DISCRICIONARIEDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

DISCRETION IN PUBLIC CONTRACTING: AN ANALYSIS OF THE AMENDMENTS TO THE GENERAL LAW ON PROCUREMENT AND CONTRACTS

CONRADO VALENTINI TRISTÃO

Mestrado em Direito na FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela FDUSP. Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público.

RESUMO: A Lei 8.666/93, que trata do regime geral de contratações públicas, já sofreu diversas alterações desde a sua promulgação, sendo que diversas dessas alterações impactaram a discricionariedade administrativa no campo das contratações públicas. O presente trabalho identifica as principais alterações realizadas na Lei 8.666/93 que tenham impactado a discricionariedade da Administração no procedimento de contratação e descreve em que medida tais alterações ampliaram ou reduziram a discricionariedade administrativa nas contratações públicas. Além disso, o trabalho também classifica as alterações conforme tenham sido orientadas pelo eixo da eficiência ou pelo eixo do interesse social. Ao final, demonstra-se que nos últimos anos prevaleceram alterações que ampliaram a discricionariedade administrativa nas contratações públicas e que tais alterações foram orientadas principalmente pelo eixo do interesse social.

PALAVRAS-CHAVES: Contratações públicas; Licitações públicas; Discricionariedade; Lei 8.666/93; Lei Geral de Licitações e Contratos.

ABSTRACT: The Law 8.666/93, which deals with the general system of public contracting, has already undergone several changes since its enactment, and several of these changes have impacted administrative discretion in the field of public contracting. This paper identifies the main changes made to Law 8.666/93 that have impacted the Administration's discretion in the hiring process and describes the extent to which such changes have broadened or reduced administrative discretion in public contracting. In addition, the work also classifies the changes as they have been driven by the efficiency axis or by the social interest axis. In the end, it is shown that in recent year, changes that have increased administrative discretion in public contracting have prevailed, and that these changes have been driven mainly by the social interest axis.

PALAVRAS-CHAVES: Public Contracting; Public procurement; Discretion; Law 8.666/93; General Law on Procurement and Contracts.

I. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no exercício de suas funções, realiza obras e serviços públicos, faz compras e aliena bens. Para a execução de tais atividades o poder público se vale de contratos administrativos, os quais estão sujeitos a um procedimento seletivo prévio: a licitação. As licitações e os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública são regulados, atualmente, em termos de um regime geral, pela Lei 8.666/93 – conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos (LGLC).

Dada a relevância e complexidade da matéria das contratações públicas, a LGLC atravessou profundos embates políticos quando da apreciação de seu projeto de lei. Não é por outro motivo que, desde a sua vigência, diversas leis foram promulgadas tendo-se por escopo a alteração do regime geral de contratações da Administração Pública. De fato, como aponta o relatório final de Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos instalada no senado em 2013, desde 1993 o regime geral de contratações públicas já sofreu inovações por meio de 19 leis, sendo modificado, em média, uma vez por ano.

Dentre as alterações realizadas na Lei 8.666/93, algumas das mais polêmicas tocaram a questão da discricionariedade da Administração nas contratações públicas, tema que desperta especial atenção dos juristas devido às próprias feições imprimidas à LGLC pelo legislador de 1993.

Sundfeld (2013) entende que a LGLC teve por escopo neutralizar o administrador público, intenção fundada na concepção de que a boa contratação seria aquela resultante de procedimento com baixa participação valorativa da Administração. Dessa forma, o legislador teria procurado, com a nova lei, limitar ao máximo a participação do juízo do administrador no tocante às contratações públicas. Nesse mesmo sentido, Rosilho (2013) narra que, com a elaboração da LGLC, radicalizou-se a busca pela eliminação da discricionariedade da Administração para selecionar licitantes e reforçou-se a ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem direcionadas, naturalmente gerariam boas contratações.

Mas não obstante sua grande força quando da edição da LGLC, o ideal da limitação da discricionariedade da Administração logo passou a ser visto como problemático. Como relata Sundfeld (2013), percebeu-se que havia excessos na Lei 8.666/93 relativamente ao ônus, à demora, aos impedimentos e ao custo das contratações. E dessa forma, iniciou-se movimento legislativo em sentido contrário àquele que até então havia prevalecido e, sucedendo a tendência

que buscou a neutralização do administrador, teve origem aquela de afastar, ou mesmo eliminar, a licitação.

A partir da narrativa aqui apresentada, o presente trabalho tem por objetivo analisar as principais alterações realizadas na Lei 8.666/93 que tenham impactado a discricionariedade da Administração nas contratações públicas, o que é feito: (i) por meio da identificação de como cada reforma legislativa impactou a discricionariedade administrativa no âmbito das contratações – aumentando-a ou restringindo-a; e (ii) por meio da classificação das alterações a partir dos eixos de finalidades do procedimento de contratação pública, que compreendem o *eixo da eficiência* e o *eixo do interesse social*.

Por fim, destacamos que o escopo do presente trabalho se origina na crença de que a boa compreensão acerca dos rumos impostos ao regime jurídico geral de contratações públicas é fundamental para entendermos o mercado público moderno, bem como as finalidades do Estado moderno. Ademais, buscamos contribuir por meio da consolidação da literatura sobre os temas da discricionariedade administrativa nas contratações públicas e das finalidades das contratações públicas.

II. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Inicialmente, cabe expormos o que entenderemos por discricionariedade nas contratações públicas no presente trabalho. Nesse sentido, utilizaremos o conceito de discricionariedade nas contratações públicas a partir de três dimensões: (i) discricionariedade na escolha do contratado; (ii) discricionariedade na modelagem do procedimento de contratação; e (iii) discricionariedade para a normatização no âmbito do regime geral de contratações públicas.

(i) Discricionariedade na escolha do contratado: a primeira dimensão de discricionariedade terá incidência apenas no campo das contratações diretas, nas quais a doutrina entende haver uma margem de liberdade para o administrador escolher o contratado (e.g. Mendes e Moreira, 2016; Di Pietro, 2005a). Entendemos que tal margem é limitada, mas de todo modo parece fazer-se presente, de forma que em determinadas circunstâncias o ente administrativo contratante poderia, mediante adequada justificativa, escolher com algum grau

de liberdade dentre os potenciais contratantes – segundo critérios de conveniência e oportunidade.

(ii) Discricionariedade na modelagem do procedimento de contratação: a segunda dimensão de discricionariedade diz respeito à relativa liberdade do gestor de estruturar o procedimento de contratação – seja essa direta ou por meio de licitação. Notadamente tal liberdade é delimitada pela lei, mas existe, como demonstra a doutrina (Moreira e Guimarães, 2014), e permite à Administração a modelagem do procedimento de contratação conforme as exigências do caso concreto.

(iii) Discricionariedade para a normatização no âmbito do regime geral de contratações públicas: por fim, a terceira dimensão de discricionariedade diz respeito à normatização por meio de regulamentos do regime geral de contratações por parte da Administração. Exemplo de tal dimensão é a possibilidade de normatização relativamente às compras públicas sustentáveis após a alteração do art. 3º da Lei 8.666/93 que incluiu tal conceito entre os princípios da contratação pública (Justen Filho, 2014).

III. OS EIXOS DE FINALIDADES DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Menezes de Almeida (2015) demonstra que uma das marcas da doutrina contemporânea é a visão finalístico-valorativa do Direito Administrativo, que consiste na percepção das instituições jurídicas próprias desse ramo do Direito como sendo finalisticamente ligadas à realização de determinados valores.

Tal visão finalístico-valorativa pode ser percebida também com relação às contratações públicas, que têm sido analisadas sob diferentes enfoques, cada qual destacando diferentes finalidades para as contratações: isonomia, eficiência, desenvolvimento nacional, proteção ao meio ambiente etc. E nesse sentido, as diferentes finalidades da contratação pública têm sido invocadas não apenas para análises teóricas, mas também para orientar as reformas no próprio regime geral de contratações públicas, o qual passa a refletir de forma cada vez mais acentuada as diferentes finalidades que o inspiram.

Dessa forma, buscaremos analisar as alterações da Lei 8.666/93 que remetam ao tema da discricionariedade administrativa nas contratações públicas a partir da finalidade orientadora de cada alteração. E para isso, buscaremos conceituar os dois grandes eixos que entendemos

terem orientado as reformas realizadas na LGLC: o *eixo da eficiência* e o *eixo do interesse social*.

III.I. O EIXO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional n°19 de 1998 inseriu, entre os princípios constitucionais da Administração Pública, o princípio da eficiência – o qual passa a constar do rol de princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Medauar (2014) entende que, associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina o dever de a Administração agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Nesse sentido, a eficiência se oporia à lentidão, ao descaso e à negligência por parte da Administração Pública. Justen Filho (2014), por sua vez, conceituando o princípio da eficiência já no âmbito das contratações públicas, cuida da eficiência a partir de uma ótica econômica, entendendo que o princípio se materializaria no dever de o Estado realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Como explicado pelo autor, a economicidade consistiria no resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Dessa forma, uma contratação eficiente - porque economicamente vantajosa – seria aquela na qual o Estado desembolsa o mínimo e obtém o máximo e o melhor.

A partir de tais considerações sobre o princípio da eficiência, adotaremos aqui uma conceituação expandida de eficiência nas contratações pública, a qual será composta pelos seguintes vetores:

a) Competitividade:

Ao abordar a importância do provimento de tratamento isonômico a todos os particulares interessados em disputar um contrato administrativo por meio de licitação, Justen Filho (2014) defende que a ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produzir-se-ia a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que resultaria em contratações mais vantajosas para a Administração. Dessa forma, na visão do autor, afigura-se claro que a adequada satisfação do princípio da eficiência – notadamente no tocante à contratação pública – possui relação direta com o grau de competição entre os licitantes, o que, por sua vez, relaciona-se com a abrangência da disputa licitatória – ou seja, com o número de participantes

da licitação. A partir do exposto entendemos que o vetor competitividade abrange as alterações que tenham por escopo estipular a concorrência no âmbito da contratação pública.

b) Adequação do objeto contratado:

Mendes e Moreira (2016), buscando uma conceituação para expressão "contratação eficiente", demonstram que a eficiência não se traduz necessariamente na contratação do objeto de menor preço no âmbito do certame licitatório, já que nem sempre a "proposta mais vantajosa" se confundirá com a "proposta mais barata". Segundo os autores, a contratação pública eficiente deve ter por base a melhor relação entre a necessidade pública, o benefício pretendido e o preço a ser pago – o que notadamente passa pela adequação do objeto contratado à adequada satisfação da necessidade pública que motivou a contratação. Dessa forma entendemos que o vetor da adequação do objeto contratado abrange todas as alterações que propiciem à Administração instrumentos para realizar as escolhas que satisfaçam suas necessidades.

c) Preservação da finalidade da contratação:

Como explica Sundfeld (1995), por vezes a necessidade que motiva a contratação administrativa não é compatível com os trâmites próprios do procedimento de licitação – pode ser o caso, por exemplo, de não haver tempo hábil para o desenvolvimento do certame licitatório. Nesse sentido, entendemos que o vetor da preservação da finalidade da contratação abrange alterações legislativas que tenha buscado afastar o regime licitatório de situações não compatíveis com suas características – o que teria por escopo justamente preservar a finalidade última da contratação e a satisfação da necessidade da Administração.

d) Preservação do cumprimento do contrato:

Justen Filho (2014) entende que, quando da realização de contratações, a Administração deve se cercar de todas as medidas que assegurem o cumprimento do contrato pelo contratado – e é nesse sentido que a lei impõe, por exemplo, critérios de habilitação técnica aos contratados. E dessa forma, entendemos que o vetor da preservação do cumprimento do contrato abrange todas as alterações que permitam, ou imponham, à Administração a adoção de exigência nas contratações públicas que tenham por finalidade garantir o cumprimento do contrato pelo particular.

III.II. O EIXO DO INTERESSE SOCIAL

Rosilho (2013) conta que no âmbito das alterações realizadas no regime geral de contratações públicas houve uma curiosa guinada, e que as contratações públicas passaram a ser vistas como um instrumento de realização de outros fins que não a satisfação das necessidades imediatas da Administração – tais como a promoção do desenvolvimento nacional. Tal aspecto das contratações é aquilo que alguns autores denominam de "função regulatória" das contratações públicas (Garcia e Ribeiro, 2012), e consiste justamente no uso das contratações públicas para o fomento de determinados comportamento sociais (como a inclusão de grupos sociais vulneráveis) ou para a promoção do desenvolvimento nacional (no âmbito da tecnologia, por exemplo).

A partir de tal conceituação, adotaremos aqui o entendimento de que o eixo do interesse social abrange todas as alterações realizadas no regime geral de contratações que tenham buscado promover outras finalidades no âmbito das contratações que não a contratação eficiente – notando que a promoção dos interesses sociais por meio das contratações públicas destoa dos vetores de eficiência da contratação por nós adotados.

IV. ALTERAÇÕES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

IV.I. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Iniciaremos nossa análise acerca das alterações legislativas à LGLC que tenham implicado em alteração à discricionariedade administrativa no âmbito das contratações públicas pelo tema da dispensa de licitação. A dispensa de licitação está prevista no art. 24 da Lei 8.666/93, e foi um dos dispositivos da LGLC que mais sofreu alterações, sendo que no presente trabalho analisaremos apenas as novas hipóteses de dispensa inseridas no art. 24 – deixando de fora, portanto, as alterações aos dispositivos já existentes.[15]

Antes de passarmos à análise, no entanto, faz-se necessário realizarmos uma ressalva: é comum na doutrina o entendimento de que parte das novas hipóteses de dispensa inseridas no art. 24 consiste, na realidade, em hipóteses de inexigibilidade (Sundfeld, 1995; Justen Filho,

[15] Destacamos que esse também foi o recorte adotado por Rosilho (2013).

2014). E como a distinção nos interessa, devido à função que entendemos ter a inexigibilidade da licitação, trataremos no presente tópico tanto da dispensa como da inexigibilidade, não obstante – frise-se – estarmos analisando inclusões de novas hipóteses apenas no art. 24 (que, notadamente, propõe-se a tratar apenas de casos de dispensa).

IV.II. CONCEITUAÇÃO DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Mendes e Moreira (2016) explicam que o cabimento da licitação depende da presença simultânea de três pressupostos: (i) possibilidade de disputa; (ii) viabilidade de competição; e (iii) inexistência de hipótese legal de dispensa.

A possibilidade de disputa significa a existência de pelo menos dois potenciais agentes econômicos no mercado que forneçam os bens ou serviços desejados pela Administração. A inexistência de dois ou mais agentes impossibilita a realização de licitação, importando em hipótese de inexigibilidade (art. 25, I, da Lei 8.666/93). Mas a satisfação de tal pressuposto não enseja, por si só, o procedimento licitatório, sendo necessário que a competição entre os diferentes agentes seja viável.

A viabilidade de competição, por sua vez, depende de que os bens ou serviços desejados pela Administração sejam passíveis de definição, comparação e julgamento de forma objetiva. Os bens e serviços serão *objetivamente definíveis* quando suas características relevantes para a satisfação da necessidade da Administração que motiva a compra puderem ser descritas em termos que não impliquem em juízo subjetivo. Serão *objetivamente comparáveis* quando, a partir de sua definição objetiva, a Administração puder comparar as propostas apresentadas pelos interessados com a descrição do objeto feita no edital e também entre si. E por fim, serão *objetivamente julgáveis* quando forem passíveis de seleção a partir da incidência impessoal e direta do critério definido pela Administração para a escolha da proposta mais vantajosa. Ausente algum desses requisitos e a licitação também será inexigível.

Uma vez que haja pluralidade de agentes econômicos oferecendo os bens ou serviços desejados pela Administração, e que esses sejam objetivamente definíveis, comparáveis e julgáveis, a licitação se faz cabível, e só não será obrigatória dentro das hipóteses de dispensa previstas no art. 24 da Lei 8.666/93.

IV.III. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Di Pietro (2005a) entende que no âmbito da dispensa e inexigibilidade de licitação a lei teria conferido competência discricionária à Administração em dois sentidos: discricionariedade para realizar ou não a licitação, e discricionariedade na escolha do contratado.

Segundo a autora, a discricionariedade para realizar ou não a licitação existiria nas hipóteses de dispensa, já que nesses casos a lei teria facultado à Administração a contratação direta, sendo a decisão da autoridade quanto à realização ou não do procedimento licitatório pautada em juízo de mérito. Já a discricionariedade na escolha do contratado estaria presente na própria contratação direta, decorrente de dispensa ou de inexigibilidade, sendo que aqui a lei teria conferido à Administração liberdade para, dentre as várias pessoas disponíveis, contratar com aquela que lhe parecer mais adequado segundo critérios de conveniência e oportunidade. Não obstante, Di Pietro ressalta que mesmo nas contratações direitas a Administração precisa obedecer a alguns requisitos legais, tais como a habilitação do contratado e o disposto no art. 26 da Lei 8.666/93 (especialmente a justificativa do preço).

No mesmo sentido, Mendes e Moreira (2016) entendem haver discricionariedade administrativa tanto na contratação por dispensa como por inexigibilidade de licitação, mas que a competência discricionária estaria presente de formas distintas em cada uma dessas situações.

Os autores entendem que nos casos de dispensa a Administração contaria com competência discricionária para decidir pela instalação ou não do procedimento licitatório e, quando optar pela contratação direta, para escolher o contratado – restando tal escolha vinculada aos preços usualmente praticados no respectivo mercado. Já nos casos de inexigibilidade, a Administração estaria vinculada à contratação direta, e contaria com competência discricionária para escolher o contratado e também para definir o preço – notadamente nas situações que não envolvam unicidade de fornecedor. Não obstante, alertam os autores que, como no exercício de qualquer competência discricionária, aqui também a Administração está obrigada a motivar seus atos e a obedecer à moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Justen Filho (2014) também reconhece que a Administração contaria com competência discricionária no âmbito da dispensa e inexigibilidade de licitação, entendendo que a contratação direta estaria vinculada aos pressupostos legais, mas que não haveria vinculação quanto ao objeto do contrato.

Para o autor, nos casos de dispensa, além de contar com liberdade para decidir por realizar ou não a licitação, a Administração também possuiria competência discricionária para escolher o contratante segundo uma avaliação de conveniência e oportunidade, notadamente quando ocorrer situação em que exista uma pluralidade de potenciais fornecedores em situação equivalente. Nos casos de inexigibilidade, por sua vez, a Administração contaria com competência discricionária ainda mais ampla para escolher o contratante, possuindo autonomia para decidir qual particular contratar com base na avaliação das necessidades públicas, das características da prestação e do particular – novamente, nas situações que não envolvam monopólio. Por fim, Justen Filho também enfatiza a necessidade de obediência à exigência de habilitação do contratado e de razoabilidade do preço por parte da Administração.

Diante do exposto, adotaremos aqui o entendimento de que todas as novas hipóteses inseridas no art. 24 da Lei 8.666/93, sejam elas verdadeiras hipóteses de dispensa ou hipóteses de inexigibilidade, e que não envolvam situações de unicidade de fornecedor, ampliaram a discricionariedade administrativa nas contratações públicas.

IV.IV. CLASSIFICAÇÃO DAS NOVAS HIPÓTESES INSERIDAS NO ART. 24 A PARTIR DOS EIXOS DE FINALIDADES DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A partir da nossa conceituação dos dois grandes eixos de finalidades do procedimento de contratação pública que orientaram as reformas legislativas realizadas no regime geral de compras públicas aqui estudadas – *eixo da eficiência* e *eixo do interesse social* –, buscaremos agora identificar como cada um desses eixos se fez presente especificamente nas alterações realizadas no âmbito das novas hipóteses inseridas no art. 24 da Lei 8.666/93.

Antes de passarmos à análise de cada nova hipótese inserida no art. 24, no entanto, traremos, a seguir, algumas considerações gerais sobre dispensa e inexigibilidade de licitação e as finalidades da contratação pública.

IV.IV.I. INEXIGIBILIDADE E AS FINALIDADES DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Mendes e Moreira (2016) entendem que a inexigibilidade tem por função viabilizar contratações públicas eficientes nos casos em que o procedimento licitatório seja inadequado devido à natureza singular dos bens ou serviços desejados pela Administração.

Os autores entendem que a licitação tem como um de seus pressupostos a viabilidade de competição, a qual depende de que os bens ou serviços desejados pela Administração possam ser definidos, comparados e julgados de forma objetiva. Como os bens e serviços singulares não são passíveis de tal tratamento, Mendes e Moreira acreditam que a licitação não seja um meio eficiente para sua contratação. Nesses casos, a obtenção da melhor relação entre a necessidade pública, o benefício pretendido e o preço a ser pago dependerá de uma análise subjetiva por parte da Administração, o que é viabilizado justamente pelo mecanismo da inexigibilidade de licitação.

A partir da constatação de que a inexigibilidade tem por finalidade conferir eficiência às contratações públicas de bens ou serviços singulares, adotaremos aqui o entendimento de que todas as novas hipóteses de dispensa inseridas no art. 24 da Lei 8.666/93 que possam ser identificadas como verdadeiras hipóteses de inexigibilidade teriam sido orientadas pelo *eixo da eficiência*.

IV.IV.II. DISPENSA E AS FINALIDADES DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Sundfeld (1995) demonstra que cada hipótese de dispensa prevista na Lei 8.666/93 tem por trás uma finalidade de interesse público a ensejá-la, tal como a economicidade da contratação pública ou o auxílio a entidades socialmente relevantes. E especificamente com relação às alterações realizadas no art. 24 da Lei 8.666/93, Rosilho (2013) entende que a maioria das novas hipóteses de dispensa foi adotada com o objetivo de beneficiar entes específicos da Administração ou favorecer determinadas políticas públicas.

Tais constatações doutrinárias evidenciam que a dispensa pode se prestar a diferentes finalidades, diferindo-se nesse ponto da inexigibilidade – a qual, no nosso entendimento, teria por finalidade exclusivamente prover eficiência à contratação pública. Dessa forma, no presente tópico analisaremos as alterações legislativas realizadas no art. 24 da Lei 8.666/93 buscando identificar qual dos eixos de finalidades da contratação pública orientou cada uma dessas alterações – o *eixo da eficiência* ou o *eixo do interesse público*.

IV.V. ANÁLISE DAS NOVAS HIPÓTESES INSERIDAS NO ART. 24

Na presente seção analisaremos as novas hipóteses de dispensa acrescidas ao art. 24 da Lei 8.666/93. Para tanto, buscaremos aglutinar as hipóteses semelhantes.

IV.V.I. HIPÓTESES ENVOLVENDO AS FORÇAS ARMADAS

> **[Acréscimos feitos pela Lei 8.884/94]**
>
> XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;
>
> XIX – 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;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 11.783/08]**
>
> XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

Os incisos XVIII, XIX e XXIX do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 8.884/94 e 11.783/08, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa relativas a contratações por parte das Forças Armadas do Brasil.

Rosilho (2013) explica que o acréscimo de tais hipóteses decorreu de pleitos das Forças Armadas pela inserção no art. 24 de situações supostamente incompatíveis com o tempo que os procedimentos licitatórios normalmente levariam para serem concluídos. Nesse sentido, Sundfeld (1995) aponta que a razão de ser do inciso XVIII é a insuficiência de tempo para a realização de licitação, e Justen Filho (2014) esclarece que o inciso XXIX tem por objetivo afastar as dificuldades práticas que as formalidades próprias da licitação acarretariam. Por fim, com relação ao inciso XIX, tanto Sundfeld (1995) quanto Justen Filho (2014) entendem tratar-se, na realidade, de caso de inexigibilidade de licitação, notadamente em vista da questão da unicidade de fornecedor.

A partir de tais apontamentos doutrinários entendemos que a inclusão dos incisos XVIII, XIX e XXIX no art. 24 teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque os incisos XVIII

e XXIX teriam por objetivo preservar a finalidade da compra pública em vista da demora e dificuldades que o procedimento licitatório poderia acarretar, ou seja, relacionam-se com a *preservação da finalidade da contratação*. Enquanto que o inciso XIX, por sua vez, consistiria em hipótese de inexigibilidade, e como já explicado anteriormente, adotamos aqui o entendimento de que a inexigibilidade tem por função garantir a *adequação do objeto contratado* – no caso, viabilizando a contratação do material que melhor satisfaça às necessidades das Forças Armadas.

IV.V.II. HIPÓTESES ENVOLVENDO ATIVIDADES DE ENSINO E PESQUISA

> **[Acréscimo feito pela Lei 9.648/98]**
>
> XXI – para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 10.973/04]**
>
> XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 11.484/07]**
>
> XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 12.349/10]**
>
> XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Os incisos XXI, XXV, XXVIII e XXXI do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 9.648/98, 10.973/04, 11.484/07 e 12.349/10, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa ligadas a atividades de ensino e pesquisa.

Justen Filho (2014) entende que o inciso XXI consiste, na realidade, em hipótese de inexigibilidade, devido ao caráter singular de que se reveste o produto destinado à pesquisa e desenvolvimento. Nesse sentido, o autor entende que a licitação seria inadequada para a aquisição do produto em questão devido à própria finalidade experimental da contratação, de modo que faltariam critérios objetivos para a comparação dos diversos produtos disponíveis no mercado. Fernandes (2009) explica que o inciso XXV foi acrescido ao art. 24 com o objetivo de promover o incentivo à inovação e à pesquisa, e que o inciso XXVIII tem por escopo incentivar a pesquisa, a inovação e a produção tecnológica associada à defesa nacional no Brasil. Em sentido semelhante, Rosilho (2013) entende que tanto o inciso XXV quanto o inciso XXXI têm por fundamento uma política pública de incentivo à inovação tecnológica, a ser concretizada por meio da contratação de instituições científicas e tecnológicas.

Dessa forma, entendemos que a inclusão dos incisos XXV, XXVIII e XXXI no art. 24 teria sido orientada pelo *eixo do interesse social*, enquanto que a inclusão do inciso XXI teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque os incisos XXV, XXVIII e XXXI teriam por finalidade promover a inovação tecnológica, o que entendemos afastar-se da finalidade de eficiência da contratação pública e enquadrar-se nas demais finalidades da contratação. Enquanto o inciso XXI consistiria em hipótese de inexigibilidade, a qual entendemos ter por função assegurar a *adequação do objeto da contratação* – no caso, permitindo que o produto adquirido para pesquisa e desenvolvimento seja aquele que melhor satisfaça às necessidades do ente contratante.

IV.V.III. HIPÓTESES ENVOLVENDO UNICIDADE DE FORNECEDOR

> **[Acréscimo feito pela Lei 8.883/94]**
>
> XVII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 9.648/98]**
>
> XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.

Os incisos XVII e XXII do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 8.883/94 e 9.648/98, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa atinentes a casos de unicidade de fornecedor.

Justen Filho (2014) explica que o inciso XVII consiste em mais um dispositivo do art. 24 que cuida, na realidade, de hipótese de inexigibilidade. Isso porque, em vista de haver apenas um único fornecedor que se encontra em condições de atender às necessidades da Administração, não é possível a competição. E Moreira e Guimarães (2015) explicam que o inciso XXII tem por função permitir a contratação dos serviços de fornecimento de energia elétrica e gás nas situações em que o serviço só possa ser prestado por um único fornecedor. Embora os autores não abordem a questão, adotaremos aqui o entendimento de que o inciso XXII também consiste, na realidade, em hipótese de inexigibilidade devido à unicidade de fornecedor (e consequente impossibilidade de competição).

Diante destes apontamentos doutrinários entendemos que a inclusão dos incisos XVII e XXII no art. 23 teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque ambos os incisos consistiriam em hipótese de inexigibilidade, a qual entendemos ter por função justamente assegurar a *adequação do objeto da contratação* – nos presentes casos permitindo a contratação mesmo diante da situação de unicidade de fornecedor.[16]

IV.V.IV. HIPÓTESES ENVOLVENDO GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS

> **[Acréscimo feito pela Lei 8.883/94]**
>
> XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 11.445/07]**
>
> XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público

[16] Apenas lembramos aqui que, por consistirem em casos de unicidade de fornecedor, entendemos que a inclusão dos incisos XVII e XXII não importaram em ampliação da discricionariedade administrativa nas contratações públicas.

como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

Os incisos XX e XXVII do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 8.883/94 e 11.445/07, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa envolvendo grupos sociais tidos como vulneráveis.

Sundfeld (1995) esclarece que o inciso XX do art. 24 tem por objetivo auxiliar, com recursos estatais, o desenvolvimento de entidades cuja existência é reputada pela lei como socialmente importante. Fernandes (2009) explica que o inciso XVII destina-se ao incentivo e apoio às associações e cooperativas formadas por catadores de materiais recicláveis de baixa renda, com vista à inclusão econômica e social desse grupo. E Justen Filho (2014), no mesmo sentido, entende que o inciso XX presta-se à "função social do contrato administrativo" de incentivar entidades privadas cuja atuação relacione-se com o bem comum, enquanto que o inciso XXVII tem por objetivo tanto a elevação da condição de vida dos catadores de matérias recicláveis de baixa renda quanto o incentivo à atividade de reciclagem.

A partir de tais apontamentos doutrinários entendemos que a inclusão dos incisos XX e XXVII ao art. 24 teria sido orientada pelo *eixo do interesse social*. Isso porque ambas as hipóteses de dispensa teriam por objetivo tornar as compras públicas um instrumento de promoção de outros valores sociais pela Administração que não a obtenção do melhor produto pelo menor preço – no caso, promovendo a inclusão social e econômica de grupos sociais vulneráveis.

IV.V.V. HIPÓTESES ENVOLVENDO CONTRATAÇÕES ENTRE ENTES DA ADMINISTRAÇÃO

[Acréscimo feito pela Lei 8.883/94]

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

[Acréscimo feito pela Lei 9.648/98]

> XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 11.107/05]**
>
> XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 13.204/15]**
>
> XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Os incisos XVI, XXIII, XXVI e XXXIV do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 8.883/94, 9.648/98, 11.107/05 e 13.204/15, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa envolvendo contratações entre entes pertencentes à Administração.

Justen Filho (2014) entende que os incisos XVI e XXIII do art. 24 não representam verdadeiros casos de dispensa, uma vez que os dispositivos apenas explicitariam situações nas quais a Administração não está obrigada a licitar devido à ausência de relação jurídica com terceiros (art. 2º da Lei 8.666/93) – notadamente pelo fato de tais incisos cuidarem de contratações envolvendo exclusivamente entes da própria Administração. Segundo o autor, as contratações entre entidades administrativas autônomas interligadas não se sujeitam à licitação devido à própria autonomia organizacional da Administração, que pode distribuir suas atividades entre seus entes sem que com isso dê ensejo à obrigação de licitar.

Em sentido semelhante, Sundfeld (1995) e Sundfeld, Souza e Pinto (2013) entendem que os incisos XVI e XXIII consistem, na realidade, em casos de "inexigibilidade pela especificidade da operação". De acordo com os autores, a lei teria afastado a licitação nesses casos por reconhecer a incompatibilidade do procedimento licitatório com o gênero da operação ou com a situação em que a operação é realizada: no caso do inciso XVI, a contratação direta

seria consequência do processo legítimo de descentralização da Administração, e no caso do inciso XXIII, justificar-se-ia pelo fato de a empresa estatal não estar fazendo negócios com uma terceira estranha quando contratar suas "subsidiárias" ou "controladas".

Com relação ao inciso XXVI, Fernandes (2009) explica que tal hipótese de dispensa foi inserida no art. 24 justamente para viabilizar a contratação dos serviços prestados pelos consórcios, uma vez que a obrigatoriedade de licitar representaria óbice a tal operação. E Ferraz (2007), por sua vez, esclarece que o inciso XXVI tem por fundamento o entendimento de que a licitação não é necessária quando se está diante de exploração direta do serviço público pelo Poder Público, qualquer que seja a esfera da federação – diferentemente de quando tal exploração é realizada pelo particular, hipótese em que a licitação é necessária.

Por fim, entendemos que as reflexões de Justen Filho (2014), Sundfeld (1995) e Sundfeld, Souza e Pinto (2013) sobre os incisos XVI e XXIII do art. 24 aplicam-se integralmente ao inciso XXXIV, dadas as semelhanças das operações descritas.

Diante do exposto, entendemos que os incisos XVI, XXIII, XXVI e XXXIV teriam sido incluídos no art. 24 com o objetivo de se viabilizar a liberdade de organização por parte da Administração. Nesse sentido, os incisos XVI, XXIII e XXXIV viabilizariam a liberdade de organização ao permitir que a Administração atue mediante entidades autônomas sem que tais entidades se vejam obrigadas a licitar para contratar umas com as outras. E o inciso XXVI viabilizaria a liberdade de organização ao possibilitar a própria implementação da prestação de serviços de forma associada. Dessa forma, entendemos que tais incisos não podem ser analisados sob a ótica das funções do procedimento de contratação pública, uma vez que o objetivo de se afastar a licitação seria informado não pelo *eixo da eficiência* ou pelo *eixo do interesse social*, mas pela lógica de se assegurar liberdade de organização à Administração.

IV.V.VI. HIPÓTESES ENVOLVENDO PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS

> **[Acréscimo feito pela Lei 9.648/98]**
>
> XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 12.188/10]**

> XXX – na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.
>
> **[Acréscimo feito pela Lei 12.715/12]**
>
> XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.

Os incisos XXIV, XXX e XXXII do art. 24, acrescidos à Lei 8.666/93 pelas Leis 9.648/98, 12.1888/10 e 12.715/12, têm em comum o fato de consistirem em hipóteses de dispensa que se relacionam com programas governamentais, quais sejam o programa de desestatização dos serviços prestados pelo Estado, o programa de assistência à agricultura familiar e aos beneficiários de medidas da reforma agrária e o programa de absorção de tecnologia, respectivamente.

Sundfeld e Souza (2013) entendem que o inciso XXIV do art. 24, assim como os demais casos de dispensa previstos na Lei 8.666/93 envolvendo entidades do terceiro setor, representa legítima política de Estado a privilegiar a contratação de organizações que encarnem valores públicos. No mesmo sentido, mas abordando o tema de forma mais ampla, Ferraz (2009) entende que as hipóteses de contratação direta de entidades do terceiro setor tem por objetivo induzir a criação de tais entidades pelos particulares. E com relação ao inciso XXX, Justen Filho (2014) presume que a hipótese tenha sido acrescida ao art. 24 a partir da suposição de que uma licitação formal acarretaria problemas e dificuldades para a realização das contratações previstas no dispositivo. Por fim, Justen Filho (2014) explica que o inciso XXXII foi adotado porque a escolha da tecnologia a ser transferida depende de circunstâncias relevantes que não possibilitam uma avaliação puramente objetiva, de modo que o procedimento licitatório tornaria a operação problemática.

Dessa forma, entendemos que a inclusão do inciso XXIV ao art. 24 teria sido orientada pelo *eixo do interesse social*, enquanto que a inclusão dos incisos XXX e XXXII teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque o inciso XXIV teria por objetivo incentivar a criação e desenvolvimento das Organizações Sociais, o que se enquadra nas demais funções do procedimento de contratação pública que não a promoção de eficiência. O inciso XXX teria por

escopo viabilizar a própria obtenção do objeto da contratação em questão, em vista das dificuldades que a realização de licitação poderia impor, o que se relaciona com a *preservação da finalidade da contratação*. E o inciso XXXII, por sua vez, aproximar-se-ia da hipótese de inexigibilidade por singularidade do objeto, a qual entendemos promover a eficiência da contratação pública – no caso permitindo que a Administração escolha a tecnologia a ser transferida que mais se adeque às suas necessidades e interesses.

IV.VI. A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Medauar (2014) explica que a qualificação econômico-financeira diz respeito às condições do licitante de suportar as despesas necessárias ao cumprimento do contrato, uma vez que os pagamentos efetuados pela Administração ocorrem apenas depois da execução parcial ou total do objeto do contrato. O art. 31 da Lei 8.666/93 estabelece quais documentos podem ser exigidos do licitante pela Administração para a demonstração de sua qualificação econômico financeira, dentre os quais documentos relativos ao balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social do licitante. O art. 31 teve sua redação alterada pela Lei 8.83/94.

> **[Redação original da Lei 8.666/93]**
>
> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> (...)
>
> § 1º. A exigência de indicadores limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato.
>
> (...)
>
> § 5º. A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao processo licitatório.
>
> **[Redação dada pela Lei 8.883/94]**
>
> § 1º. A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade
>
> (...)

> § 5º. A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

IV.VI.I. DISCRICIONARIEDADE NAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Sundfeld (1995) explica que o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis previstos no inciso I do art. 31 têm por objetivo comprovar a boa situação financeira da empresa licitante, o que é feito de forma objetiva por meio do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados nos altos da licitação. No entanto, como esclarece Justen Filho (2014), a lei não determina e nem especifica quais os índices a serem adotados, remetendo de maneira genérica aos elementos fornecidos pela ciência da contabilidade. E como demonstram Moreira e Guimarães (2015), a contabilidade dispõe de diversos índices para a aferição da situação econômico-financeira de uma empresa (índices de giro dos ativos, de alavancagem financeira, de liquidez etc.).

A partir de tais apontamentos entendemos que a lei atribuiu competência discricionária à Administração de escolher quais índices relativos a balanços patrimoniais e demonstrações contábeis utilizar para aferir a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Tal entendimento coaduna-se com a reflexão de Justen Filho (2014) de que a qualificação econômico-financeira somente pode ser apurada em função das necessidades concretas da Administração em cada caso, e também com a observação de Di Pietro (2005b) de que a documentação exigida para aferição da qualificação econômico-financeira dos licitantes deve estar de acordo com o tipo de contrato que se deve celebrar. E nesse sentido parece ficar claro que o art. 31 atribuiu à Administração a competência discricionária de escolher quais índices utilizar para aferir a qualificação econômico financeira dos licitantes justamente para que o administrador possa optar pelos índices mais adequados ao caso concreto.

O próprio art. 31 já trazia em sua redação original uma limitação genérica à discricionariedade da Administração na escolha de índices, prevendo que a exigência de indicadores limitar-se-ia à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que teria que assumir caso lhe fosse adjudicado o contrato. E com o advento da Lei 8.883/94 tal margem de discricionariedade foi ainda mais reduzida, por meio das alterações

aos parágrafos 1º e 5º do art. 31. Com essas alterações passou a ser vedado à Administração a exigência para a qualificação econômico-financeira dos licitantes de valores mínimos de faturamento anterior e índices de rentabilidade ou lucratividade (parágrafo 1º), bem como de índices e valores não usualmente adotados no mercado (parágrafo 5º).

Dessa forma, entendemos que a Lei 8.883/94 reduziu a discricionariedade atribuída à Administração pelo art. 31 no tocante aos índices e valores que o administrador poderá exigir dos licitantes para a aferição da qualificação econômico financeira.

IV.VI.II. ALTERAÇÕES À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA E AS FINALIDADES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Rosilho (2013) conta que o objetivo do legislador ao alterar o art. 31 por meio da Lei 8.883/94 foi impedir que a Administração estabeleça parâmetros mínimos para auferir o desempenho anterior dos potenciais contratados. Segundo o autor, a motivação do legislador para realizar tal alteração na Lei 8.666/93 seria a de modelar os requisitos de qualificação econômico-financeira de modo a não obstruir, antecipadamente, o acesso das pequenas e médias empresas ao mercado público. Em sentido semelhante, Justen Filho (2014) e Moreira e Guimarães (2015) entendem que os novos limites impostos à Administração quanto à exigência de índices para a qualificação econômico-financeira dos licitantes coadunam-se com o objetivo de se impedir que a Administração adote exigências que mitiguem o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Dessa forma, entendemos que a alteração dos parágrafos 1º e 5º do art. 31 teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque tais alterações teriam por objetivo preservar o caráter competitivo das licitações, relacionando-se, assim, com o vetor da *competitividade*.

IV.VII. O PARCELAMENTO DE OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS

O parcelamento de obras, serviços e compras consiste na divisão da contratação em vários lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Como explica Justen Filho (2014), o parcelamento tem por objetivo originar licitações de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica, o que ocasiona o aumento do número de pessoas em condições de disputar as contratações e a consequente redução de preços ofertados.

O parcelamento de obras e serviços era regulado, na redação original da Lei 8.666/93, pelo parágrafo 1º do art. 8º, o qual foi suprimido pela Lei 8.883/94. O parcelamento de compras, por sua vez, é regulado pelo inciso IV do art. 15, o qual permanece com sua redação original. Atualmente tanto o parcelamento de obras e serviços quanto o parcelamento de compras são regulados pelo parágrafo 1º do art. 23, com redação conferida pela Lei 8.883/94.

[Redação original da Lei 8.666/93]

Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

§ 1º As obras, serviços e fornecimentos serão divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, a critério e por conveniência da Administração, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

[Redação dada pela Lei 8.883/94]

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

IV.VII.I. PARCELAMENTO DE OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS E DISCRICIONARIEDADE

A redação original do parágrafo 1º do art. 8º, que cuidava do parcelamento de obras e serviços, dispunha que "as obras, serviços e fornecimentos serão divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, a critério e por conveniência da Administração". Dessa forma, entendemos que o dispositivo concedia certa margem de discricionariedade à Administração no tocante ao parcelamento das obras e serviços, já que a divisão em tais contratações ocorreria "a critério e por conveniência da Administração".

Com a alteração da Lei 8.666/93 pela Lei 8.883/94 o parágrafo 1º do art. 8º foi suprimido, e a regra relativa ao parcelamento de obras e serviços foi inserida no parágrafo 1º do art. 23, o qual passou a contar com a mesma redação que tinha o parágrafo 1º do art. 8º, porém com a supressão da expressão "a critério e por conveniência da Administração". Di Pietro (2005) explica que com a omissão de tal expressão a lei passou a determinar que as obras, compras e serviços sejam divididas em "tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis". Dessa forma, entendemos que a Lei 8.884/93 reduziu a discricionariedade da Administração no tocante ao parcelamento em contratações de obras e serviços.

Com relação ao parcelamento de compras, o inciso IV do art. 15 já previa que as compras deveriam "ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado", de modo que a Lei 8.883/94 parece não ter alterado a discricionariedade da Administração especificamente nessa questão.

IV.VII.II. ALTERAÇÕES NO PARCELAMENTO DE OBRAS E SERVIÇOS E AS FINALIDADES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Justen Filho (2014) explica que a obrigatoriedade do fracionamento das contratações imposta pelo parágrafo 1º do art. 23 retrata a vontade do legislador de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. Isso porque a competição reduziria os preços e, consequentemente, a redução dos gastos da Administração em suas contratações. No mesmo sentido, Moreira e Guimarães (2015) entendem que o objetivo da regra que torna o parcelamento das contratações obrigatório é a ampliação da competitividade nas contratações administrativas, de forma a se produzir um maior benefício econômico para a Administração e valorizar-se a eficiência administrativa.

Dessa forma, entendemos que a supressão do parágrafo 1º do art. 8º e a inclusão do parágrafo 1º no art. 23 teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque tais alterações teriam por escopo ampliar a competitividade nas contratações públicas, de forma a reduzir os gastos da Administração, o que se relaciona com o vetor da *competitividade*.

IV.VIII. A MARGEM DE PREFERÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES

A margem de preferência nas contratações públicas consiste no tratamento preferencial dispensado a indivíduos que satisfaçam determinados requisitos definidos em lei. Como explica Justen Filho (2014), a margem de preferência assegura a vitória no certame licitatório da melhor proposta, feita por licitante que satisfaça os requisitos legais, que se encontre na margem de preferência calculada sobre o valor da melhor oferta de produto que não preencha os requisitos para tratamento preferencial.

A margem de preferência nas licitações é tratada pelos parágrafos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10 do art. 3º da Lei 8.666/93, os quais foram inseridos pela Lei 12.349/10. O parágrafo 5º foi posteriormente modificado pela Lei 13.146/15.

[Acréscimos feitos pela Lei 12.349/10]

Art. 3º. Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º. A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º. Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º. As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 9º. As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

[Redação dada pela Lei 13.146/15]

§ 5º. Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

IV.VII.I. DISCRICIONARIEDADE NA ADOÇÃO E DETERMINAÇÃO DA MARGEM DE PREFERÊNCIA

A alteração do art. 3º pela Lei 12.349/10 conferiu à Administração a faculdade de adotar margem de preferência nas contratações públicas (parágrafo 5º), atribuindo ao Poder Executivo federal a competência para definir o porcentual exato de preferência para cada tipo de serviço ou produto – fixando apenas um limite máximo para tal margem (parágrafo 8º). Dessa forma, entendemos que a Lei 12.349/10 atribuiu a competência discricionária à Administração de decidir tanto pela adoção ou não de margem de preferência em suas contratações, como para determinar a margem exata garantida para cada tipo de serviço ou produto.[17] Nesse sentido, a lei teria fixado apenas os requisitos para que os indivíduos pudessem usufruir da vantagem, os quais consistiam: (i) na nacionalidade brasileira dos bens e serviços favorecidos; (ii) no atendimento às normas técnicas brasileiras; e, para o desfrute de uma preferência adicional, (iii) na relação do bem ou serviço com atividades de inovação tecnológica desenvolvidas no Brasil.

Com a alteração do parágrafo 5º do art. 3º a Lei 13.146/15 possibilitou à Administração, ainda, a adoção de margem de preferência em favor de bens e serviços produzidos ou prestados

[17] O Decreto 7.546/11, que regulamenta a adoção da margem de preferência pela Administração, dispõe em seu art. 3º que "[n]as licitações no âmbito da administração pública federal será assegurada, na forma prevista em regulamentos específicos, margem de preferência, nos termos previstos neste Decreto (...)", o que entendemos ter retirado a discricionariedade do ente contratante para decidir pela adoção ou não de margem de preferência em cada caso concreto (cf. ROSILHO e BRAGA, 2016). Não obstante, notamos que tal limitação foi fruto da própria discricionariedade da Administração para regular o tema, o que parece confirmar o entendimento de que o parágrafo 5º do art. 3º da Lei 8.666/93 teria conferido competência discricionária à Administração.

por empresas que: (i) comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social; e que (ii) atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.[18] E portanto entendemos que a alteração do parágrafo 5º pela Lei 13.146/15 ampliou a discricionariedade da Administração no tocante à adoção de margem de preferência em suas contratações.

IV.VII.II. A ADOÇÃO DE MARGEM DE PREFERÊNCIA E AS FINALIDADES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Rosilho (2013) explica que a inclusão da possibilidade de adoção da margem de preferência pela Administração por meio da Lei 12.349/10 foi informada pelo objetivo de utilização do poder de compra estatal para incentivar o desenvolvimento nacional. Nesse sentido, entende o autor que tal alteração teria ocorrido a partir da nova concepção de que os mecanismos de contratação pública deveriam ser utilizados para outros fins que não apenas o de satisfazer as necessidades mediatas ou imediatas da Administração. E entendemos que a alteração do parágrafo 5º pela Lei 13.146/15, ao ampliar a possibilidade de adoção de margem de preferência, teria sido orientada pelos mesmos objetivos.

Dessa forma, entendemos que tanto a inclusão dos parágrafos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10 ao art. 3º da Lei 8.666/93 pela Lei 12.349/10, quanto a alteração do parágrafo 5º pela Lei 13.146/15, teriam sido orientadas pelo *eixo do interesse social*. Isso porque tais alterações tiveram por objetivo incentivar o desenvolvimento da economia nacional e a inclusão de pessoa portadoras de deficiência, o que notadamente destoa da promoção de eficiência nas contratações públicas.

IV.IX. MODALIDADES E LIMITE DA GARANTIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A exigência de garantia do contratado pelo cumprimento do contrato administrativo consiste em faculdade da Administração, sendo que, caso a Administração opte por exigir garantia por parte do contratado, tal deve constar já no edital. Como explica Justen Filho (2014), a garantia pelo cumprimento do contrato administrativo representa um instrumento adicional

[18] Tanto a reserva de cargos quanto as regras de acessibilidade estão previstas na Lei 13.146/15, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

da Administração, conjuntamente com os requisitos de habilitação, para prevenir os riscos de insucesso da contratação. O tema da garantia importa ao procedimento licitatório porque a exigência de garantia pela Administração pode comprometer a participação na licitação de potenciais interessados na contratação que não tenham condições financeiras de garantir o cumprimento do contrato, o que acaba por mitigar a competitividade no procedimento, aumentando os preços das propostas.

A disciplina das modalidades de garantia e o limite dos valores exigíveis pela Administração como garantia estão previstos, respectivamente, nos parágrafos 1º e 3º do art. 56 da Lei 8.666/93, os quais foram modificados pela Lei 8.883/94.

[Redação original da Lei 8.666/93]

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º São modalidades de garantia:
I - caução em dinheiro, em títulos de dívida pública ou fidejussória;
II - (VETADO);
III - fiança bancária.

§ 2º As garantias a que se referem os incisos I e III do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§ 3º (VETADO).

[Redação dada pela Lei 8.883/94]

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1 Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:
I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;[19]
II - seguro-garantia;
III - fiança bancária.

[19] A redação do inciso II do parágrafo 1º do art. 56 foi posteriormente alterada pela Lei 11.079/2004, no entanto a alteração não tem implicações para o presente estudo. A redação atual do dispositivo é: "caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda".

> § 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.
>
> § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

IV.IX.I. DISCRICIONARIEDADE NA DETERMINAÇÃO DA MODALIDADE E DO VALOR DA GARANTIA

O caput do art. 56, que permanece com sua redação original até os dias de hoje, confere à Administração a competência discricionária de exigir ou não garantia pelo cumprimento do contrato administrativo. Além disso, a redação original do parágrafo 1º do art. 56 conferia à Administração a competência discricionária para decidir, também, qual modalidade de garantia exigir do contratado, sendo possível a exigência de caução ou de fiança bancária. E nesse sentido tal regra parece refletir, inclusive, o entendimento de parte dos congressistas à época da edição da Lei 8.666/93, que segundo Rosilho (2013) era o de que a Administração deveria ter a prerrogativa de optar pela modalidade de garantia que melhor se compatibilizasse com o objeto do contrato.

No entanto, com a alteração da Lei 8.666/93 pela Lei 8.883/94 o parágrafo 1º do art. 56 passou a dispor que caberá ao contratado optar por uma das três modalidades de garantia previstas nos incisos seguintes, o que retirou a competência da Administração para escolher qual modalidade de garantia exigir. E dessa forma, entendemos que a alteração realizada pela Lei 8.883/94 no parágrafo 1º do art. 56 implicou em redução da discricionariedade da Administração.

Com relação à determinação do valor exigido como garantia, Ramos (2005) demonstra que a Administração conta com competência discricionária para, dentro do limite imposto pela lei, decidir qual valor exigir. A redação original do parágrafo 2º do art. 56 previa que a Administração poderia exigir garantia equivalente a até 5% do valor do contrato. Com a alteração realizada por meio da Lei 8.883/94 a regra do limite de 5% do valor do contrato foi mantido, mas o parágrafo 3º passou a dispor que para obras, serviços e fornecimentos de grande

vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis o limite poderia ser ampliado para 10%.

Dessa forma, entendemos que a nova redação conferida ao parágrafo 3º pela Lei 8.883/94 ampliou a margem de discricionariedade da Administração. Isso porque, em face das circunstâncias descritas no parágrafo 3º, a Administração poderá determinar o valor da garantia dentro de um limite mais amplo do que aquele estipulado pela redação original da Lei 8.666/93.

IV.IX.II. ALTERAÇÕES NA ESCOLHA DA MODALIDADE DE GARANTIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E AS FINALIDADES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Justen Filho (2014) explica que a lei atribui ao contratado a escolha da modalidade de garantia como parte de uma solução de compromisso para minorar os malefícios advindos da exigência de garantia pela Administração. Isso porque o contratante poderá decidir dentre as opções de garantia elencadas em lei a partir de suas próprias conveniências, o que tende a diminuir os seus encargos com a obtenção da garantia e, consequentemente, a reduzir o preço da proposta.

Nesse sentido, entendemos que a atual redação do parágrafo 1º do art. 56 tem por objetivo promover a redução do preço das propostas oferecidas na licitação, já que: (i) os particulares não se verão privados de participar do certame quando não puderem arcar com determinada modalidade de garantia mas puderem com outra – o que tende a promover a competição e consequente redução dos preços; e (i) os licitantes podem optar pela modalidade de garantia que lhes imponha menores custos – o que tende a reduzir o preço da proposta. Tal entendimento parece coadunar-se com a conclusão de Rosilho (2013) de que as alterações realizadas pela Lei 8.883/94 no tema da garantia contratual teve por objetivo impedir que barreiras legais fossem erigidas de modo a bloquear o acesso das pequenas e médias empreiteiras ao mercado público.

Com relação à inserção no parágrafo 3º do art. 56 da possibilidade de ampliação do valor exigido como garantia pela Administração, entendemos que tal alteração teve por fundamento assegurar o sucesso da contratação e permitir que o ente contratante melhor se resguarde da inadimplência por parte do contratado. Isso porque, como explica Justen Filho (2014), a garantia contratual desempenha uma dupla função na contratação, já que, de um lado, representa

instrumento adicional para eliminar riscos de insucesso – ao lado dos requisitos de habilitação –, e de outro, evita prejuízos ao patrimônio público.

Dessa forma, entendemos que tanto a alteração do parágrafo 1º quanto do parágrafo 2º do art. 56 foram orientadas pelo *eixo da eficiência*. Isso em vista de o escopo de tais alterações consistir, respectivamente, em reduzir o preço das propostas na licitação – o que se relaciona com o vetor da *competitividade* – e diminuir o risco de insucesso da contratação – o que se relaciona com o vetor da *preservação do cumprimento do contrato* – conjuntamente com resguardar o erário público, objetivos que entendemos representarem vetores da eficiência na contratação pública.

IX.X. A ACEITABILIDADE DE PREÇOS

Sundfeld (1995) explica que a aceitabilidade de preços na licitação consiste na fixação pela Administração de limites aos preços aceitáveis naquela contratação pública, o que pode ser feito, em teoria, tanto por meio da fixação de limites máximos quanto de limites mínimos. Nesse sentido, Justen Filho (2014) entende que a fixação de critérios de aceitabilidade de preços provém do objetivo de se impedir o oferecimento tanto de propostas inexequíveis, em vista de envolverem valores excessivamente baixos, quanto de propostas que apresentem valores muito superiores àqueles usualmente praticados no mercado, o que poderia ocasionar desperdício de recursos públicos.

A aceitabilidade de preços é tratada pelo inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93, o qual foi alterado pela Lei 8.883/94 e pela Lei 9.648/1998.

> **[Redação original da Lei 8.666/93]**
>
> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> (...)
>
> X – O critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso;
>
> **[Redação dada pela Lei 8.883/94]**

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> X – Critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;
>
> **[Redação dada pela Lei 9.648/98]**
>
> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> X – O critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.

IV.X.I. ACEITABILIDADE DE PREÇOS E DISCRICIONARIEDADE

A redação original do inciso X do art. 40 previa, de modo genérico, que a Administração deveria indicar no edital "o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso", não havendo menção quanto à forma pela qual a Administração poderia indicar tal critério – se por meio da fixação de limite máximo, mínimo ou de ambos. Dessa forma, entendemos que a redação original do inciso X atribuía à Administração a competência discricionária de escolher de que forma fixar o critério de aceitabilidade de preços em cada uma de suas contratações. Esse entendimento parece coadunar-se com o de Sundfeld (1994), que defende que a redação original do inciso X admitia a realização de licitação por preço-base,[20] modelo que era previsto no Decreto-lei 2.300/86 e que envolvia a fixação de preços máximos e mínimos.

A Lei 8.883/94 alterou a redação do inciso X, vedando a "fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência" pela Administração. Entendemos que tal alteração impactou diretamente a competência

[20] A licitação por preço-base era descrita pelo art. 37 do Decreto-lei 2300/86 como aquela "em que a Administração fixe um valor inicial e estabeleça, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório".

discricionária da Administração para a fixação do critério de aceitabilidade de preços, uma vez que extinguiu a possibilidade de fixação de preços mínimos nas licitações. Tal entendimento parece coadunar-se com o de Sundfeld (1995), ao explicar que com a alteração do inciso X teria havido uma expressa proibição à realização de licitação por preço-base – lembrando que tal modalidade envolvia a fixação tanto de preços máximos como de mínimos.

Por fim, a Lei 9.648/98 alterou novamente a redação do inciso X, acrescentando ao dispositivo que é "permitida a fixação de preços máximos" pela Administração. Embora a Lei 9.648/98 tenha inserido no inciso X uma suposta "permissão", entendemos que tal alteração não modificou a discricionariedade da Administração no tocante à fixação de critérios de aceitabilidade de preços. Isso porque a redação anterior do dispositivo não vedava a fixação de preços máximos, de forma que Sundfeld (1995) e Di Pietro (2005c) demonstram ser possível a fixação de preços máximos pela Administração nas licitações antes mesmo da alteração do inciso X pela Lei 9.648/98.

Ademais, para defendermos o entendimento de que a alteração do inciso X por meio da Lei 9.648/98 não teria ampliado a discricionariedade da Administração, poderíamos citar ainda o Decreto 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos da União. Isso porque o inciso IX do art. 2º do aludido diploma considera que a expressão "critério de aceitabilidade de preços" equivale a "parâmetros de preços máximos", o que parece partir da constatação de que, vedada a fixação de preços mínimos, o único critério que a Administração pode adotar para a aceitabilidade de preços é a fixação de preços máximos. Dessa forma, caso a fixação de preços máximos já não fosse possível antes do advento da Lei 9.648/98, o inciso X teria se tornado inútil com a alteração por meio da Lei 8.883/94 que vedou a fixação de preços mínimos – já que não haveria maneira possível de se estabelecer critérios de aceitabilidade de preços.

IX.X.II. ALTERAÇÕES NOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS E AS FINALIDADES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A doutrina conta que a alteração do inciso X do art. 40 pela Lei 8.883/94, que vedou a fixação de preços mínimos pela Administração, teve por objetivo sanar problemas ocasionados pela fixação de preços mínimos nas licitações por preço-base prevista pelo Decreto 7.983/86. Di Pietro (2005d) explica que a fixação de um preço mínimo no edital de licitações

por preço-base conduzia ao empate das propostas, e a escolha acabava se fazendo por critério da Administração – o qual frequentemente era de cunho subjetivo. E Sundfeld (1995) conta que havia o entendimento de que a fixação prévia de um preço mínimo nas licitações por preço-base gerava a perda de oportunidades de negócios vantajosos para a Administração, já que as propostas envolvendo preços inferiores ao limite estabelecido eram descartadas desde logo, sem o exame de sua exequibilidade.

Como explica Sundfeld (1995), em decorrência das críticas à licitação por preço-base descritas acima, a versão original da Lei 8.666/93 não previu o modelo de preço-base no rol de tipos de licitação presente no parágrafo 1º do art. 45 – diferindo-se assim do Decreto 2.300/86. E posteriormente, para extinguir definitivamente a realização de licitações por preço-base, e proibir-se expressamente a fixação de preços mínimos pela Administração, o inciso X foi alterado pela Lei 8.883/94 de modo a vedar a "fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência".

Diante do exposto, entendemos que a alteração do inciso X do art. 40 pela Lei 8.883/94 teria sido orientada pelo *eixo da eficiência*. Isso porque a alteração teria por objetivo incentivar a competição entre os licitantes (o que se relaciona com o vetor da *competitividade*), seja impedindo o empate das propostas a partir da fixação prévia de um preço mínimo ou a desclassificação de propostas com base no simples fato de envolverem preços abaixo do limite fixado – o que possibilita que licitantes capazes de oferecerem preços abaixo de um limite mínimo estipulado pela Administração o façam.

O objetivo de incentivar a competição impedindo desclassificação de propostas com base no simples fato de envolverem preços abaixo do limite fixado, em especial, parece contar com especial relevo nas alterações ao inciso X do art. 40. Isso porque, como explica Amaral (1999), as alterações realizadas no art. 48 da Lei 8.666/93 pelas Leis 8.883/94 e 9.648/98 tiveram por objetivo justamente endereçar o problema da inexequibilidade das propostas proveniente da impossibilidade de se fixar um limite mínimo ao preço. E a combinação das regras de impossibilidade de fixação de um limite mínimo de preço e das regras de aferição de exequibilidade parece ter por objetivo, justamente, impelir os licitantes a oferecem em suas propostas os preços mais baixos que conseguirem praticar – contanto que sejam capazes, de fato, de entregar o objeto contratado pelos valores oferecidos.

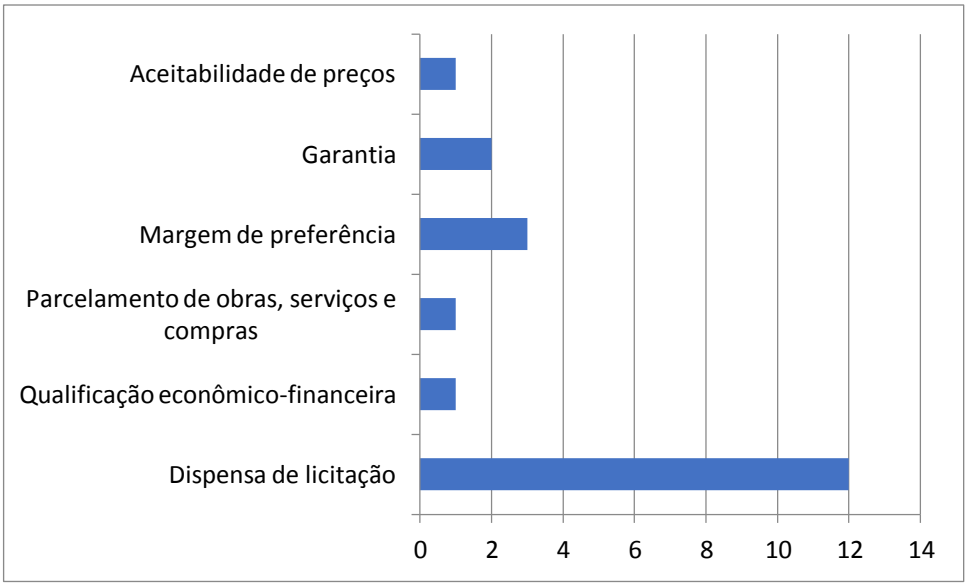
V. ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A demonstração gráfica das alterações realizadas na Lei 8.666/93 que implicaram em modificação da discricionariedade administrativa nas contratações públicas, bem como a demonstração gráfica do eixo que orientou cada alteração, nos permite algumas constatações.

V.I. A DISPENSA COMO TEMA QUE SOFREU MAIOR NÚMERO DE ALTERAÇÕES

A figura 1 demonstra que o tema que sofreu o maior número de alterações que impactaram a discricionariedade administrativa foi a dispensa de licitação (art. 24), tendo sido objeto de 12 das 20 alterações aqui estudadas. Como já discutido no presente trabalho, todas as inclusões de novas hipóteses de dispensa significaram ampliação da discricionariedade administrativa nas contratações, e a partir disso podemos depreender que a maior parte das alterações que implicaram em aumento da discricionariedade administrativa ocorreram no âmbito da dispensa. Tal constatação coaduna-se com a afirmação de Rosilho (2013) de que as novas hipóteses de dispensa representaram importante conjunto de alterações à Lei 8.666/93 que ampliaram a liberdade do administrador nas contratações públicas.

Figura 1. Alterações por tema.



V.II. AS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA LEI 8.333/94

A figura 2 demonstra que a lei responsável pelo maior número das alterações aqui estudadas ao regime geral de contratações foi a Lei 8.333/94 (7 alterações). A figura 3, por sua vez, mostra que a Lei 8.333/94 foi também a lei responsável tanto pelo maior número de alterações que implicaram em aumento da discricionariedade (4 alterações) como pelo maior número de alterações que implicaram em diminuição da discricionariedade (3 alterações). Além disso, a figura 4 demonstra que das 7 alterações à discricionariedade realizadas pela Lei 8.333/94, 6 foram orientadas pelo *eixo da eficiência*, enquanto que apenas 1 foi orientada pelo *eixo do interesse social*.

Figura 2. Alterações efetuadas por cada lei.

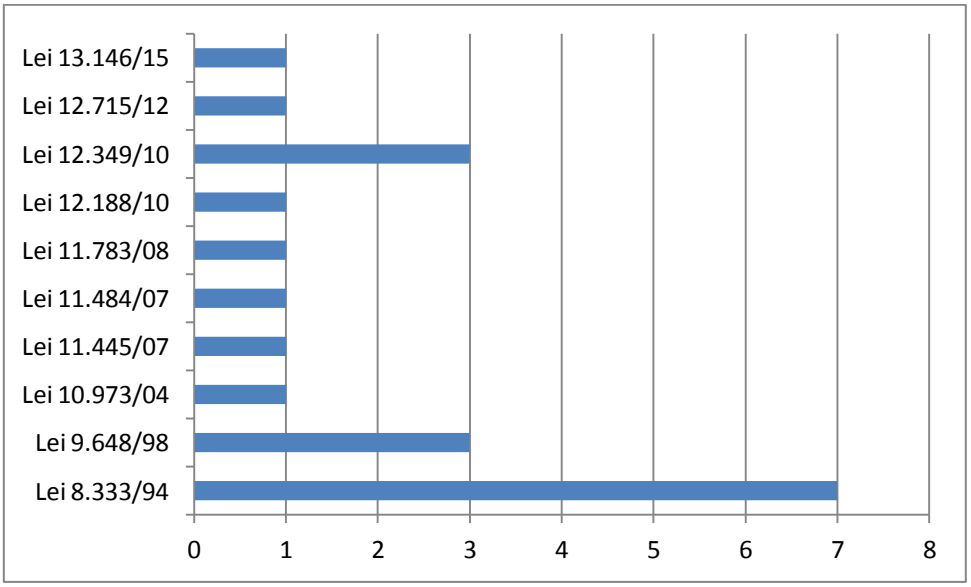


Figura 3. Alterações realizadas por cada lei que afetaram a discricionariedade.

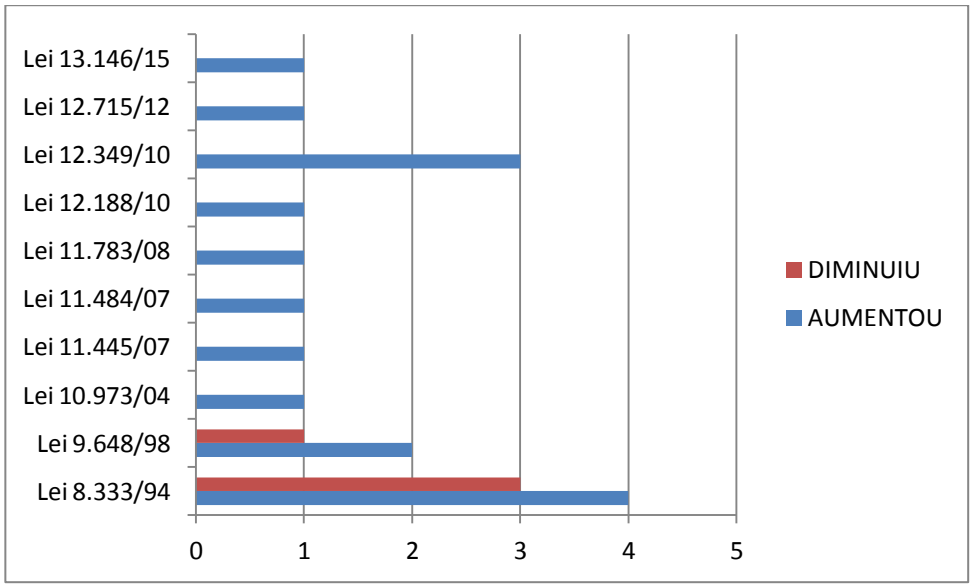
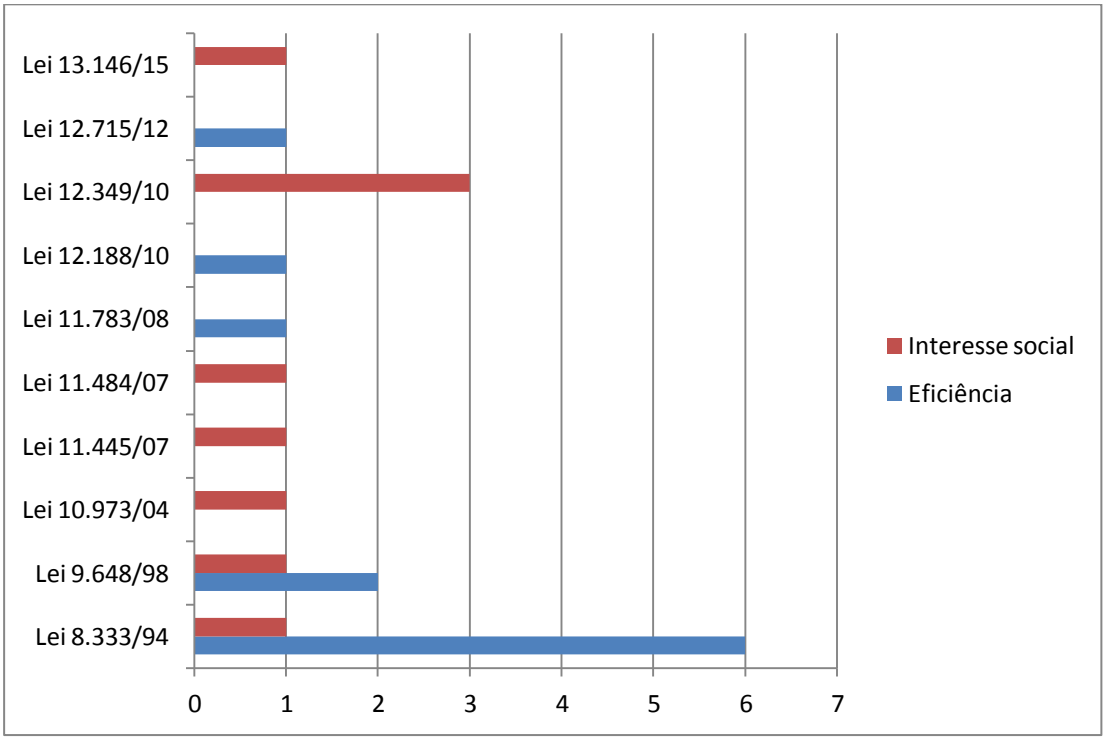


Figura 4. Eixo que orientou as modificações realizadas por cada lei.



Tais dados também parecem coadunar-se com as constatações de Rosilho (2013), notadamente quando o autor menciona que a Lei 8.333/94 teria significado um "segundo tempo" da reforma das LGLC – sendo a edição da LGLC o "primeiro tempo". Rosilho entende que a Lei 8.333/94 esteve imbuída do mesmo espírito do legislador de 1993 que editou a Lei 8.666/93, e que, como é sabido, buscou prover maior eficiência às contratações públicas. De

fato, os números por nós levantados não só demonstram que a Lei 8.333/94 foi aquela que mais alterou a LGLC, como apontam que o seu principal objetivo – pelo menos no âmbito das alterações que impactaram a discricionariedade administrativa – foi o de prover maior eficiência às contratações públicas.

V.III. A ALTERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE AO LONGO DO TEMPO

A figura 3 demonstra que as alterações que implicaram em redução da discricionariedade nas contratações ocorreram em 1994 e 1998 (3 alterações e 1 alteração, respectivamente), e que as alterações posteriores todas ampliaram a discricionariedade administrativa. Tal constatação parece coadunar-se com o entendimento de Sundfeld (2013) de que, recentemente, a grande tendência do legislador é a de afastar a rigidez própria do regime geral de contratações públicas.

V.IV. A EVOLUÇÃO TEMPORAL DA ORIENTAÇÃO DAS ALTERAÇÕES À LEI 8.666/93

A figura 4 demonstra também que a maioria das alterações à discricionariedade orientadas pelo *eixo da eficiência* ocorreram por meio das duas primeiras leis que alteraram a Lei 8.666/93: a Lei 8.333/94 (6 alterações orientada pela eficiência) e a Lei 9.648/98 (2 alterações orientadas pela eficiência). Posteriormente, podemos vez que a maioria das alterações à discricionariedade foram orientadas pelo *eixo do interesse social*, o que parece corroborar a tendência de uso das compras públicas para a promoção de outras finalidades que não a satisfação eficiente das necessidades imediatas da Administração.

V.V. DISCRICIONARIEDADE E EIXOS DE ORIENTAÇÃO

Por fim, as figuras 5 e 6 apontam que as alterações orientadas pelo *eixo da eficiência* podem ter tanto aumentado quando diminuído a discricionariedade do contratante, enquanto que as alterações orientadas pelo *eixo do interesse social* importaram todas em ampliação da discricionariedade. Tal pode estar relacionado com a própria dinâmica de promoção dos outros fins da contratação, a qual depende de certo grau de liberdade de apreciação por parte do administrador – o que é conferido por meio da atribuição de competência discricionária.

Figura 5. Alterações orientadas pelo eixo da eficiência.

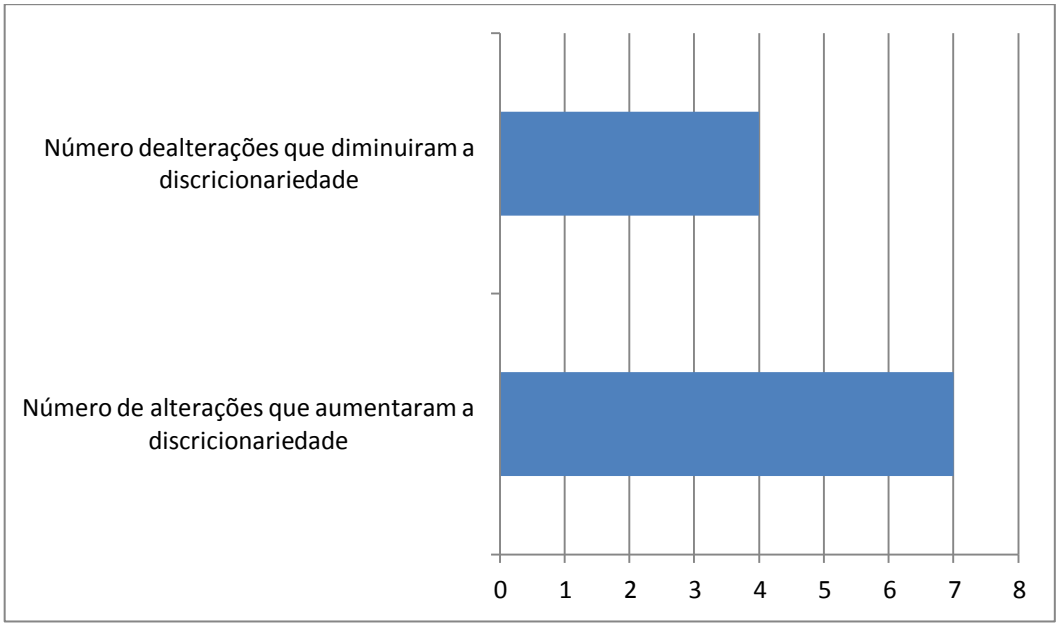
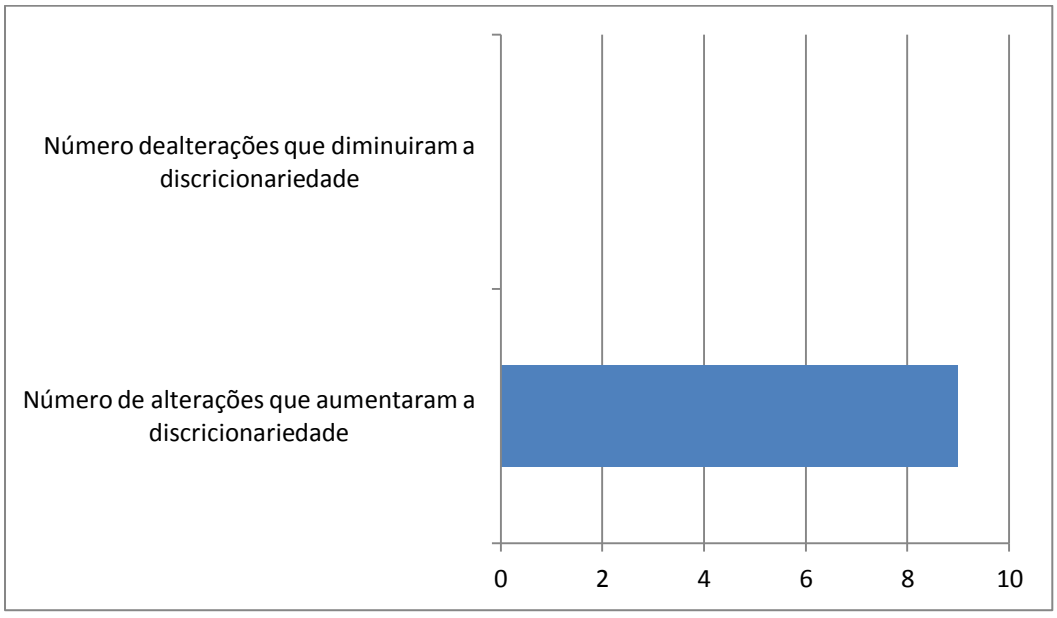


Figura 6. Alterações orientadas pelo eixo do interesse social.



VI. CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos levantar as alterações realizadas na Lei 8.666/93 que tenham implicado em alteração à discricionariedade administrativa nas contratações públicas. Buscamos, da mesma forma, identificar qual eixo orientou cada uma das alterações estudadas

– o *eixo da eficiência* ou o *eixo do interesse social*. A análise empírica demonstra que a discricionariedade administrativa no âmbito da LGLC tem aumentado, e que esse aumento tem sido orientado predominantemente pelo eixo do interesse social – ou seja, alterações que tenham por objetivo transformar a contratação pública em instrumento de promoção da inclusão de grupos sociais vulneráveis e de fomento do desenvolvimento econômico e tecnológico nacional. Tal constatação parece ser de grande relevância para compreendermos a tendência das alterações realizadas na Lei 8.666/93.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo*: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 179, p. 51-67, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 79, p. 23-37, 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Contratação direta com dispensa de licitação. Convite. Discricionariedade na escolha do contratado. In: ____; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contrato*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Habilitação. Parcelamento de obras, serviços, compras e alienações. Critério para escolha da modalidade de licitação e para dispensa. In: ____; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia

Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contrato*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005c.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Habilitação. Qualificação econômico-financeira. Exigência de garantia. In: ____; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contrato*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Previsão de preço-teto no instrumento convocatório. In: ____; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contrato*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005d.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, p. 1-16, 1951.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 19, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>.

FERRAZ, Luciano. Parceria público-público: Contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da Administração indireta estadual. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 10, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-LUCIANO%20FERRAZ.pdf>.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *Revista de Direito Administrativo*, v. 260, p. 231-254, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*: Repensando a contratação pública e o dever de licitar. São Paulo: Zênite, 2016.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas positivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, p. 95-107, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, 1946.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Garantia de execução do contrato. Viabilidade de parcelamento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contrato*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias com o terceiro setor. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TÁCITO, Caio. O abuso do poder administrativo no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, p. 1-28, 1959.