setores sociais, ao notarem que a reforma se faria por meio do direito – e não de práticas administrativas – encontraram um caminho rápido e relativamente simples para a obtenção de benefícios: conseguir inserir na Lei de Licitações normas simpáticas a seus interesses, fazendo o possível para cristalizá-los no texto legal.

Entretanto, em face destas observações, alguém poderia dizer o seguinte: a fonte dos problemas da Lei nº 8.666/93 não está no fato de ela adotar um modelo legal maximalista; pelo contrário, seus problemas advêm do mal uso que se fez deste modelo de regulação jurídica das contratações públicas. Dito de outra forma, teria havido uma deturpação do maximalismo que, em tese, seria bom e adequado.

A meu ver, esta provocação não procede, visto que a superlegalização é em si perversa do ponto de vista da gestão pública. Procurarei deixar claro meu ponto de vista.

A premissa sobre a qual o maximalismo se sustenta – a de que um modelo legal detalhista, minucioso, abrangente e que antecipasse, para a lei, uma série de soluções administrativas fosse capaz, quase que automaticamente, de gerar boas contratações públicas – é falsa. Este tipo de modelo legal, em razão de sua estrutura mesma, parece ser

pouco capaz de produzir boas contratações, independentemente do sentido que se atribua a este termo (contratações probas, rápidas, eficientes, baratas, etc.). Alguns elementos conduzem a esta conclusão.

O primeiro deles refere-se à impossibilidade de uma lei fixar, de antemão, uma política de contratações públicas completa e acabada, que tente prever, na minúcia, todas as possibilidades de comportamentos – dos agentes públicos e dos licitantes – e de resultados.

Para utilizar a linguagem de Charles Sabel<sup>44</sup>, o maximalismo pressupõe a existência de um limitado grupo de “principais” – no caso o governo ou o Congresso Nacional – que seja capaz de antever a melhor solução para problemas concretos, deixando pouca margem de manobra para “correções de percurso”<sup>45</sup>. A questão é que o melhor remédio para uma determinada doença hoje, pode não o ser no futuro.

O segundo deles diz respeito ao fato de textos legislativos minuciosos e excessivamente detalhistas e exaustivos geralmente darem azo a interpretações muito restritivas e apegadas à literalidade do texto legal. Afinal de contas, em se tratando de um diploma normativo com estas características, nada mais lógico do que pensar que o que não está explícito, é proibido. Assim, reforça-se, por via interpretativa, a imobilidade de um modelo legal que já tendia à perenidade por suas características estruturais.

O terceiro elemento conecta-se, e em alguma medida decorre, dos anteriormente citados. O maximalismo, ao transferir poderes decisórios da administração pública para o Legislativo, bloqueia a inovação da gestão e das práticas administrativas. Isso porque a administração, em desejando testar novas estratégias e ideias, choca-se, quase que inevitavelmente, com a rigidez da lei de licitações e contratos. As inovações, para que sejam implementadas, acabam tendo que passar pelo crivo do Legislativo, por meio de alterações legais.

É interessante observar que o sistema de licitações públicas nem sempre assumiu feições maximalistas. A configuração deste modelo legal, com as características e

---

<sup>44</sup> Charles Sabel é professor de *Law and Social Science* na *Columbia Law School* (EUA).

<sup>45</sup> Cf. SABEL, Charles, *Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalist Organizations, Learning and Accountability*, in Ewald Engelen & Monika Sie Dhian Ho (Eds.), *De Staat van de Democratische voorbij de Staat*. WRR Verkenning 3 Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004, disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>.

peculiaridades dadas pela Lei nº 8.666/93, é produto de uma trajetória de reformas jurídicas; como num romance em cadeia, é apenas um dos capítulos do livro, possuindo laços de continuidade – mais ou menos evidentes – com os que o precederam. No tópico seguinte, o artigo traçará um panorama sobre a legislação precedente, identificando apenas suas características gerais com o intuito de compreender as origens do atual sistema de licitações e contratos.

### ***3. As origens do sistema de licitações públicas brasileiro***

O marco inicial da primeira fase das licitações públicas no Brasil inicia-se em 1922, com a edição do Código de Contabilidade da União – Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 – e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública – Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922<sup>46</sup>. São os mais antigos diplomas normativos voltados à disciplina das licitações públicas a que a doutrina faz referência. O referido Regulamento Geral tratava das finanças do Estado e dispunha, entre outras coisas, sobre as concorrências<sup>47</sup>.

Inicialmente, cabe chamar a atenção para o fato de que, no período de 1922 a 1967, não havia uma política *nacional* de contratações públicas. O Regulamento Geral de Contabilidade Pública continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a administração pública federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e Municípios. Isso não quer dizer, no entanto, que as administrações públicas locais tinham liberdade total para contratar com terceiros, já que o Decreto-Lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, impunha, a Estados e Municípios, a obrigação geral de realizar concorrências para compras governamentais<sup>48</sup>. O que ele não fez foi determinar o modo pelo qual as licitações públicas deveriam ser efetuadas – os procedimentos, os

---

<sup>46</sup> O Código de Contabilidade da União não disciplinava expressamente as licitações públicas. A normatização do tema foi feita pelo Regulamento Geral de Contabilidade Pública, que complementava o Código de Contabilidade da União.

<sup>47</sup> O termo “licitação pública” não era empregado pela legislação do início do século XX. Fazia-se referência apenas às concorrências, de forma genérica.

<sup>48</sup> Deve-se observar que o referido diploma normativo só surgiu 18 anos após a aprovação do Código de Contabilidade da União e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública.

requisitos, etc. Havia, portanto, amplo espaço de manobra para as administrações locais definirem, elas próprias, as regras de contratações a que se submeteriam.

O Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, pelo simples fato de traçar balizas para a realização de compras governamentais, impunha, por óbvio, algum tipo de restrição à liberdade da administração pública federal para contratar. Entretanto, esta não era a tônica do modelo legal a ele subjacente. Optou-se, nesse caso, por uma regulação branda, pouco invasiva, permitindo que a administração pública decidisse *ad hoc* como melhor licitar<sup>49</sup>.

Esta percepção decorre do fato de a disciplina das concorrências ser sucinta, evitando-se minudenciar trâmites processuais, conceituar ou explicar os sentidos das palavras e de expressões de sentido vago ou abstrato, ficando a cargo do administrador público e de outros agentes – como os tribunais, por exemplo – a tarefa de completar seu conteúdo. Ou seja, evitou-se regular a fundo as concorrências através de normas gerais, restando à administração pública a tarefa de, nos editais das concorrências, disciplinar no detalhe as exigências dos procedimentos licitatórios.

Evidencia-se, portanto, uma interessante decisão tomada pelo legislador: fazer dos editais das concorrências – e não da lei – o grande instrumento de regulação das licitações públicas. Este cenário, como se viu no tópico anterior, será profundamente modificado com o passar do tempo.

Outra característica marcante do sistema de licitações da época se refere ao fato de se ter evitado, *a priori*, restringir o acesso de proponentes ao mercado público, haja vista as poucas exigências, no Decreto, para que os candidatos fossem habilitados<sup>50</sup>. Assim, abriu-se espaço para que a administração, por meio dos editais, restringisse ou ampliasse o acesso de proponentes às contratações públicas.

---

<sup>49</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, importante autor da época, em seu *Tratado de Direito Administrativo* (Livraria Editora Freitas Bastos, 3ª edição, 1955; p. 352), corrobora com esta observação dizendo o seguinte: “O regime de concorrência não exclui, porém, o exercício de um certo poder da administração na escolha, no critério de cotejo das diversas ofertas, respeitados os princípios legais”.

<sup>50</sup> Transcrevo dispositivo do Decreto que ilustra essa afirmação: “art. 745. A concorrência pública far-se-á por meio de publicação, no Diário Oficial ou nos jornais oficiais dos Estados, de um edital expedido pela repartição que haja de firmar o contrato do fornecimento ou prestação de serviço e no qual deverão ser indicados: (...) d) os documentos comprobatórios de idoneidade ou de quaisquer outros requisitos que se tornem indispensáveis para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência”.

Sobreveio ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União o Decreto-Lei nº 200, editado durante o governo militar, em 25 de fevereiro de 1967, o qual dispôs sobre a organização da administração pública federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa do Estado. Trata-se, portanto, de um diploma normativo de cunho mais amplo que continha em seu bojo normas voltadas à disciplina das contratações públicas.

A reforma que deu origem a esta nova fase das licitações públicas teve um viés explicitamente racionalizador, pautada pela lógica do planejamento sob a ótica da gestão administrativa. Tratou-se de um movimento impositivo, de cima para baixo, que procurou alinhar geometricamente a organização e o modo de agir da administração pública brasileira.

A Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa – Comestra –, criada em 1964 pelo Presidente Castelo Branco e integrada por uma série de membros<sup>51</sup> – dos quais apenas quatro eram juristas<sup>52</sup> – foi a grande responsável por viabilizar profundas transformações na organização administrativa, tendo como foco arranjar as regras jurídicas de modo que elas permitissem – ou não obstaculizassem – a otimização da atividade administrativa. A reforma *jurídica* foi vista apenas como um passo necessário para se atingir algo maior e mais amplo: a reforma *da gestão pública*. O direito, portanto, foi apenas um dos instrumentos adequados – ou relevantes – para se atingir determinado fim.

O tom da reforma, como aponta Natasha Salinas, pode ter sido este, pois ela foi pensada por pessoas que, em sua ampla maioria, tinham conexões estreitas com a administração pública e não tinham formação jurídica. Os homens do direito foram minoria neste processo<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Conforme aponta Natasha Salinas, eram membros da Comestra Roberto Campos, José de Nazaré Teixeira Dias, Hélio Marcos Pena Beltrão, Carlos Medeiros Silva, Luís Simões Lopes, Wagner Estelita Campos, Jorge Oscar de Mello Flores, José Maria de Albuquerque Arantes, Vitor Amaral Freire, Antônio Augusto Joaquim Moreira, Reynaldo Giannini Coelho de Souza, Moacyr Teixeira Coimbra e Nilton Thomé de Souza (“Reforma administrativa de 1967: a conciliação do legal com o real”, in MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha S. C. (coordenadores), *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 457-459).

<sup>52</sup> Os únicos juristas da Comestra eram Carlos Medeiros Silva, Vitor Amaral Freire, Wagner Estelita e Hélio Beltrão.

<sup>53</sup> Isso não quer dizer, no entanto, que eles tenham tido o papel de coadjuvantes no processo de reforma. Hélio Beltrão, como apontado no início deste capítulo, era jurista e foi um dos principais atores da reforma de 1967. É bem verdade que Hélio Beltrão, apesar de ter se formado em direito pela Universidade do Rio de Janeiro em 1937, se destacou como administrador, tendo sido, por exemplo, Secretário do Interior e do Planejamento

Este ambiente de reforma determinou significativamente o conteúdo e as características do Decreto-Lei nº 200/67. Isso fica evidente, por exemplo, na nítida tentativa de simplificar e sistematizar as categorias e institutos jurídicos relacionados às contratações públicas<sup>54</sup>.

Pode-se apontar como a grande marca distintiva desta fase do sistema jurídico de licitações brasileiro a intenção do legislador de *unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais*. Pela primeira vez, o governo central – comandado pelos militares desde 1964 – impôs às unidades federativas menores um conteúdo mínimo a ser obrigatoriamente observado por todo o Estado brasileiro. Teve início, então, a tendência à uniformização da disciplina jurídica das contratações públicas, uma trilha seguida e alargada pelas reformas jurídicas posteriores<sup>55</sup>.

Destaco também a manutenção de uma ampla margem de liberdade para que a administração pudesse, por meio dos editais de licitação, regular as contratações públicas<sup>56</sup> – apesar da tentativa, ainda que muito sutil, de restringir a discricionariedade do administrador público em casos específicos, tais como o da dispensa de licitação por emergência. Em outras palavras, limitou-se a prever categorias e diretrizes para a aplicação minimamente organizada e uniforme dos procedimentos licitatórios, em escala nacional.

A reforma viabilizada por este diploma normativo também mirou, a meu ver, ampliar a proteção dos interesses da própria administração pública ao firmar contratos administrativos. Isto fica palpável, por exemplo, quando se tem em mente o significativo aumento da quantidade de garantias passíveis de serem ofertadas à administração pelos

---

do então Estado da Guanabara (1960-1965) e ministro do Planejamento e da Coordenação econômica (1967-1969).

<sup>54</sup> Exemplifico esta afirmação transcrevendo o dispositivo que organizou, de forma simplificada, as modalidades licitatórias: “Art. 22. São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão”.

<sup>55</sup> O Decreto-Lei nº 200/67 não se aplicava, inicialmente, a Estados e Municípios. Foi apenas com a edição da Lei nº 5.456/68 que as suas normas sobre contratações públicas também passaram a ser expressamente aplicáveis a Estados e Municípios.

<sup>56</sup> Isso fica claro na linguagem adotada pelo legislador. Confira-se: “Art. 130. No edital indicar-se-á com antecedência prevista, pelo menos: (...) III – condições de apresentação de propostas e da participação na licitação”.

licitantes e a imposição, ainda que tímida, do dever de as contratações de obras serem precedidas de algum tipo de planejamento, por parte do próprio poder público<sup>57</sup>.

Em 1986, operou-se mais uma grande mudança no sistema de licitações e contratos. O Decreto-Lei nº 2.300, editado em 21 de novembro de 1986, revogou os dispositivos sobre licitações do Decreto-Lei nº 200/67 e estabeleceu as diretrizes gerais que deveriam reger a atividade do poder público no plano da administração financeira e da gestão patrimonial<sup>58</sup>.

Apesar de ter sido elaborado em um ambiente democrático, ainda há em sua gênese resquícios do período autoritário. Isto fica nítido quando se observa que o governo optou por utilizar o decreto-lei – e não uma lei ordinária, por exemplo – para baixar as novas regras sobre licitações<sup>59</sup>. No caso do Decreto-Lei nº 2.300/86, enviou-se o diploma normativo ao Congresso Nacional, que optou por não votá-lo e deixar a passagem do tempo fazer seu trabalho.

É interessante observar que a proposta de elaboração do referido diploma normativo, assim como a que resultou na aprovação do Decreto-Lei nº 200/67, partiu de uma iniciativa da própria administração pública. Desta vez, não por um grupo de economistas, administradores e juristas – como no caso da reforma precedente –, mas pela Consultoria-Geral da República – embrião da atual Advocacia-Geral da União, auxiliada e orientada por Hely Lopes Meirelles, um conhecido jurista. É o que revela a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.300/86, assinada pelo então Consultor-Geral da República Saulo Ramos. Ao elaborá-lo, o poder público tinha em mente objetivos muito claros, pensados a partir da experiência jurídica proporcionada pela aplicação das normas do Decreto-Lei nº 200/67, enriquecida pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, do

---

<sup>57</sup> O Decreto-Lei condicionou o início da licitação à definição suficiente do objeto e, no caso de obras, à existência de anteprojeto (art. 139).

<sup>58</sup> Vale dizer que o Decreto-Lei nº 200/67 continua em vigor. Apenas suas normas sobre licitações públicas é que foram revogadas pelo Decreto-Lei nº 2.300/86.

<sup>59</sup> A Constituição de 1967 determinava que o Presidente da República – à época José Sarney – poderia dispor de decretos-lei para, em casos de urgência ou de interesse público relevante, expedir decretos com força de lei em matéria de segurança nacional e de finanças públicas, que se não fossem aprovados pelo Congresso em sessenta dias, passavam a integrar definitivamente o ordenamento jurídico. O Decreto-Lei era uma espécie de medida provisória que poderia ser convalidada pelo decurso do tempo, sem o controle do Congresso.

Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal de Contas da União e, também, inspirados no ordenamento jurídico do Estado de São Paulo<sup>60</sup>.

Muito provavelmente em razão disso, este momento das licitações públicas esteve impregnado pela crença no papel transformador do direito; na sua capacidade de conformar e de modificar a realidade que o cerca, caracterizando o que convencionei chamar de *fetichismo legal* – fenômeno que culminou com a posterior edição da Lei nº 8.666/93. O direito, portanto, de coadjuvante passou a protagonista.

Este “sentimento” de que o direito tudo pode impactou profundamente no modelo jurídico de regulação das licitações públicas, levando ao surgimento de uma nova era das contratações estatais. As regras jurídicas, que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora, tornaram-se casuísticas, retirando da administração pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. Isso fica evidente, por exemplo, ao se procurar impedir, a todo custo, que a administração formulasse cláusulas que, pelo caráter seletivo e discriminatório, pudessem comprometer, restringir ou frustrar a competitividade ínsita à licitação<sup>61</sup>. Surgiu assim, pela primeira vez, um modelo legal do tipo maximalista – em oposição ao minimalista, do qual o Decreto-Lei nº 200/67 é representativo –, marcado por uma regulação abrangente e minuciosa.

De um modo geral, procurou-se espalhar por todo o texto do Decreto-Lei a observância de basicamente três grandes postulados: a igualdade, a probidade e a publicidade<sup>62</sup>.

Para tornar as licitações públicas o mais transparentes possível, o projeto estabeleceu que os procedimentos licitatórios não seriam sigilosos, “sendo públicos, e acessíveis ao público, os atos de seu procedimento, salvo, por óbvias razões, quanto ao conteúdo das propostas, indevassável até a sua classificação e ulterior abertura”<sup>63</sup>.

Ganhou força, com a edição do Decreto-Lei nº 2.300/86 o impulso pela universalização e uniformização do dever de licitar para toda a administração pública –

---

<sup>60</sup> Leis nº 10.395/70 e 89/72, conforme a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.300/86.

<sup>61</sup> Conforme a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.300/86.

<sup>62</sup> Conforme a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.300/86.

<sup>63</sup> Conforme a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 2.300/86.

algo que fica evidente com a tentativa de submeter as empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas – e fundações públicas às suas normas<sup>64</sup>. A ideia de que as empresas estatais e fundações deveriam obrigatoriamente contratar mediante licitação não era, então, amplamente aceita.

Vê-se, assim, que o Decreto-Lei nº 2.300/86 ao adotar um modelo legal do tipo maximalista, em contraste com os diplomas normativos anteriores, inaugurou o caminho por onde, anos mais tarde, seguiu a Lei nº 8.666/93.

A retomada da trajetória das reformas jurídicas no sistema das contratações públicas auxilia a compreensão de como se chegou ao vigente modelo de licitações e contratos. Penso, no entanto, que reconstruí-la, apesar de relevante, seja insuficiente; também é preciso olhar as mudanças normativas posteriores à criação da Lei nº 8.666/93. Afinal de contas, é razoável supor que elas sejam reações às características e peculiaridades do atual modelo de licitações.

#### ***4. As reformas jurídicas posteriores à Lei nº 8.666/93: reações ao modelo legal maximalista***

O mundo das contratações públicas, de 1993 para cá, passou por imensas transformações, provocadas pela edição de uma enxurrada de normas. O grande desafio que se põe é organizar essa massa normativa disforme de modo a lhe atribuir algum sentido. Para tanto, traçarei um panorama dos movimentos de reformas jurídicas realizadas na própria Lei nº 8.666/93 e fora dela. Como se verá a seguir, tanto estas como aquelas têm, de um modo geral, alguns denominadores em comum: dialogam com a Lei de Licitações – maximalista e capturada pelas empreiteiras emergentes – e procuram, de forma mais ou menos sutil, afastar a incidência das suas normas.

O período que se seguiu ao surgimento da Lei de Licitações foi marcado pela abertura de sucessivas válvulas de escape à sua rigidez – materializadas nas hipóteses de dispensa de licitação –, criadas em face das nuances nos casos concretamente enfrentados

---

<sup>64</sup> Decreto-Lei nº 2.300/86, art. 86.

pela administração pública com o escopo de abrandar a vontade, da Lei, de expandir ao infinito o grau de abrangência do dever de licitar<sup>65</sup>.

Ao se colocar uma lupa de aumento sobre o texto dos novos casos de contratação direta, vê-se, com relativa nitidez, os interesses que pleitearam pela sua aprovação no Congresso Nacional, os quais, em geral, disseram respeito a entes ou políticas diretamente ligadas à União; Estados e Municípios, apesar de enfrentarem enormes dificuldades nas suas contratações públicas, parecem ter tido mais dificuldade de se fazerem ouvir no Congresso – ou então, de se articularem de modo a fazer demandas organizadas junto ao Poder Legislativo<sup>66</sup>. O fato de as licitações serem majoritariamente disciplinadas por lei federal, ao que tudo indica, tem contribuído para reforçar distorções no sistema de contratações públicas – em especial entre as esferas federativas.

A análise das alterações normativas pontualmente realizadas no regime jurídico das contratações públicas em geral deixa transparecer que se travou uma espécie de “cabo de guerra” no Congresso Nacional. De um lado, havia aqueles que lutaram para alterar o equilíbrio de forças solidificado na redação da Lei de Licitações; do outro, os que buscaram a manutenção do *status quo*.

As empreiteiras emergentes, na condição de maiores beneficiadas pela Lei nº 8.666/93 ocuparam, após sua edição, posição de trincheira: defenderam e, quando possível, ampliaram seus privilégios.

A intenção de marcar posição fica evidente ao se observar os critérios legais de qualificação econômico-financeira. Com a aprovação da Lei nº 8.883/94, alterou-se a Lei de Licitações para reforçar a impossibilidade de o poder público inabilitar empreiteiras de menor porte por meio de altas exigências de qualificação econômico-financeira<sup>67</sup>.

No que tange ao seguro-garantia, consolidou-se, também com a edição da Lei nº 8.883/94, a solução normativa segundo a qual o seguro-garantia seria exigível *apenas a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto*, desde que envolvessem alta complexidade

---

<sup>65</sup> O rol de hipóteses de dispensa de licitação aumentou de 15, em 1993, para 31, em 2012.

<sup>66</sup> Exemplifico por meio da transcrição do art. 24, inciso XIX (inserido na Lei em 1994), que autoriza a contratação direta para “para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto”.

<sup>67</sup> Lei nº 8.666/93, art. 31, § 1º.

técnica e riscos financeiros consideráveis, respeitando-se o *teto de 10% do valor do contrato* – percentual quase irrisório<sup>68</sup>. Nota-se que a decisão tomada foi em sentido contrário a que se chegou a cogitar no processo legislativo da Lei nº 8.666/93 – autorizando o uso desta modalidade de garantia para *obras e serviços de grande, médio e pequeno vulto*, fixado em *percentual mínimo de 15%* do valor do objeto licitado.

Vê-se, assim, que a decisão do Congresso incorporada à Lei impediu que a administração, nas suas contratações, fizesse exigências que fossem prejudiciais aos interesses das empreiteiras de menor porte – em tese, pequenas e médias.

O tema da qualificação técnica-operacional também voltou à tona em 1994. Novamente tentou-se, sem sucesso, estampar na Lei a exigência de os licitantes demonstrarem, por meio de atestados, experiência prévia. A despeito do veto presidencial, interpretou-se que seria possível verificar a capacidade técnica-operacional dos licitantes. A medida prejudicaria as pequenas e médias empreiteiras entrantes no mercado público, em benefício das empreiteiras de maior porte, detentoras de experiência no mercado público.

No entanto, a edição da Lei do Pregão no ano de 2002, prevendo nova modalidade licitatória em paralelo àquelas elencadas pela Lei de Licitações, foi um importante revés às empreiteiras emergentes<sup>69</sup>. Isso porque esse diploma normativo, ao inverter as fases da licitação (determinando primeiramente o julgamento das propostas para a posterior habilitação exclusivamente do vencedor) e ao deixar de prever a imutabilidade das propostas, rompeu com a lógica da Lei nº 8.666/93, instituindo uma disputa efetiva por contratos públicos e aumentando os incentivos para a redução de dispêndios por parte da administração. É verdade que os efeitos do pregão foram mitigados pela edição de um decreto federal impedindo que obras e serviços de engenharia, no âmbito da União, fossem licitados por pregão.

Também é preciso dizer que o pregão enfrentou resistências e desencadeou reações. Uma delas foi a Lei das Micro e Pequenas Empresas que, para este nicho empresarial, reduziu a intensidade da competição nos procedimentos licitatórios na modalidade pregão.

---

<sup>68</sup> Lei nº 8.666/93, art. 56, § 3º.

<sup>69</sup> A Lei nº 10.520/02 previu que para a aquisição de bens e serviços comuns poderia ser adotada a licitação na modalidade do pregão, para a qual se criou um regime jurídico substancialmente distinto daquele aplicável à Lei nº 8.666/93.

As micro e pequenas empresas passaram a ter a prerrogativa de, uma vez terminada a fase dos lances, cobrir a melhor proposta e, assim, vencer o certame.

A Lei das Micro e Pequenas Empresas, ao criar privilégios a esta categoria empresarial, deu início a um interessante fenômeno posteriormente retomado por outro diploma normativo: a modelagem dos procedimentos licitatórios com a finalidade de utilizar o poder de compra do Estado para políticas públicas específicas. Em 2006 utilizou-se das licitações para impulsionar as micro e pequenas empresas; em 2010, com a Lei nº 12.349, fez-se uma grande reforma na Lei nº 8.666/93 de modo a incentivar, via contratações públicas, o desenvolvimento econômico nacional<sup>70</sup>.

A seguir, reunirei outras inovações jurídicas ocorridas fora da Lei nº 8.666/93, todas insurgências ao modelo legal que sustenta a Lei de Licitações – altamente procedimentalizado, rígido e uniforme –, passíveis de serem classificadas como verdadeiras tendências no sistema jurídico das licitações e contratos. São elas: desestatização, flexibilização dos modelos contratuais, flexibilização dos critérios de julgamento, deslegalização e tratamento especial conferido às empresas estatais.

Ao longo dos anos 1990 e 2000, dois fenômenos correram em paralelo. De um lado, a pulverização de regimes contratuais, principalmente com o surgimento das Leis de Concessão (Lei nº 8.987/95), das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04) e do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11). Estes diplomas normativos criaram novos tipos contratuais, cada qual com regras de licitação específicas, menos burocratizados e abrindo maior espaço de discricionariedade para a administração pública (exemplo disso foi o maior valor dado ao critério de julgamento baseado na técnica em se tratando de projetos complexos). Do outro, a elevação de barreiras ao influxo de normas da Lei nº 8.666/93 (como no caso da Lei das Organizações Sociais, às quais não se aplica a Lei de Licitações) ou a criação de normas de licitação aplicáveis a contextos ou tipos contratuais específicos (tais como a Lei Geral de Telecomunicações, que tem regras próprias de contratação para a Agência Nacional de Telecomunicações). Rompeu-se, assim,

---

<sup>70</sup> As características da Lei nº 12.349/10 e dos mecanismos por ela idealizados para a promoção do desenvolvimento nacional foram abordadas por Tatiana Matiello Cymbalista, Marina Fontão Zago e Fernanda Esbizaro Rodrigues em artigo intitulado “O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na lei de licitações”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Editora Forum, Volume nº 35, jul./set. 2011.

com a unidade regulatória da Lei nº 8.666/93, dotando a administração pública de alternativas, mais ou menos abrangentes ou maleáveis, para contratar.

Não haveria exagero algum em afirmar que o modelo legal maximalista mostrou-se inadequado para melhor atingir o interesse público. O sentido das reformas jurídicas aponta para a falência da ideia que prevaleceu quando da edição da vigente Lei de Licitações e Contratos, ou seja, de que as boas contratações seriam aquelas resultantes do cumprimento estrito, por parte da administração, de regras procedimentais minuciosas e rígidas aplicáveis a todos os entes de todas as esferas federativas.

Aos poucos, proliferou, ainda que implicitamente, a ideia de que é importante que a legislação considere o elemento volitivo – da administração e do gestor – como necessário às contratações públicas, ao invés de se simplesmente procurar extirpá-lo dos processos licitatórios na expectativa de que, com isso, se coloque um fim à corrupção.

O curioso é notar que as grandes inovações no direito administrativo contratual surgiram *ao redor* da Lei nº 8.666/93, ou ao menos do que lhe é central: os contratos de obras e serviços de engenharia, nicho em que as médias empreiteiras emergentes foram beneficiadas. Justifico-me.

Diversas das reformas legislativas que se opuseram à Lei Geral de Licitações e Contratos tinham o potencial, ao menos em tese, de modificar significativamente o modelo do regime jurídico das contratações públicas em geral e o equilíbrio de forças que havia se consolidado na Lei nº 8.666/93, mas foram contidas por limites expressos impostos pela própria legislação reformista.

A Lei Geral de Telecomunicações, ao prever para as contratações da ANATEL a modalidade licitatória do pregão<sup>71</sup>, excluiu do seu âmbito de incidência as obras e serviços de engenharia, que permaneceriam reguladas pela Lei Geral de Licitações e Contratos. Já a Lei do Pregão, ao expandir a nova modalidade licitatória a toda a administração pública, não proibiu, via texto de lei, seu uso para a contratação de obras e serviços de engenharia.

---

<sup>71</sup> A modalidade licitatória “pregão” surgiu, pela primeira vez, na Lei Geral de Telecomunicações, restrita às contratações da ANATEL. A Lei do Pregão surgiu anos mais tarde, expandindo a bem sucedida experiência do pregão na ANATEL para toda a administração pública.

A restrição veio do Poder Executivo Federal, pela via regulamentar. Uma vez mais, o mercado privilegiado das médias empreiteiras emergentes manteve-se praticamente intacto.

As demais reformas legislativas, mesmo quando atacaram as obras e serviços de engenharia e estabeleceram novas regras para a adjudicação de contratos – com novos critérios de habilitação, de qualificação e de julgamento –, não atacaram propriamente o núcleo do nicho de mercado das empresas privilegiadas quando da edição da Lei nº 8.666/93. Elas tiveram como foco regular os *grandes projetos* de engenharia – quando digo isso tenho em mente a Lei de Concessões e a Lei de Parcerias Público-Privadas –, aos quais as médias empreiteiras emergentes teriam mais dificuldade de acesso. Trata-se de um mercado que tende às empresas de maior porte<sup>72</sup>. Ou então, disciplinaram setores que trariam poucos impactos sobre médias empreiteiras emergentes – digo isso pensando nas Leis das OSs, OSCIPs e das Fundações de Apoio.

Vê-se, assim, que a proliferação de contratos e de regimes licitatórios na administração pública brasileira ocorreu paralelamente à manutenção da Lei nº 8.666/93 e dos privilégios nela cravados; não se quebrou a espinha dorsal do modelo maximalista da Lei Geral de Licitações e Contratos.

## **5. Conclusão**

Este artigo se propôs a lançar um olhar diferente para o mundo das licitações e contratos; procurou compreender o vigente sistema de contratações públicas para além das suas normas. Noutras palavras, buscou identificar a política pública a ele subjacente, suas características, peculiaridades e objetivos. E, com base no diagnóstico traçado, lançou uma provocação contra-intuitiva: a Lei de Licitações, defendida por aí como o bastião da moralidade administrativa (“se com *essa* lei a coisa vai mal, imagine sem ela...”), é ruim para a gestão pública e trabalha em favor de interesses privados.

---

<sup>72</sup> É certo, no entanto, que a administração, em alguns casos, tem ampla liberdade para optar pela contratação de obras ou pela realização de concessões – casos em que as obras são centrais às concessões. Assim, ao se optar pelo contrato de obra, aplica-se o regime da Lei nº 8.666/93 e, portanto, as regras benéficas às empreiteiras emergentes.

Não se nega que a Lei de Licitações tenha trazido avanços importantes para a gestão pública. Um deles foi ter conseguido incorporar a licitação à cultura administrativa – o que, por si só, não é pouca coisa.

A aposta, contudo, é a de que uma discussão séria sobre reformas legislativas não deva começar por discursos, impressões ou ideias vagas. É preciso olhar para a realidade das normas.

### ***Bibliografia***

CAVALTANTI, Themístocles Brandão, *Tratado de Direito Administrativo*, Livraria Editora Freita Bastos, 3º edição, 1955.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello, ZAGO, Marina Fontão e RODRIGUES, Fernanda Esbizaro, “O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na lei de licitações”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Editora Forum, Volume nº 35, jul./set. 2011.

MOTTA, Alexandre Ribeiro, “*O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*”, dissertação de mestrado defendida no Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, no ano de 2010.

SABEL, Charles, *Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalist Organizations, Learning and Accountability*, in Ewald Engelen & Monika Sie Dhian Ho (Eds.), *De Staat van de Democratic voorbij de Staat*. WRR Verkenning 3 Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004, disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>.

SALINAS, Natasha S. C. Salinas, “Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real”, in MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha S. C. (coordenadores), *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari, “Como reformar licitações?” in *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, nº 54. Belo Horizonte, Forum, março/abril 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo – de acordo com as leis 8.666/93 e 8883/04*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994.