

A asfixia do Experimentalismo Jurídico, o pecado não original e a Nova Lei de Licitações

Eduardo Grossi Franco Neto
@eduardogrossif

Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestrando em 'Direito e Administração Pública' pela UFMG (créditos concluídos). Professor PUC Minas em 'Infraestrutura, Concessões e PPPs'. Pós-graduado em Direito, em nível de especialização *latu sensu*, pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT e em 'Advocacia Pública' pelo IDDE/MG. Advogado. O presente artigo foi elaborado como trabalho final na matéria 'O Direito Administrativo na visão de Schimit Assmann" do programa de mestrado da UFMG, ministrada pelo Prof. Doutor Eurico Bitencourt Neto.

RESUMO

Que preço estamos dispostos a pagar por uma uniformização administrativa procedimental (instrumental) nacional? O Estado Pós-moderno, essencialmente instável e em constante modificação, envolve permanentes crises, sendo um dos grandes desafios do Direito Administrativo acompanhar tais evoluções. Determinado grau de experimentalismo é essencial para que o direito se desenvolva e para que o ordenamento jurídico tenha aptidão de identificar e absorver valores sociais emergentes. As leis abertas são um meio indispensável para viabilizar flexibilidade e capacidade de inovação da Administração diante do rápido e complexo desenvolvimento tecnológico, científico e socioeconômico. Essas funções essenciais do Direito Administrativo foram, de certo modo, enfraquecidas com a edição da Nova Lei de Licitações e Contratos (nº 14.133, de 2021) - NLLC, que incorporou diversos assuntos que, antes de sua edição, eram tratados em nível regulamentar, seja

por decretos ou instruções normativas federais, reiterando-se, ademais, o pecado já existente na Lei 8.666, de 1993, ao tratar normas específicas como gerais, o que pode ter sido acentuado com a NLLC. A capacidade de adequação em relação a peculiaridades locais e experimentalismo de novas estratégias regulatórias, que permitem aprimoramentos do direito, foram consideravelmente limitadas pela NLLC, o que não pode obstar os demais entes federados em dispor de forma diversa no que tange às normas procedimentais específicas. Independentemente de como o alcance do significado de *normas gerais* será enfrentada e consolidada pelo Poder Judiciário, a estratégia de alçar ao corpo legal normas próprias de serem tratadas em regulamento, muito provavelmente, não se mostrará acertada, em razão da natureza eminentemente volátil e dinâmica dessas normas de cunho instrumental/procedimental. O ‘congelamento’ desse tipo de norma em lei formal pode se revelar como um grande óbice à evolução administrativa.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Nova Lei de Licitações e Contratos. Princípio Federativo. Separação de Poderes.

1 - INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (doravante denominada NLLC), vem a lume com elogiáveis e indispensáveis avanços, tais como o fortalecimento da governança, integridade, planejamento, melhoria considerável (ou quase revolucionária) no sistema de nulidades, densificando-se o princípio da finalidade em detrimento do formalismo estéril (embora o compromisso com o resultado pudesse ter avançado ainda mais com a redução do excessivo formalismo) .

Novidade salutar foi a adoção do Diálogo Competitivo, instituto oriundo do direito comunitário europeu (*procedimiento de licitación con negociación*¹) e norte-americano (*contracting by negotiation*²)³, o qual privilegia a equalização

¹ Art. 29 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

² Parte 15 do Regulamento Federal de Compras do Governo Federal (*FAR - Federal Acquisition Regulation*).

da Administração com a sociedade civil em busca de finalidades comuns, no sentido de convergir interesses, o que colabora com a redução da nefasta bipolaridade público-privado (embora a cultura de desconfiança e de controle excessivo no País possa tornar o uso demasiadamente restrito).

Apesar do indispensável otimismo do qual temos que estar imbuídos com o advento de uma nova legislação de compras governamentais, não podemos fechar os olhos em relação a questões que podem gerar dificuldades, a fim de amadurecer maneiras de contorná-las.

Desde o andamento do Projeto de Lei nº 4253/2020, são quase unânimes as críticas/considerações de que a NLLC pecou ao manter a 'plataforma' excessivamente burocrática e demasiadamente descritiva da Lei nº 8.666, de 1993 (com pormenorização procedimental e demasiada preocupação com o controle⁴), o que já foi uma escolha bastante questionável. A NLLC reiterou, pois, um pecado não original.

Nada obstante, a NLLC pecou ainda além: **introjetou no texto legal regras instrumentais e procedimentais antes previstas em normas infralegais regulamentares** (decretos, instruções normativas), com a finalidade de harmonização nacional.

Mas qual é o preço que estamos dispostos a pagar em nome da uniformização nacional procedimental? Será essa uniformização (meramente instrumental) elemento capaz de auxiliar no desenvolvimento do País no que tange às compras governamentais? Não temos a resposta, mas a reflexão se mostra premente.

A NLLC certamente reacenderá a efervescente e inacabada controvérsia, surgida no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, do que seriam *normas gerais* em licitações e contratos em contraponto ao que seriam as normas de índole específica. E não fez por desaviso, mas porque pretendeu

⁴ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6. p. 302.*

que todos os procedimentos/instrumentos constantes da NLLC sejam obrigatoriamente aplicáveis aos demais entes federativos (Estados, Distrito Federal, Municípios), nacionalizando-os.

A uniformização procedimental/instrumental na NLLC (a par da boa intenção de espalhar uniformidade e eficiência em todo o território nacional) encontra ao menos três problemas: **(i)** o primeiro de ordem prática, pois não convém que matéria de natureza regulamentar/instrumental esteja contida em lei formal, tendo em vista ser sabida e consabida a dificuldade inerente ao processo legislativo, que, em razão de sua complexidade e morosidade é incapaz de acompanhar com rapidez a evolução procedimental-administrativa (a razão de ser do regulamento é a flexibilidade para acompanhar as mudanças inerentes ao comportamento operacional da Administração); o segundo e terceiro problemas, de ordem teórica: **(ii)** invasão, pelo Poder Legislativo, da reserva da função administrativa; **(iii)** violação dos princípios federativo, da separação de poderes e democrático.

É o que desenvolveremos a seguir.

2 – LICITAÇÕES, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 (CF/88) adotou a forma de organização/distribuição política de poder denominada *federalismo* ('divisão espacial de poder político'⁵), sendo a forma federativa de Estado uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I).

A abissal desigualdade territorial e socioeconômica no Brasil pressiona por um federalismo assimétrico, como forma de atribuir tratamento desigual entre as regiões, justamente para viabilizar a reversão das disparidades regionais e sociais, o que é um dos objetivos fundamentais da CF/88 (art. 3º, III)⁶.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 181 (versão eletrônica).

⁶ SCAFF, Fernando Facury *at al* (org). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019, p. XII.

Luiz Roberto Barroso destaca que “A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais”⁷, modelo esse que deságua no Estado brasileiro atual essencialmente policêntrico.

Além da repartição de competências, uma das facetas mais importantes do modelo federativo brasileiro é a autonomia de cada um dos entes políticos, que é o “poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração”⁸.

Com essa modelagem federativa assimétrica, a CF/88, no art. 37, XXVII, reservou à União a competência legislativa privativa para dispor acerca das *normas gerais* de licitação e contratação. Os demais entes políticos nacionais (Estados, Distrito Federal e Municípios) detêm competência para legislar na matéria de licitações e contratos administrativos⁹ naquilo que não seja caracterizado como *norma geral*.

A tentativa de delinear o significado do que seriam *normas gerais* na seara licitatória não é nova: já se discutia o alcance do art. 85 do Decreto-Lei n 2.300/86¹⁰, o qual previa que as normas gerais nele estabelecidas se aplicavam aos Estados, Municípios e Distrito Federal, sem especificá-las, todavia. Referido dispositivo, àquela época, já ensejava perplexidades teóricas¹¹.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 181 (versão eletrônica)

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 181 (versão eletrônica)

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 535.

¹⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86impressao.htm, acesso em 22.03.2021.

¹¹ BORGES, Alice Gonzales. *Normas Gerais no Estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

O que também causa perplexidade não é só a ‘antiguidade’ da discussão, mas o fato de não termos evoluído ou, quem sabe, involuído a respeito do tema.

Alice Gonzales Borges registrou, em 1993, que, com a Lei nº 8.666, de 1993, o legislador federal pretendeu impor comportamentos uniformes de caráter nacional, deixando de lado as dificuldades e peculiaridades locais¹². Do mesmo pecado (não original) padece a NLLC, provavelmente com o intuito ainda mais voraz do que fez o legislador quando da edição da Lei nº 8.666, de 1993.

Um fato, no entanto, nos parece certo: não há como pressupor que todos os dispositivos da NLLC são *normas gerais*. Caracterizar o que seriam *normas gerais*, não é tarefa das mais simples, em razão da indeterminação e abertura da expressão, de baixa densidade conceitual.

José Afonso da Silva prelecionava que normas gerais são aquelas que “se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da federação”¹³.

Nesse contexto, não pode o legislador federal dispor de pormenores com redução ou esgotamento do assunto legislado (principalmente matéria de cunho operacional), sob pena de violar a autonomia dos demais entes federativos ao usurpar-lhes espaço para a atuação de competência complementar¹⁴. Mas a grande dificuldade está em definir critérios objetivos e inequívocos para diferenciar *normas gerais* das *específicas*.

¹² BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. **Revista de Direito Administrativo**, v. 194, p. 97-106, 1993.

¹³ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-281.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang *at al.* *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1356/1357.

O STF deu interpretação conforme a Constituição à letra 'b' do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666/93, aduzindo que a expressão "permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo", por não ter caráter geral, somente se aplicaria à União (ADI 927 MC).

No voto do Relator, Min. Carlos Velloso, restou consignado que "(...) os Estados e Municípios também tem competência para legislar acerca do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão normas específicas (...). A norma geral federal, melhor será dizer, nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de sua competência¹⁵".

Com precisão, Alice Gonzalez Borges (cuja obra foi citada no voto condutor da ADI 927 MC) diz que as *normas gerais* possuem caráter genérico, traçando parâmetros com alto grau de abstração e generalidade, não podendo se ocupar de detalhamentos e minúcias que exauram o assunto, nem podendo "excluir, embaraçar ou dificultar o exercício da competência suplementar das ordens federadas, com quebra de suas autonomias constitucionalmente asseguradas"¹⁶.

Assim, tendo em vista as conceituações doutrinárias e jurisprudenciais acima, alçar regramentos procedimentais (com tratamento infralegal antes da edição da NLLC) ao corpo da lei federal, viola a competência da União para legislar sobre normas gerais.

O disposto no art. 22, XXVII, CF/88, a nosso ver, autoriza que a União edite normas gerais sobre procedimento, mas não podendo alcançar determinado grau de detalhamento a ponto de, praticamente, extirpar a competência dos demais entes federativos, como ocorreu nos exemplos que serão explorados abaixo (v.g., formatação da conclusão de parecer jurídico,

¹⁵ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>, acesso em 22.03.2021.

¹⁶ BORGES, Alice Gonzales. *Normas Gerais no Estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 93-94.

detalhamento da pesquisa de preços, limitação do quantitativo do carona no SRP, entre tantos outros pontos que surgirão ao longo da vigência da nova lei).

A sede normativa adequada para as regras de caráter instrumental é (e sempre foi) o regulamento, até porque a própria essência e razão do ser do regulamento é conferir flexibilidade para aplicação/execução da lei formal.

3 – FUNÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICAÇÃO E ABSORÇÃO DE VALORES EMERGENTES E O LABORATÓRIO DA DEMOCRACIA

O Estado Pós-moderno, instável e em constante modificação, envolve permanentes crises¹⁷, sendo um dos grandes desafios do Direito Administrativo acompanhar evoluções científicas, tecnológicas e socioeconômicas.

O Brasil, devido a sua baixa capacidade institucional de resposta às novas mudanças, tem falhado em acompanhar a evolução da regulação das compras públicas no mundo. A Nova Lei de Licitações, excessiva e desnecessariamente burocrática (tal qual o foi o Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Lei nº 8.666/93), demonstra isso.

Faz parte da própria noção de sistematização do Direito Administrativo a construção de uma dogmática cuja consistência e solidez derive de uma constante revisão de suas categorias e valores e em que seja possível destacar, identificar e incorporar novas características emergentes, suas interações, contradições e crises¹⁸. Alçar regulamentos ao corpo da lei vai de encontro a esses valores fundamentais.

O papel do administrador público vai além do que conferir fiel execução à lei, mas também o de fazer conexão entre a norma abstrata e o cidadão, com a finalidade (última) de concretizar direitos fundamentais. Para isso, é necessário que o Direito Administrativo tenha capacidade/aptidão de incorporar os novos valores sociais.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

¹⁸ SCHIMIT-ABMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 5.

Nesse contexto, o regulamento administrativo ganha especial relevo, pois tem função de preencher a parcela aberta da lei formal, parcela de liberdade ínsita ao poder regulador e regulamentador próprio do Poder Executivo (e dos outros Poderes na função administrativa). A razão de ser do regulamento é a flexibilidade para acompanhar as mudanças inerentes ao comportamento operacional da Administração.

Ainda, a profusão de informações como consequência do impacto da evolução tecnológica, torna as relações socioeconômicas mais complexas e inaugura uma curva crescente de exigências sociais¹⁹.

As leis abertas são um meio indispensável para viabilizar a capacidade de inovação da Administração diante dos desenvolvimentos técnicos e econômicos.²⁰

Deve existir um espaço mínimo para uma atuação administrativa autônoma (reserva de administração ou reserva de função administrativa), fundamentada na **separação de Poderes**²¹, que imponha ao Poder Legislativo limites a sua atividade legiferante, a fim de que a atuação administrativa não seja asfixiada ou indevidamente limitada.

Por outro lado, no sistema federativo brasileiro, a divisão de competências não comporta hierarquia entre os entes federados, havendo reserva constitucional da atuação de cada um desses entes. A partir do momento que uma das unidades federativas invade a esfera de competência do outro, há uma ruptura desse equilíbrio.

À medida que as relações sociais e suas demandas se tornam mais complexas, a administração pública deve ter a capacidade de se adaptar e se

¹⁹ NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulamentação dos serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005.

²⁰ SCHIMIT-AßMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 208.

²¹ NETO, Eurico Bitencourt. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p.74-75.

abrir a novos modos de atuação e de concretização dos valores constitucionais. Unidades administrativas independentes tem maior possibilidade de levar a cabo a recepção de novas necessidades sociais²².

Contínuas alterações são inerentes à práxis administrativa. O Direito Administrativo dever ter a capacidade de absorver essas adaptações sem a necessidade de modificações de lei formal²³.

A partir do momento em que a União densifica matérias de cunho regulamentar no corpo das leis formais, além de **(i)** usurpar atributo afeto à função regulamentar administrativa (ou seja, cria limitações para a atuação administrativa da própria União – e dos demais entes federativos); **(ii)** usurpar as competências dos demais entes federativos (separação de Poderes e pacto federativo), ela dificulta a capacidade de o direito adaptar-se às novas realidades, tendo em vista o custoso e tortuoso caminho do processo legislativo em detrimento das flexíveis alterações de normas infralegais regulamentares, implicando a limitação ao experimentalismo jurídico.

Em alguns casos e em determinados assuntos, é adequado que a lei formal tenha baixa densidade normativa. Isso ocorre, por exemplo, na ocasião em que o legislador não tem condição de identificar necessidades peculiares a outros poderes (outorgando a eles uma reserva) ou de saber como a norma geral se desdobrará quando de sua aplicação concreta e/ou no futuro. A ‘reserva de lei’ não tem capacidade de incorporar atuações administrativas complexas nem toda a extensão acerca de decisões de cunho organizativo²⁴.

É justamente essa asfixia que ocorre com a NLLC ao incorporar ‘ex-regulamentos’ ao corpo legal. Tendo em vista a extensão da NLLC, não é objetivo deste trabalho detalhar todas as vezes em que isso ocorreu (talvez isso nunca aconteça, assim como com a Lei 8.666, de 1993). A complexidade

²² SCHIMIT-AßMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 270.

²³ SCHIMIT-AßMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 269.

²⁴ SCHIMIT-AßMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 201

da norma fará com que essa identificação ocorra ao longo do tempo, diante de situações especiais e concretas, embora ousemos apontar alguns exemplos abaixo.

Para exemplificar essa problemática, o STF, na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.188.352/DF, analisou possível infração de lei distrital ao art. 22, XXVII, CF, tendo em vista que a lei do DF previu a inversão de fases licitatórias de maneira distinta do disposto na Lei 8.666/93. No voto, o Relator FUX aduziu ser **“desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta**, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque **o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas”** (grifamos).

É justamente essa capacidade de adequação às peculiaridades locais e experimentalismo de novas estratégias regulatórias, as quais levam a possíveis aprimoramentos do direito, que foi consideravelmente limitada pela NLLC, ao dispor sobre regras de conteúdo eminentemente regulamentar/instrumental.

O que aqui defendemos é que, nas ocasiões em que for possível identificar que o Poder Legislativo Federal, ao editar a NLLC, tenha invadido aspectos da função administrativa e a competência dos demais entes federativos no que tange aos procedimentos de licitação, **a competência de editar normas (legais ou infralegais/regulamentares) de caráter especial dos Estados, Distrito Federal e Municípios estará preservada**, de maneira que os entes subnacionais possam, normalmente, editar seus próprios atos.

4 – EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: EXEMPLOS DE LEIS ESTADUAIS/LOCAIS QUE ANTECIPARAM INOVAÇÕES ANTES DA UNIÃO (‘OXIGENAÇÃO’)

Como dito, determinado grau de experimentalismo jurídico é salutar e essencial para que o direito se desenvolva e tenha maior capacidade de adaptação, mostrando-se como um laboratório da democracia (notadamente no

âmbito dos Estados e Municípios, que estão mais ‘próximos’ aos cidadãos do que a União), sendo, portanto, elemento indispensável para a evolução do direito.

Com determinado grau de liberdade de normatização regulamentar, os demais entes, muitas vezes, encontram experiências exitosas, as quais podem, em momento ulterior, ser incorporadas pelos demais entes, até mesmo pela União. Alguns exemplos concretos ilustram a importância de que os entes federativos disponham de margem normativa regulatória.

A modelagem do **modo de disputa aberto**, adotado nos pregões da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo (BEC), foi posteriormente transplantada ao regramento federal do pregão (Decreto nº 10.024/2019).

Quanto à inversão da ordem das fases licitatórias (já adotada na modalidade pregão), a Lei nº 8.666, 1993 (art. 43²⁵), prevê que a habilitação ocorra antes do julgamento. Nohara e Câmara já apontavam a tendência à inversão dessas fases como promotora de celeridade²⁶. Maria Sylvia Zanella Di Pietro já destacava a existência de inovações em legislações estaduais e municipais sobre licitações (inversão de fases e possibilidade de saneamento)²⁷.

A **inversão das fases licitatórias** (habilitação após o julgamento) como regra, somente agora foi adotada na NLLC (art. 17²⁸). Contudo, tanto a

²⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm, acesso em 23.03.2021.

²⁶ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6, p. 184.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Regime de licitações para os contratos de concessão*. In Contratos públicos e direito administrativo. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org). São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116.

²⁸ “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – de divulgação do edital de licitação;
- III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV – de julgamento;
- V – de habilitação;

inversão de fases quanto a **possibilidade de saneamento** de irregularidades no procedimento licitatório (art. 71 da NLLC) já estavam, há muito, presentes, **pelo menos**, na legislação baiana²⁹ (2005), paulistana (2006)³⁰, paranaense (2006)³¹, paulista (2008)³² e distrital (2014)³³.

Com esses pontuais exemplos, fica evidenciada a importância de que, no que tange aos procedimentos licitatórios, os entes federativos possuam certa margem de flexibilidade de atuação normativo-regulamentadora, a fim de efetivar experimentalismos jurídicos – que cumprem indispensável papel promotor do desenvolvimento do direito administrativo procedimental.

A (tentativa de) nacionalização demasiada de normas de cunho procedimental e instrumental sufoca o florescimento do direito, sufocando umas das mais importantes funções do Direito Administrativo: a conexão da norma administrativa com a realidade e com o cidadão.

5 – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A NACIONALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Conforme mencionado, a NLLC incorporou diversos procedimentos que antes de sua edição estavam previstos em normas regulamentares infralegais, como decretos e instruções normativas. Destacamos alguns exemplos: **(i)** o Sistema de Registro de Preços, **(ii)** o procedimento da pesquisa de preços, **(iii)** a estrutura do parecer jurídico.

5.1 – Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços (SRP) não é uma modalidade licitatória, mas sim um **procedimento** por meio do qual o vencedor de um certame (concorrência ou pregão) se compromete a, eventualmente (caso

VI – recursal;

VII – de homologação”.

²⁹ Lei Estadual Baiana nº 9.443, de 2005.

³⁰ Lei Municipal Paulistana nº 14.145, de 2006.

³¹ Lei Estadual Paranaense nº Lei 15.340/2006.

³² Lei Estadual Paulista nº 13.121, de 2008.

³³ Lei Distrital 5.345, de 2014.

demandado), fornecer um bem ou prestar um serviço por determinado prazo (até 1 ano, na Lei 8.666, de 1993; até 2 anos na NLLC).

A **natureza jurídica procedimental** do SRP, já bastante consolidada na doutrina, foi positivada na NLLC, que a conceitua como procedimento auxiliar de licitação (art. 78).

Na Lei nº 8.666, de 1993, o SRP é previsto no art. 15, dispositivo que previu, coerentemente, poucos traços gerais (v.g., necessidade de pesquisa de mercado, publicidade, atualização de preços, dentre eles, um dos mais importantes: a necessidade de **regulamentação por decreto** (art. 15, § 3º³⁴).

A opção de regulamentar o Registro de Preços por norma infralegal não é novidade, existindo desde o Decreto-Lei nº 2300/86 (art. 14, § 3º³⁵).

A estratégia de deixar o adensamento normativo-operacional do SRP em norma infralegal foi uma decisão que, ao longo do tempo, se mostrou acertada, em razão das diversas alterações normativas que se seguiram.

Sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, somente a União editou, de 1998 a 2018, **6 (seis) decretos regulamentadores** do SRP (nºs 2.743/98; 3.931/01; 4.342/02; 7.892/13; 8.520/14 e 9.488/18), sendo que diversas alterações foram realizadas em função da contundente e combativa jurisprudência do TCU e em razão da mutabilidade inerente ao assunto.

³⁴ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

(...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

“Art. 14 (...) § 3º **O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto**, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: I - seleção feita mediante concorrência; II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados; III - validade do registro não superior a um ano. (grifamos)

³⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86impressao.htm, acesso em 21.03.2021.

A quantidade de alterações normativas no SRP e sua natureza jurídica procedimental são elementos que não podem ser ignorados quando se discute a pertinência ou não de adensar o instituto no corpo de lei formal editada pelo Poder Legislativo.

O número de alterações pelas quais passou o Decreto federal de SRP evidencia a dinâmica que acomete o assunto, de forma que “congelar” a matéria numa lei em sentido estrito, ao invés de deixá-la em regulamento, não parece ser a melhor estratégia.

Na Lei nº 8.666, de 1993, as disposições que tratam do SRP (apenas 1 artigo) somam **523 caracteres**. Na NLLC, o SRP mereceu toda uma Seção (V), com 5 (cinco) artigos que somam **6.385 caracteres**.

É certo que algumas inovações da NLLC foram bastante pertinentes, no sentido de possuírem aspectos de índole geral (p.ex., a possibilidade de utilização do SRP nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação a [tímida] possibilidade de prorrogação por até 2 anos), mas outras foram meramente administrativo-procedimentais, essencialmente instrumentais, intimamente ligadas ao mérito administrativo (de gestão) ínsitas à função administrativa e à autonomia normativa dos demais Poderes e entes federados.

Com o adensamento do SRP no corpo legal, restou pouca (ou quase nenhuma) margem de criação disruptiva para a própria União e para os demais entes federados, principalmente .

O SRP é o instituto brasileiro que mais se aproxima da modelagem amplamente utilizada no exterior, denominada Acordos-Quadro (Portugal)³⁶, *Convenios-Marco* (Chile), *Multiple Award Schedules* (EUA), *Accordi-Quadro* (Itália), utilizada também em tantos outros países (Canadá, México, Tanzânia, Indonésia, Índia, Colômbia, Reino Unido). Os Acordos-Quadro são uma

³⁶ “The System of Price Registration: the Brazilian approach to framework agreements”, In ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: Designing Flexible Solutions for Public Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2016. p.135 (Kindle edition).

espécie de SRP, mas com flexibilidade mais ousada em diversos aspectos (v.g., há possibilidade de segunda etapa competitiva simplificada quando do momento da contratação).

Portanto, 'legalizar' o SRP representa não só a perda de uma oportunidade de modernizá-lo com mais afinco, mas também o impedimento do avanço do instituto, notadamente tendo em vista que um SRP mais moderno seria um dos principais meios de melhoria para compras centralizadas via *marketplace*, ao lado da pré-qualificação, do credenciamento e da dispensa de licitação, como fontes alimentadoras ágeis de eventual plataforma digital de compras. Houve a perda de uma chance e um retrocesso.

5.2 – Pesquisa de Preços

A pesquisa de preços é um **procedimento administrativo** preliminar, que ocorre na fase interna preparatória do certame (ou que antecede as contratações diretas), cuja finalidade é demonstrar que o valor médio estimado para determinado certame/contratação é compatível com os preços praticados no mercado.

A Lei nº 8.666, de 1993, apesar de mencionar a necessidade de adequação dos preços licitados com o mercado (v.g., art. 15, §§ 1º e 6º; art. 24, VII e X; art. 43, IV etc), **não ousou, acertadamente**, em prever a procedimentalização para se efetivar a pesquisa de preços. A tarefa de normatizar o procedimento para pesquisa de preços ficou a cargo das normas infralegais de cada um dos entes administrativos.

A União, por meio das Instruções Normativas nº 05/2014³⁷, 07/2014³⁸, 03/2017³⁹ e 73/2020⁴⁰, regulamentou o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de

³⁷ Disponível em <https://bit.ly/3raVclw>, acesso em 22.03.2021.

³⁸ Disponível em <https://bit.ly/3f9Nw7n>, acesso em 22.03.2021.

³⁹ Disponível em <https://bit.ly/396IEgp>, acesso em 22.03.2021.

⁴⁰ Disponível em <https://bit.ly/3cZF1Zw>, acesso em 22.03.2021.

serviços no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

Um dado curioso é o fato de que a redação original da IN 05/2014⁴¹, ao elencar os parâmetros utilizáveis para pesquisa (I - painel de preços, II - contratações similares de outros entes públicos, III - mídia especializada, IV - pesquisa direta com fornecedores), estabelecia que deveria ser observada a ordem de preferência em ordem crescente, do I para o IV (art. 2º⁴²). Com o advento da IN 03/2017, por alguma questão provavelmente relacionada à gestão, a ordem de preferência de parâmetros foi alterada (vide art. 2º, § 1º⁴³).

Ora, caso essa alteração tivesse que ser feita no bojo de uma lei formal, quantos anos isso levaria para acontecer? Seria razoável movimentar o Congresso Nacional para alterar metodologia procedimental sobre pesquisa de preços? Certamente que não.

Aqui também percebemos que a dinâmica que permeia o procedimento de pesquisa de preços é demasiadamente fluída, não sendo conveniente o tratamento em lei formal, além de caber ao Poder Executivo a reserva do assunto, pois é questão eminentemente de índole gerencial-operacional (com alta susceptibilidade de mudanças).

Pois bem, a NLLC, no art. 23, previu diversas regras procedimentais antes constantes de regulamento, muitas das quais constavam da já revogada IN federal nº 05/2014.

⁴¹Disponível em

http://www.lex.com.br/legis_25690940_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_5_DE_27_DE_JUNHO_DE_2014.aspx, acesso em 22.03.2021.

⁴² “Art. 2º - A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização de um dos seguintes parâmetros, **observada a ordem de preferência:**” (grifamos)

⁴³ Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: . (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)
(...) §1º Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, **devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II** e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017) (grifamos)

O TCU possui diversos julgados que abordam a pesquisa de preços, julgados esses que também têm considerável conteúdo variável (o que é natural, em função da natureza ferramental do instituto). O mencionado Tribunal, por exemplo, ora privilegia a pesquisa em bancos públicos ou contratações similares em outros órgãos públicos (Acórdão 1455/2015, Plenário), ora privilegia o uso de “cestas de preços aceitáveis” (pesquisa direta com fornecedores, catálogos, adjudicações em órgãos públicos, sistemas de compras etc), metodologia que não traz hierarquia de um parâmetro de fonte de pesquisa sobre o outro (Acórdão 2637/2015, Plenário).

Enfim, talvez, nos dias de hoje, as disposições acerca da pesquisa de preços constante da NLLC sejam a mais pertinentes possíveis, mas o histórico de normas e da jurisprudência sobre o assunto demonstram que, em curto espaço de tempo, há variação substancial de metodologias e entendimentos, o que é inevitável em função do impulsionamento do assunto em virtude dos (inevitáveis e inadiáveis) avanços tecnológicos.

Nesse contexto, não convém que parte substancial do regramento esteja contido em lei formal, tendo em vista as já mencionadas dificuldades inerentes ao processo legislativo, que é incapaz de acompanhar com rapidez a evolução procedimental-administrativa.

5.3 – Estrutura do parecer jurídico

De forma bastante inusitada, o PL nº 4.253/2020 estabelecia que os pareceres jurídicos emitidos na aprovação do processo licitatório deveriam ter a conclusão **(i)** apartada da fundamentação; **(ii)** uniforme com entendimentos prévios; **(iii)** apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação⁴⁴.

⁴⁴ Art. 53, § 1º (...) III - dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, a fim de permitir à autoridade consulente sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável”

A estrutura de um parecer jurídico certamente não se encaixa no conceito de norma geral de licitação e contratos, tratando-se de matéria de auto-organização dos órgãos de assessoramento jurídico competentes (AGU, Procuradorias Estaduais, Procuradorias Municipais).

Acertadamente, o trecho foi objeto de veto presidencial, ao argumento de que “a medida, ao dispor sobre organização administrativa e procedimento interno na Administração dos demais poderes da República e dos entes federativos, viola o princípio da separação dos poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, e do pacto federativo, inscrito no art. 18 da Carta Magna”⁴⁵.

5.4 – Outros Exemplos

Outras questões também ensejam controvérsias, embora antes da edição da NLLC não necessariamente constassem de regulamento prévio.

É o caso da obrigatoriedade de o agente de contratação (e o pregoeiro) possuir vínculo efetivo (art. 8º). O tema, por ser afeto à gestão de pessoas, também dá margem para ser interpretado como sendo uma norma de cunho especial e não geral, o que redundaria em sua aplicação somente à União.

Por outro lado, o art. 94 dispõe a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, o que pretensamente atinge todos os entes da federação. Apesar do o PNCP ser gerido por um comitê gestor interfederativo (art. 174, § 1º), alçar a criação do Portal (**ato material**) (ainda não estava em funcionamento até o fechamento do presente artigo) como condição de se utilizar a NLLC não parece se coadunar com o espírito da lei nem da CF/88).

Ainda, o art. 20, *caput*, §§ 1º e 2º, prescrevem que, caso não haja regulamentação dos limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo no prazo de 180 da publicação da NLLC, novas

⁴⁵ Mensagem de veto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm, acesso em 19.04.2021.

compras de bens de consumo estarão bloqueadas (!?!?!?!). Ora, será que a edição de um ato administrativo regulamentar pode mesmo ter o condão de bloquear novas licitações, com paralisação de políticas públicas??? Essa não parece ser uma regra constitucional aceitável, pois pode implicar danos a população (direitos fundamentais), com a interrupção de serviços essenciais.

Além dos exemplos já descritos, outros tantos podem ser ainda identificados e discutidos mesmo sentido de terem característica de normas especiais: aspectos do regramento da pré-qualificação, da intenção de registro de preços, do estudo técnico preliminar, do termo de referência etc). A realidade de muitos municípios brasileiros, à guisa de exemplo, é incompatível com a complexidade do Estudo Técnico-Preliminar.

Enfim, todos os exemplos acima certamente ainda serão objeto de intensos debates, com considerável chance de se considerar que o Poder Legislativo Federal extrapolou o seu mister constitucional.

A natureza essencialmente volátil ínsita aos procedimentos administrativos reclama possibilidade de revisão periódica, característica própria de regulamentos, que são atos cuja revisão é mais simplificada do que o (moroso e complexo) processo legislativo.

6 - CONCLUSÃO

A uniformização procedimental/instrumental na NLLC (a par da boa intenção de espalhar uniformidade e eficiência em todo o território nacional) encontra ao menos três problemas: **(i)** o primeiro de ordem prática, pois não convém que matéria de natureza regulamentar/instrumental esteja contida em lei formal, tendo em vista ser sabida e consabida a dificuldade inerente ao processo legislativo, que, em razão de sua complexidade e morosidade é incapaz de acompanhar com rapidez a evolução procedimental-administrativa (a razão de ser do regulamento é a flexibilidade para acompanhar as mudanças inerentes ao comportamento operacional da Administração); o segundo e terceiro problemas, de ordem teórica: **(ii)** invasão, pelo Poder

Legislativo, da reserva da função administrativa de gestão; **(iii)** violação dos princípios federativo, da separação de poderes e democrático.

A razão de ser da competência legislativa de edição de normas gerais é imprimir ao País determinada uniformização de práticas, o que se mostra indispensável em termos de segurança jurídica e de uma convivência interfederativa minimamente harmônica.

A padronização visando à eficiência administrativa é bem vinda e indispensável, sendo tradução do próprio significado da competência da União em legislar sobre normas gerais, mas tal competência deve ser exercida com responsabilidade, sem violências constitucionais que asfixiem o modelo federativo e a capacidade de renovação do Direito Administrativo.

A nacionalização procedimental/instrumental talvez fosse acertada em países unitários de dimensões territoriais diminutas, mas, no Brasil (que possui modelo federativo policêntrico e assimétrico) haverá severas dificuldades de funcionar a contento, não só em razão da realidade fática brasileira (peculiaridades locais muito diversas), mas também em virtude dos valores constitucionais envolvidos.

Em alguns casos, é adequado que a lei formal tenha baixa densidade normativa. Isso ocorre, por exemplo, na ocasião em que o legislador não tem condição de identificar necessidades peculiares a outros poderes (outorgando a eles uma reserva) ou como a norma geral se desdobrará no futuro. A 'reserva de lei' não admite incorporar atuações administrativas complexas nem toda a extensão acerca de decisões de cunho organizativo.

A natureza essencialmente volátil, ínsita aos procedimentos administrativos reclama possibilidade de revisão periódica, característica própria de regulamentos, atos administrativos cuja revisão é mais simples do que o processo legislativo.

Determinado grau de experimentalismo jurídico é essencial para que o direito se desenvolva e tenha maior capacidade de adaptação, deixando abertas as portas do laboratório da democracia (notadamente no âmbito dos Estados e Municípios, que estão mais ‘próximos’ aos cidadãos do que a União).

A ‘invasão’ da União em legislar sobre aspectos específicos (não gerais), na NLLC, implica o cerceamento da competência dos demais entes federativos, os quais terão suas competências de legislar reduzidas, minorando-se a possibilidade de Estados e Municípios adequarem seus procedimentos às suas realidades locais.

Certamente outras formas de incentivo poderiam ter sido usadas pelo Legislativo Federal sem a malversação do núcleo de autodeterminação dos demais entes federados. Vemos a invasão de competências e sufocamento do experimentalismo jurídico como estratégia desnecessária, até porque é exatamente comum que os demais entes federados se espelhem nos regulamentos expedidos pela União (v.g., Sistema de Registro de Preços e Pesquisa de Preços).

Muito embora a NLLC não tenha especificado quais normas são gerais e quais são específicas, nas ocasiões em que for possível identificar que o Poder Legislativo Federal, ao editar a NLLC, tenha invadido aspectos da função administrativa e a competência dos demais entes federativos no que tange aos procedimentos administrativos de licitação, **a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios de editar normas legais ou regulamentares, de caráter especial, permanece preservada**, de maneira que os possibilite de editar seus próprios atos, a despeito da norma pretensamente geral, notadamente porque não existe sujeição hierárquica dos demais entes federativos em relação à União.

Independentemente de como o alcance do significado de *normas gerais* será enfrentada e consolidada pelo Poder Judiciário, a estratégia de

alçar ao corpo legal normas próprias de serem tratadas em regulamento, possivelmente, não se mostrará acertada, em razão da natureza eminentemente volátil e dinâmica dessas normas de cunho instrumental/procedimental⁴⁶. O ‘congelamento’ desse tipo de norma em lei formal pode se revelar como um grande óbice à evolução administrativa.

7 – REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BORGES, Alice Gonzales. *Normas Gerais no Estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BORGES, Alice Gonzales. *Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 194, p. 97-106, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O Regime de licitações para os contratos de concessão**. In *Contratos públicos e direito administrativo*. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org). São Paulo: Malheiros, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002

NETO, Eurico Bitencourt. **Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulamentação dos serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6.

⁴⁶ Este autor espera que essas conclusões se mostrem equivocadas com o passar do tempo, que todo esse sacrifício constitucional e estratégico, de fato, traga indiscutível desenvolvimento nacional.

SARLET, Ingo Wolfgang *at al.* **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAFF, Fernando Facury *at al* (org). **Federalismo (s) sem juízo**. São Paulo: Noeses, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIMIT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.

Publicado em ____ / ____ / ____
As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:
NETO; Eduardo Grossi Franco. A ASFIXIA DO EXPERIMENTALISMO JURÍDICO, O PECADO NÃO ORIGINAL E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES . Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br . Acesso em: dd/mm/aaaa.