

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIANGELA FERREIRA CORRÊA TAMASO

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E AS NOVAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEI Nº
14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2024**

MARIANGELA FERREIRA CORRÊA TAMASO

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E AS NOVAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEI Nº
14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Administrativo, sob orientação do Prof. Dr. Marcio Cammarosano.

SÃO PAULO

2024

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Luiz e Maria de Fátima, que, com seus esforços, me guiaram na direção correta, do aprendizado constante e da dedicação.

Ao meu querido irmão, que sempre demonstrou seu orgulho por meu crescimento acadêmico.

Dedico ainda, ao meu esposo, amoroso e sempre companheiro, Marcelo Tamaso, que transforma minha vida todos os dias, apoia e valoriza a minha dedicação e paixão pelo direito e pela evolução contínua na profissão que escolhi para minha vida.

E, especialmente, à minha filha Isabela Tamaso que, espero, herde meu amor pelo estudo, pelo crescimento e pela ciência, em qualquer que seja o ofício de sua escolha.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu guia em todos os momentos.

Aos meus familiares que me acompanharam durante este Curso de Pós-Graduação: ao meu esposo Marcelo Tamaso, pela compreensão, cuidado e companheirismo, dedicados a mim durante todo o decorrer do curso. Agradeço à minha amada filha, Isabela Tamaso, pelos momentos que precisou abdicar do meu convívio, em tão tenra idade, para que eu pudesse alcançar meus objetivos.

Aos meus companheiros de trabalho, Dr. João Fernando Lopes de Carvalho e Dr. Alberto Luis Rollo, pela farta contribuição com materiais de pesquisa e pelo conhecimento que, generosamente, dividiram comigo para que este trabalho se realizasse.

E agradeço, ainda e especialmente, ao meu Professor Orientador, Doutor Márcio Cammarosano, que, ao meu lado, enfrentou todas as dificuldades e guiou meus passos na direção da realização desta empreitada.

Agradeço, por fim, ao apoio da FUNDASP, sem o qual não seria possível concluir esta importante empreitada.

RESUMO

Os princípios são espécies de norma jurídica que sustentam o sistema jurídico, disposições fundamentais que se irradiam sobre todas as normas, dando-lhes sentido e servindo de critério de interpretação e preenchimento de lacunas, de modo a dar unidade e coerência ao ordenamento jurídico. É de fundamental importância, nesse ponto, que sejam analisados aspectos conceituais acerca de contratos e licitações públicas, portanto, conforme os princípios aplicáveis, de natureza constitucional explícita ou implícita e de natureza infraconstitucional. O que se busca, a partir do presente estudo, é atender aos princípios constitucionais administrativos, em sua máxima medida, de forma a garantir, nas diversas modalidades de licitação, o atendimento ao interesse público, a seleção da melhor proposta e a isonomia dos interessados, sem engessar as atividades cotidianas das Administrações Públicas, mitigar ao máximo a prática de atos de corrupção nos procedimentos licitatórios e encargamentos de bens e serviços de interesse da Administração Pública. Sendo assim, o que se pretende com a presente pesquisa é a reflexão sobre questões relevantes presentes no texto da Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em especial nas novas modalidades de licitações nela previstas, relacionadas com os princípios constitucionais, visando a sua implantação e interpretação da maneira mais adequada do ponto de vista principiológico, contribuindo para estimular a crítica doutrinária e jurisprudencial, além de reflexões acerca das origens da Lei nº 8.666/93, suas alterações no decorrer da sua vigência, bem como as principais críticas e evoluções da jurisprudência relativamente à matéria, de forma a identificar os problemas apresentados a partir da sua aplicação e as soluções propostas pela jurisprudência e pela doutrina para contornar os problemas decorrentes do texto legal. E, finalmente, a verificação das inovações relativas às formas de contratação colocadas à disposição das Administrações Públicas, trazidas pela nova lei, comparativamente ao texto da Lei nº 8.666/93.

Palavras-chave: Modalidades de Licitação. Nova Lei de Licitações. Princípios Constitucionais. Administração Pública. Contratos Administrativos.

ABSTRACT

Principles are types of legal norms that support the legal system, fundamental provisions that radiate over all norms, giving them meaning and serving as criteria for interpretation and gap filling, in order to give unity and coherence to the legal system. It is of fundamental importance, at this point, that conceptual aspects regarding public contracts and biddings are analyzed, therefore, in accordance with the applicable principles, of an explicit or implicit constitutional nature and of an infra-constitutional nature. The aim of this study is to comply with the constitutional administrative principles, to the maximum extent, in order to guarantee, in the various bidding modalities, the fulfillment of the public interest, the selection of the best proposal and the equality of interested parties, without hindering the daily activities of Public Administrations, mitigating as much as possible the practice of acts of corruption in bidding procedures and the increase in the prices of goods and services of interest to the Public Administration. Therefore, the aim of this research is to reflect on relevant issues present in the text of Law No. 14,133/21 (New Law on Public Procurement and Contracts), especially in the new types of procurement provided for therein, related to constitutional principles, aiming at their implementation and interpretation in the most appropriate manner from a principled point of view, contributing to stimulate doctrinal and jurisprudential criticism, in addition to reflections on the origins of Law No. 8,666/93, its amendments during its validity, as well as the main criticisms and developments in jurisprudence regarding the matter, in order to identify the problems presented from its application and the solutions proposed by jurisprudence and doctrine to overcome the problems arising from the legal text. And, finally, the verification of the innovations related to the forms of contracting made available to Public Administrations, brought about by the new law, compared to the text of Law No. 8,666/93.

Keywords: Bidding Types. New Procurement Law. Constitutional Principles. Public Administration. Administrative Contracts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
CC	Conflito de Competência
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
ETP	Estudo Técnico Preliminar
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
LC	Lei Complementar
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ME	Microempresas
MS	Mandado de Segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Plano Anual de Contratações
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
PPPs	Parcerias Público-Privadas
RDC	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA...	21
1.1	Normas jurídicas: distinção entre princípios e regras.....	24
1.2	Conceito e função dos princípios no ordenamento jurídico: a importância dos princípios na definição do regime jurídico que rege as licitações.....	33
2	PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	40
2.1	Previsões do art. 37 da Constituição Federal.....	40
2.1.1	Legalidade.....	40
2.1.2	Impessoalidade.....	46
2.1.3	Moralidade administrativa.....	50
2.1.4	Publicidade.....	54
2.1.5	Eficiência.....	61
2.2	Outros princípios constitucionais aplicáveis.....	64
2.2.1	Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da indisponibilidade do interesse público.....	64
2.2.2	Princípio da motivação e princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....	74
2.2.3	Princípio da tutela e princípio da autotutela.....	80
2.2.4	Princípio da continuidade dos serviços públicos.....	82
2.2.5	Princípio da Isonomia e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.....	84
3	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE LICITAR.....	90
4	A LEI Nº 14.133/21 E SUAS INOVAÇÕES.....	96
4.1	Princípios presentes na lei de licitações e contratos.....	98
4.1.1	Princípio do planejamento.....	100
4.1.2	Princípio da segregação de funções.....	101
4.1.3	Princípio da eficácia.....	104
4.1.4	Princípio da celeridade.....	107
4.1.5	Princípio da competitividade.....	108

4.1.6	Princípio da probidade administrativa.....	112
4.1.7	Princípio da transparência.....	115
4.1.8	Princípio da vinculação ao edital.....	116
4.1.9	Princípio do julgamento objetivo.....	120
4.1.10	Princípio da economicidade.....	121
4.1.11	Princípio do desenvolvimento sustentável.....	123
4.2	O novo regramento sobre licitações e contratos administrativos instituído pela lei nº 14.133/2021.....	126
4.2.1	Fase preparatória e instrução das licitações.....	129
4.2.2	Fase externa (da divulgação do edital à homologação).....	136
4.2.3	Contratos administrativos na nova lei de licitações.....	145
5	AS NOVAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO (ART. 28 DA LEI Nº 14.133/21) ANALISADAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).....	153
5.1	Pregão.....	155
5.2	Concorrência.....	185
5.3	Concurso.....	203
5.4	Leilão.....	207
5.5	Diálogo competitivo.....	217
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	228
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	243

INTRODUÇÃO

Recente legislação, publicada em 1º de abril de 2021, editada para substituir a Lei de Licitações em vigor desde o ano de 1993, veio para aprimorar os procedimentos de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública em geral. A Lei nº 14.133/21¹ “estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, revogando, definitivamente, a anterior Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02² e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11³. E como se dará, a partir dela, a conformação dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública? A nova lei traz alterações relativamente aos valores compreendidos nos princípios constitucionais previstos no art. 37? Esses valores permanecem os mesmos ou há mudanças que levarão a novas interpretações especialmente relativamente às modalidades de licitação?

Outro aspecto a ser explorado no que se refere aos modelos de licitação previstos na Lei nº 14.133/21, que embora não sejam exatamente inéditos no ordenamento jurídico, sofreram alguma modificação pelo legislador em termos procedimentais e até mesmo conceituais, tem a ver com o formalismo, especialmente no que concerne à relação existente entre o princípio da legalidade e o princípio da vinculação ao edital, previstos na Constituição Federal e na Lei de Licitações, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também

¹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

² BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: [³ BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil \(Anac\) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária \(Infraero\); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: \[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm\) Acesso em: 05 ago. 2024.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm?origin=instituicao#:~:text=LEI%20No%2010.520%2C%20DE%2017%20DE%20JULHO%20DE%202002.&text=Institui%2C%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Uni%C3%A3o,comuns%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 05 ago. 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

mencionados expressamente e que podem apresentar uma aparente contradição com os primeiros princípios mencionados. Como essa relação influencia a nova Lei de Licitações e as suas modalidades é algo que merece uma reflexão.

O ordenamento jurídico parece caminhar para um formalismo moderado⁴, onde o cumprimento estrito das formas dá lugar ao resultado útil do ato praticado e à efetividade do direito a ser garantido. Contudo, especialmente no direito administrativo, a forma é instrumento de suma importância para a defesa dos administrados, para a segurança jurídica e previsibilidade das ações do Estado, para garantir o devido processo legal, mas qual seria a medida ideal desse formalismo nos processos licitatórios, especialmente frente aos princípios expressamente mencionados na Lei nº 14.133/21 e os dispositivos legais que guiam as modalidades de licitação nela previstas.

A Lei nº 8.666/93 sempre foi objeto de críticas, especialmente no que se refere à sua capacidade de refletir os valores contidos nos princípios constitucionais e à sua eficácia em atingir seu objetivo principal, que é assegurar as condições mais vantajosas para a Administração Pública nas diversas contratações pactuadas. Eram apontados problemas relativos ao engessamento do processo de contratação, da fragilidade de mecanismos de impedimento da ocorrência de fraudes e corrupção, do invariável encarecimento de bens e serviços fornecidos e, especialmente, a excessiva judicialização dos certames licitatórios realizados, obstaculizando, por vezes, a celeridade nas contratações e o atendimento das demandas de interesse público.

O desejo, portanto, é que a inovação legislativa, tão esperada, seja entendida e aplicada no sentido de evitar ao máximo os mesmos “defeitos” atribuídos à legislação anterior, fazendo valer os valores contidos na Constituição Federal de 1988.

A licitação é um processo administrativo⁵, previsto em lei, por meio do qual a Administração Pública, direta e indireta, em regra, procede às contratações de obras, serviços, compras e alienações de seus bens. E, como tal, deve observar a

⁴ A Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), em seus arts. 4º, 6º e 932, entre outros, indica essa nova perspectiva do direito, onde há maior preocupação com o conteúdo em detrimento da forma, adotando o princípio da primazia da decisão de mérito para possibilitar o aproveitamento de atos que contenha vícios sanáveis.

⁵ Adotamos a definição de processo (procedimento) como a sequência de atos pré-ordenados e sucessivos, destinados a alcançar um resultado final e conclusivo, conforme entendimento defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021).

lei e os princípios da Administração Pública, definidos expressamente e implicitamente no texto constitucional, bem como na legislação que regula a matéria. Desde o ano de 1993, tais procedimentos vinham sendo conduzidos nos termos da Lei nº 8.666/93⁶, destinada a regular o art. 37, XXI, da CF/88, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Alvo de diversas críticas por parte dos operadores do direito e mesmo dos servidores responsáveis pela aplicação de suas normas, especialmente no que toca o excesso de burocracia e fragilidades no controle de atos de ilegalidade na condução dos procedimentos, a chamada Lei de Licitações foi revogada, em 2021, com previsão de período de transição para que os órgãos da Administração Pública se adaptassem ao novo regime jurídico aplicável, que passou a ser adotado de forma exclusiva no ano de 2024.

Para Odete Medauar:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado⁷.

E esse processo administrativo encontra especificidades de acordo com a modalidade de contratação adotada pelo ente público contratante, nas hipóteses e características estabelecidas no texto legal e devem observar, em todos os casos, os princípios constitucionais aplicáveis. Os princípios são espécies de norma jurídica que sustentam o sistema jurídico, disposições fundamentais que se irradiam sobre todas as normas, dando-lhes sentido e servindo de critério de interpretação, de modo a dar unidade e coerência ao ordenamento jurídico. É de fundamental importância, portanto, que sejam analisados aspectos conceituais acerca de contratos e licitações públicas, em conformidade com os princípios aplicáveis, sejam eles de natureza constitucional, explícita ou implícita, ou de natureza infraconstitucional.

A Lei nº 14.133/21 dispõe, em seu art. 5º, que:

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175.

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942⁸ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)⁹.

Mas, seria esse rol de princípios de aplicação obrigatória exaustivo? Os cinco primeiros princípios mencionados no dispositivo legal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) têm acento constitucional, por conta de previsão expressa contida no art. 37 da CF/88, mas outros princípios constitucionais não elencados no dispositivo legal também vão interferir nas contratações realizadas pela Administração Pública, nos termos da nova legislação.

No Direito, o termo “princípio” recebeu diversas definições ao longo dos tempos, como será demonstrado mais adiante. Entretanto, para os fins do presente estudo, é preciso, logo de entrada, indicar que será adotado o conceito de princípio como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo seu espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico¹⁰.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88)¹¹ é a “Lei Fundamental” do Estado, a norma superior de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que determina como devem ser criadas, interpretadas, integradas e executadas as demais normas, atuando como limitadora do seu conteúdo e do seu significado. Os princípios constitucionais nela contidos servem, portanto, como ponto de partida, como parâmetro norteador para todo o sistema jurídico em vigor.

⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 46.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

No texto Constitucional, em toda sua extensão, estão elencados princípios constitucionais aplicáveis a todas as disciplinas do Direito.

Como exemplo dos princípios constitucionais, pode-se apontar o princípio federativo, decorrência da previsão contida no art. 1º da CF/88, o princípio da legalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da soberania, entre outros, de suma importância na definição das normas de direito em geral e da sua interpretação, integração e execução. Tais princípios, gerais, são aplicáveis a todas as áreas do Direito, como direcionadores da interpretação das normas, atos e relações jurídicas.

Por outro lado, o texto constitucional traz princípios específicos, destinados a reger especialmente determinadas áreas do Direito, como é o caso dos princípios da Administração Pública. São normas que constituem a metodologia de interpretação do Direito Administrativo e, portanto, de toda a legislação e os atos administrativos praticados pelos diversos atores atuantes nas Administrações Públicas direta e indireta. Mais uma vez, citando José Afonso da Silva, são, para além de orientadores da prática administrativa, garantidores da boa administração, caracterizada pela boa gestão dos interesses públicos, de maneira honesta e proba¹².

Os princípios da Administração Pública têm raízes constitucionais implícitas ou explícitas, e são aplicados em conformidade com os demais princípios constitucionais, de aplicação geral, em completa harmonia. Não há hierarquia entre os princípios, e nas palavras de Humberto Ávila:

[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que características dianteiras das regras é a previsão do comportamento¹³.

A partir dessas premissas, é possível afirmar que todas as normas e atos de Direito Administrativo devem, desde a sua concepção pelo Poder Legislativo, até a sua interpretação e execução, nortear-se pelos princípios constitucionais, mormente

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 667.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

pelos princípios da Administração Pública insculpidos especialmente no art. 37 da CF/88. Entre estes, está a obrigação de licitar prevista no inciso XXI. Em regra, qualquer aquisição ou disposição de bens ou serviços perpetrada pela Administração Pública deve ser precedida de licitação. Ainda no texto constitucional, o dever de licitar recebe destaque no inciso XXVII do art. 22 e no caput do art. 175, indicando que o constituinte originário deu amplo destaque para a licitação como procedimento próprio de contratação pelo Estado. Há as exceções, previstas em lei, mas, em regra, vigora o dever de licitar.

O principal desafio da nova lei, e o que se busca, a partir do presente estudo, identificar sugestões, é atender aos princípios constitucionais administrativos, em sua máxima medida, de forma a garantir, nas diversas modalidades de licitação, o atendimento ao interesse público, a seleção da melhor proposta e a isonomia dos interessados, sem engessar as atividades cotidianas das Administrações Públicas, mitigar ao máximo a prática de atos de corrupção nos procedimentos licitatórios e encarecimentos de bens e serviços de interesse da Administração Pública. É esse equilíbrio entre eficiência e econômica, controle e fluidez, a resposta para uma Administração pronta para atender às necessidades da população, sempre em movimento.

O art. 28 da Lei nº 14.133/21 prevê, como modalidades de licitação, o (i) pregão; (ii) a concorrência; (iii) o concurso; (iv) o leilão; (v) o diálogo competitivo, sendo esta última uma novidade, enquanto as demais sofreram alterações procedimentais, mas já eram utilizadas com razoável satisfação pelos órgãos da Administração Pública. Outras, como a carta convite e a tomada de preços foram excluídas do rol de modalidades de licitação, talvez em razão da fragilidade de tais procedimentos na concretização dos princípios da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF/88.

O que se pretende, a partir do presente estudo, é encontrar a melhor interpretação da Legislação, especialmente no que se refere às modalidades de licitação nela previstas, sendo imprescindível uma análise, de todo o seu conteúdo relativamente à atuação dos princípios constitucionais no decorrer dos procedimentos licitatórios à disposição dos entes administrativos. E mais detalhadamente os princípios constitucionais direcionados aos atos praticados pela Administração Pública.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com a licitação:

[...] atende-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos no art. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame – e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V da Carta magna brasileira¹⁴.

O tema é instigante, extremamente atual e apto para promover a reflexão a respeito da legalidade, do interesse público, da efetividade e da economicidade dos atos praticados pelos entes da Administração Pública, questões cada vez mais exigidas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização dos atos dos gestores e mesmo pela população, cada vez mais preocupada com o uso adequado do dinheiro público e com o combate aos atos de corrupção. Tais fundamentos que só estarão presentes, se o catálogo de princípios constitucionais e legais, especialmente os que norteiam a Administração Pública, for constantemente implementado quando da aplicação da Lei.

Ademais, o estudo da Nova Lei de Licitações, especialmente da adequação das formas de contratação nela previstas ao texto constitucional, tem reflexos, também, na responsabilização dos agentes públicos pela realização dos contratos administrativos, especialmente nos cuidados exigidos para a realização dos princípios constitucionais, seja na implementação de medidas de *compliance* nos setores da Administração Pública, seja na investigação e punição de eventuais desvios.

Sendo assim, o que se pretende com a presente pesquisa é a reflexão sobre questões relevantes presentes no texto da Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em especial nas modalidades de licitações nela previstas, relacionadas com os princípios constitucionais, visando a sua implantação e interpretação da maneira mais adequada do ponto de vista principiológico, contribuindo para estimular a crítica doutrinária e jurisprudencial. Há uma conformidade entre o comportamento dos Princípios da Administração Pública incidindo sobre a antiga Lei nº 8.666/93, com a sua incidência sobre a nova legislação?

Sob esse aspecto devem ser pensados os procedimentos licitatórios previstos na nova lei, se capazes de atender à eficiência necessária à Administração, se mais

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 432.

vantajosos que aqueles previstos na legislação anterior, se adequados aos componentes técnicos à disposição das Administrações Públicas e acerca da máxima aplicação do princípio da publicidade no estabelecimento da modalidade licitatória e das regras que serão adotadas.

Com vistas à necessidade do estudo do Direito em nível científico, à atualização constante do pensamento jurídico e considerando a evolução social, política e tecnológica da sociedade contemporânea, primordial a dedicação de pesquisadores em refletir sobre esses novos diplomas legais, apresentando alternativas de reflexão ao operador do Direito relativamente a novas situações e problemáticas extraídas das inovações propostas, bem como adequá-las aos valores contidos nos princípios da Administração Pública, previstos na CF/88.

Os contratos e licitações ocorrem rotineiramente nos diversos entes da Administração, sob a condução e responsabilidade de servidores públicos, efetivos ou não, que podem e devem ser responsabilizados pela boa condução dos procedimentos previstos na legislação de regência. Assim, é de suma importância a sua análise e verificação de suas particularidades, de modo a dirimir as dúvidas e afastar as interpretações em desacordo com o significado dos princípios constitucionais, buscando convergir a vontade do legislador com as diretrizes constitucionais.

O que se pretende é analisar as modalidades de licitação criadas a partir da edição da Lei nº 14.133/21, sob a incidência dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública em suas contratações e na direção de dar-lhes a mais ampla efetividade, considerando as disposições doutrinárias e as evoluções e mudanças jurisprudenciais ocorridas nos últimos anos acerca das previsões contidas na Lei nº 8.666/93.

A intenção do presente estudo é realizar um trabalho descritivo das principais características e finalidades dos institutos à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, no sentido de dar-lhes maior efetividade no atingimento do interesse público, bem como mitigar os riscos de responsabilização dos agentes envolvidos na gestão dos contratos públicos e daqueles que atuam como ordenadores de despesa nos diversos entes da Administração Pública. Para tanto, é imprescindível, em etapa anterior, uma breve análise dos conceitos de princípios administrativos presentes na doutrina, apontando aquele que será adotada para a finalidade do presente estudo, acompanhado de uma sucinta apreciação daqueles

previstos na CF/88 e também na Lei nº 14.133/21. A observância estrita aos princípios constitucionais, sem dúvidas, levará a procedimentos licitatórios mais seguros e vantajosos para a Administração Pública, bem como ao atendimento do interesse público na realização dos contratos administrativos.

Em resumo, o que se pretende é analisar esse quadro contemporâneo proposto pelas inovações contidas na Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitação), conforme os critérios e para a efetivação dos princípios previstos na CF/88, especialmente aqueles direcionados aos atos praticados pela Administração Pública.

Com a finalidade de alcançar o objetivo anteriormente delineado, se faz necessária a aplicação de uma metodologia científica adequada, propiciadora de uma reflexão profunda sobre os denominados “Princípios Constitucionais” e os “Princípios da Administração Pública”. Para tanto, serão exploradas as noções teóricas do tema. Também é importante a compreensão preliminar do procedimento de licitação e dos contratos administrativos e a sua importância para as atividades cotidianas na Administração Pública, bem como os reflexos de sua má-gestão e dos seus vícios nos resultados da Administração e na responsabilização dos agentes por eles responsáveis.

Também serão realizadas reflexões acerca das origens da Lei nº 8.666/93, suas alterações no decorrer da sua vigência, bem como as principais críticas e evoluções da jurisprudência relativamente à matéria, de forma a identificar os problemas apresentados a partir da sua aplicação e as soluções propostas pela jurisprudência e pela doutrina para contornar os problemas decorrentes do texto legal.

Ao final do estudo, o que é de maior relevância, é a verificação das inovações relativas às formas de contratação colocadas à disposição das Administrações Públicas, trazidas pela Lei nº 14.133/21, comparativamente ao texto da Lei nº 8.666/93, que foi revogada em 30 de dezembro de 2023, especialmente relativamente ao comportamento dos princípios constitucionais nelas refletidos.

Estabelecidas as dimensões teóricas, pontuadas as divergências doutrinárias, jurisprudenciais e políticas do tema, passa-se a identificar as “inovações” trazidas pela Lei nº 14.133/21, a sua adequação ao texto constitucional e à jurisprudência que vem se firmando hodiernamente acerca da matéria, o seu potencial em dar refletir os princípios constitucionais, especialmente àqueles que regem a

Administração Pública, bem como eventuais problemas que possam surgir a partir da aplicação destas novas formas de contratação nos casos concretos.

Alguma doutrina já se desenvolveu tratando do novo diploma legal, mas em quantidade ainda pequena e pouco baseada em casos práticos, haja vista a pouca adesão das Administrações Públicas ao regime implementado pela Lei nº 14.133/21, especialmente no que se refere ao tema delimitado, de forma que a análise dos novos tipos de licitação previstos na Lei nº 14.133/21 será feita com base na doutrina geral sobre princípios constitucionais e específica sobre os princípios que regem a Administração Pública, bem como sobre as licitações e contratos públicos. Também será realizado um amplo estudo da jurisprudência firmada nos últimos anos, especialmente aquelas que direcionam a solução dos problemas concretos para as novas modalidades de licitações e suas características, previstas pelo legislador, bem como, a partir dos princípios constitucionais e das regras que norteiam a Administração Pública, estudar as novas modalidades de licitação e suas particularidades, de acordo com a vontade do legislador. O que se tem em mente, a partir do presente estudo, é investigar os princípios como noções que vão instrumentalizar a compreensão das modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/21¹⁵, que veio para regular as licitações e os contratos administrativos, sob uma perspectiva sistemática das regras pertinentes às licitações e como os princípios podem nortear os processos em sentido diverso das críticas anteriormente dirigidas à Lei nº 8.666/93.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Dispõe o art. 1º da CF/88 que, o Brasil é uma República Federativa, formada por Estados, Distrito Federal e Municípios constituído como Estado Democrático de Direito. E como tal deve organizar seus poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) de forma que convivam de maneira harmoniosa e independentes entre si, limitados conforme a função precípua de cada qual e com o dever de garantir o exercício dos direitos individuais e sociais a todos os cidadãos.

Enquanto Estado constituído sob a forma de “Estado Democrático de Direito” os poderes devem ser exercidos por quem detenha competência para tanto, possuindo três funções públicas preponderantes, aquinhoadas entre os chamados “Poderes”. Nessa linha, tem-se como preponderantes as funções legislativas, judiciárias e executivas ou administrativas, cuja predominância (e não exclusividade) identificam os três Poderes que compõem o Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Afirma-se a predominância da função porque, além do exercício de sua função típica, cada um dos Poderes constituídos desempenha o exercício atípico de outra função que não a sua típica. Entre as funções típicas mencionadas, a função legislativa (consubstanciada na competência de legislar, inovando o ordenamento jurídico) e a função judiciária (atribuída a quem deva compor os litígios levados a conhecimento do Estado, de forma definitiva), a função administrativa é aquela que suscita maiores debates e a que, neste estudo, nos é relevante.

A função administrativa é, pois, espécie de função pública consistente no dever atribuído ao agente público, em nome da Administração Pública, de atender ao interesse público, da coletividade, que dispõe para tanto de prerrogativas, bens, servidores e submetem-se a restrições e limitações objetivamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Não é por outra razão que o art. 2º da CF/88 estabelece como “deveres” do Estado, inclusive no cumprimento de sua função executiva ou administrativa, a realização de ações como construir, erradicar, reduzir, promover que exigem um comportamento ativo.

O Estado, ao exercer a sua função administrativa, seja no âmbito do Poder Executivo que a tem como função típica, seja no cerne dos demais Poderes constituídos, deve observar determinado regime jurídico, especificamente definido a partir das características próprias do exercício das funções estatais.

O Direito, entendido como o conjunto de normas que disciplina o comportamento humano em dado tempo e espaço, caracterizado pela obrigatoriedade e pela institucionalização emanada de autoridade competente¹⁶, impresso na CF/88, nas leis em geral e demais atos que produzam efeitos jurídicos, não possui comandos normativos isolados. Os preceitos normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro têm como fundamento máximo a CF/88 e se apresentam de forma escalonada, compondo um sistema jurídico, que pode ser organizado metodicamente em sistemas parciais, “e o sistema normativo parcial aparece sempre profundamente comprometido com o sistema fundamental, com a matriz do direito positivo, a constituição”¹⁷.

O Direito se divide em dois grandes ramos: Direito Privado e Direito Público. O Direito Público, especialmente o ramo do Direito Administrativo, se ocupa dos interesses da sociedade como um todo, os chamados interesses públicos, cujo atendimento não é uma escolha pessoal, mas um dever do qual aquele que está agindo em nome do Estado não pode se escusar ao cumprimento. Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, não há, portanto, espaço para autonomia da vontade dos agentes públicos, que é substituída pela ideia de função, do dever de atendimento ao interesse público¹⁸.

Esses sistemas parciais, também denominados de regimes jurídicos, são identificados no todo a partir de um conjunto de princípios e regras que caracterizam determinado ramo do Direito, diferenciando-o dos demais. O regime jurídico administrativo se forma, portanto, dos princípios e regras peculiares à matéria, relacionados entre si de maneira lógica, coerente e unitária compondo um sistema. Como ramo jurídico autônomo, o Direito Administrativo é dotado de princípios e regras especificamente direcionados para o seu objeto, coesos, que formam o regime jurídico administrativo.

O Regime Jurídico Administrativo se forma a partir de um conjunto de regras e princípios que definem prerrogativas e contenções à Administração Pública, com a finalidade de permitir que sejam realizados os interesses da coletividade. Daí

¹⁶ No mesmo sentido é a definição adotada por Marcio Cammarosano em: CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). Crises e reformas legislativas na agenda de Direito Administrativo. **XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-151, 2018, p. 143.

¹⁷ ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968, p. 8.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

podemos extrair a importância dos princípios no ordenamento jurídico, já que desempenham papel indispensável para a definição dos componentes de um regime jurídico a partir de uma visão de unidade e coerência dentro de uma pluralidade de normas.

O termo princípio, do ponto de vista semântico, apresenta-se com inúmeros significados. Ora se apresenta como “1. Momento em que uma coisa, ação, processo etc. passa a existir; começo, exórdio, início [...]” ou como “2 Causa primeira de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas propriedades essenciais ou características; razão [...]”, “3 Em uma área de conhecimento, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo desenvolvimento posterior deve ser subordinado [...]”, ou ainda como “4 Regra ou norma de ação e conduta moral; ditame, lei, preceito [...]”¹⁹.

Na doutrina empenhada no estudo do Direito Administrativo, da mesma forma, alguns conceitos de princípios foram desenvolvidos ao longo dos anos, como se verá mais à frente. Entretanto para os fins da abordagem que será levada a efeito no presente trabalho, o conceito que será adotado é o de princípio como mandamento nuclear do sistema jurídico administrativo. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, temos que princípio é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente para definir a lógica e a racionalidade no sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico²⁰.

E nessa linha, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, pois é exatamente nos princípios constitucionais que estão personificados os bens e valores que são fundamentos de validade de todo sistema jurídico vigente. O art. 37 da CF/88 aponta expressamente o dever da Administração Pública de observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da efetividade. Esses são os princípios explícitos, porque expressamente apontados no texto constitucional.

¹⁹ DICIONÁRIO MICHAELLIS. **Princípio**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/princ%C3%ADpio/> Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53.

Não se desconhece que a Administração Pública deve observar também os princípios implícitos, aqueles que decorrem de um raciocínio lógico do texto constitucional, de uma análise sistemática dos preceitos ali contidos e logicamente dos princípios expressos. Contudo, o recorte proposto para o tema considera para os fins da análise das novas modalidades de licitação introduzidas pela Lei nº 14.133/21, apenas aqueles expressamente mencionados no texto constitucional e na própria Lei de Licitações. Não porque os princípios implícitos sejam menos importantes para os fins científicos propostos no presente estudo, mas porque exigiriam muito mais linhas do que aqui estão disponíveis e imporiam ainda mais desafios no desenvolvimento do estudo de cada um deles. Mas certamente representam valioso objeto de pesquisa em uma outra oportunidade.

Vale destacar que alguns princípios constitucionais implícitos foram expressamente mencionados na Lei nº 14.133/21, que elenca expressamente em seu art. 5º serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, expressamente disposto no art. 37 da CF/88 e os princípios do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, alguns deles subprincípios decorrentes dos princípios constitucionais.

Os princípios acima elencados são peculiares ao Direito Administrativo e guardam, entre si relação de coerência e unidade, compondo o regime jurídico administrativo.

1.1 Normas jurídicas: distinção entre princípios e regras.

Após um primeiro contato com o tema atinente aos princípios que norteiam a Administração Pública, com especial destaque para aqueles previstos expressamente no texto constitucional e aqueles que vieram também expressos no texto da Nova Lei de Licitações e Contratos, é imperioso compreender em que consistem os princípios.

Embora o recorte do presente estudo não seja tratar de maneira aprofundada sobre a teoria dos princípios e analisar de maneira crítica as diversas definições

recebidas da doutrina, é importante, para o desenvolvimento do tema central do trabalho conhecer as teorias desenvolvidas e aquela especificamente adotada para os fins da análise do texto da Lei de Licitações e Contratos, indicando ao leitor o sentido que deve ser empregado por cada um dos princípios analisados.

Como normas compreendem-se aqueles preceitos que tutelam situações hipoteticamente definidas do comportamento humano, em termos gerais e abstratos, de cumprimento obrigatório, cuja característica é a possibilidade de ter seu cumprimento exigido, se necessário, com o emprego da força, da coerção, o que se chama coercitividade.

Humberto Ávila defende que as normas não se confundem com os textos ou com o conjunto de textos, mas reflete o trabalho desenvolvido pelo intérprete a partir da leitura do conjunto de normas sistematicamente considerados. É o resultado interpretativo sem qualquer relação de dependência com um determinado dispositivo legal.²¹ Para Márcio Cammarosano as normas jurídicas, em sentido amplo, são prescrições jurídicas, com modelos de maior ou menor graus de generalidade e abstração (princípios e regras), sistematicamente e hierarquicamente organizadas²².

As normas jurídicas são, portanto, gênero no qual se enquadram as espécies princípios e regras que desempenham papéis distintos dentro do sistema normativo. Sendo assim é de rigor compreender como a doutrina distingue as regras dos princípios, como instrumento útil para a definição do conceito de princípios e sua função ordenamento jurídico que adotaremos para analisar as modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/21.

Na doutrina, algumas correntes se formaram na empreitada de distinguir os princípios das regras. E é preciso que se diga que, mais recentemente, essa empreitada pareceu contar com maior empenho de determinado segmento da doutrina, no sentido de desestruturar a teoria predominante, principalmente defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello.

Como dito, no decorrer dos anos, é possível identificar ao menos duas correntes em destaque na doutrina atual, no tratamento da temática dos princípios e da distinção entre princípios e regras: aquela que identifica os princípios como

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

²² CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). Crises e reformas legislativas na agenda de Direito Administrativo. **XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-151, 2018.

estruturantes para o sistema jurídico e outra que os identifica como valores positivados que devem ser realizados na maior medida possível. Trataremos de maneira superficial sobre cada uma delas mais adiante, destacando, entretanto, que para o presente estudo a corrente adotada é aquela defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello.

A corrente mais antiga e ainda a dominante na doutrina é aquela que considera o princípio jurídico como a ideia “chave” do sistema jurídico em vigor, a sua viga mestra, os alicerces do sistema normativo. Princípios jurídicos são, nesse sentido, os elementos estruturantes do sistema normativo. É o que lhe dá coerência e ordenação.

O principal defensor desta corrente, já defendida por autores como Geraldo Ataliba, José Gomes Canotilho, Miguel Reale, entre outros, foi Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem o princípio é verdadeiro alicerce do sistema jurídico. Segundo o autor os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, aquilo que lhe dá sustentação, disposições fundamentais que refletem em todas as normas que compõem o sistema de forma a auxiliar na sua melhor compreensão e interpretação de maneira harmônica. Desta forma, segundo sua concepção, a interpretação da norma em desacordo com os princípios implica em grave violação a todo o sistema de comandos, subversão aos valores fundamentais positivados e deformação de sua lógica e unicidade.

Diante dessa concepção a interpretação das normas de Direito Administrativo de maneira lógica, coesa e unitária, depende do conhecimento e incidência dos princípios na sua compreensão e inteligência. Conforme o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio é uma “disposição fundamental” que esparge sobre as demais normas, constituindo sua alma e atuando como definidor do sentido interpretativo que será desenvolvido. Isso implica dizer que a interpretação da norma a ser adotada será aquela mais afinada com os princípios jurídicos, que são “vetores para soluções interpretativas”²³.

Os princípios, portanto, segundo essa corrente, possuem elevada carga axiológica e elevado grau de fundamentalidade relativamente às demais normas do sistema jurídico, dando “liga” ao ordenamento jurídico no que se refere à coesão e coerência na sua interpretação e aplicação.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53-54.

Geraldo Ataliba²⁴, ao tratar do tema, afirma que os princípios gerais do direito são as “linhas mestras” norteadoras do sistema jurídico, representando a substância última da vontade popular a ser refletida como vetor finalístico de toda a legislação.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de relatoria do Ministro Amaral Santos, proferido ainda antes da CF/88, já afirmava que os princípios gerais do direito “[...] segundo Wilson de Souza Campos Batalha, são, em primeiro lugar, os que derivam das normas particulares do ordenamento jurídico e, em segundo lugar, os que se harmonizam com os valores de determinada cultura e em determinado tempo (Introdução ao Direito, nº 67, pg. 261)”, indicando a fundamentalidade dos princípios e o alto grau de abertura que apresentam.

Por outro lado, ainda na linha desta corrente doutrinária, as regras teriam menor carga axiológica, portanto, já que se apresentariam com sentido deôntico mais completo, definindo o dever ser e o consequente. São normas que impõem uma ordem objetiva de permissão, proibição ou de obrigação de determinadas condutas. Expressam, portanto, um comportamento que deve ser adotado, uma hipótese que sempre que identificada no caso concreto traz consigo consequências prescritas. Seu conteúdo axiológico é reduzido uma vez que as regras costumam ser definidas como a concretização dos princípios e teriam, por isso, maior caráter instrumental em contraposição ao caráter fundamental atribuído aos princípios. As regras se caracterizam pelo “tudo ou nada”, sendo que a aplicação de uma regra pressupõe a inexistência de outra regra válida para o caso concreto ou a existência de uma exceção a permitir a opção por uma regra em detrimento de outra. As regras são ou não aplicadas, sem a possibilidade de ponderação com outra que, em tese, possa ser aplicada no caso concreto.

Tendo como base essa teoria, tem-se que a distinção entre princípios e regras é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade, com forte carga axiológica, estruturantes do sistema jurídico.

Em paralelo à corrente acima mencionada (e não exatamente em contraposição), uma corrente mais recente vem se solidificando no sentido de dizer o conceito de princípio sem qualquer vinculação à fundamentalidade da norma, mas em função de sua estrutura normativa.

²⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34.

Na esteira dos inúmeros críticos ao positivismo jurídico²⁵ e na suposta contribuição desta doutrina para sustentar ideologicamente os regimes totalitários no campo do Direito, Ronald Dworkin, inova relativamente ao significado da palavra “princípio”, passando a utilizá-la como denominação das normas jurídicas que dão razão para uma decisão.

Conforme a teoria desenvolvida por Dworkin os princípios possuem diferentes pesos e, por isso, não se submetem à regra do tudo ou nada, podendo num caso serem aplicados e no outro não, sem perder sua vigência e sua validade. Ao contrário disso, as regras se submetem à “regra do tudo ou nada”, uma vez que diante da inexistência de outra regra superior que as invalide (critério hierárquico) ou outra regra posterior que as revogue (critério cronológico) ou outra regra que as excepcione (critério da especialidade), elas devem, se ocorrido o fato descrito em sua hipótese, ser aplicadas.

Apoiado na missão de “lançar um ataque geral contra o positivismo”²⁶ escolhendo a concepção defendida por Herbert Hart, Dworkin elaborou o artigo intitulado “O modelo das regras”, onde se dedicou a identificar os princípios, sua função e alcance, considerando que ao raciocinarem ou debaterem os direitos e obrigações jurídicos, em especial os hard cases (casos difíceis), os juristas valem-se de padrões que não funcionam como regras, mas como princípios ou políticas, ou seja, outras espécies normativas.

E nesta toada busca a distinção entre regras e princípios, afirmando que se trata de uma diferença de “natureza lógica”, distinguindo-se “quanto à natureza da orientação que oferecem”, uma vez que:

[...] as regras são aplicáveis segundo a regra do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Um princípio..., enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular²⁷.

²⁵ Para ilustrar o pensamento positivista, sem a pretensão de se aprofundar na matéria, é importante citar Norberto Bobbio, para quem o positivismo jurídico, *latu sensu*, é “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26).

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-41.

Consequência disso, segundo o britânico, seria a dimensão de peso e importância atribuída aos princípios, de modo que a força relativa de cada qual seria considerada no caso concreto, enquanto a regra é funcional, de tal modo que no caso de conflito de regras uma delas não será válida. Especialmente em casos difíceis (*hard cases*) os princípios desempenham papel fundamental na argumentação que ampara decisão jurídica, e a partir de então, deslinda a regra particular ao ser utilizado pelo Tribunal para explicar, enquanto fontes de autoridade, a aplicação de uma nova regra. Como conclusão afirma que as obrigações jurídicas passam a existir sempre que os princípios que fundamentam a sua existência sejam mais fortes do que aqueles que justificaram o seu afastamento.

Nota-se que as lições sustentadas por Dworkin refletem os primeiros passos no sentido de sustentar cientificamente que os princípios poderiam fundamentar as decisões judiciais, mesmo que não estejam positivados ou mesmo que fossem contrários ao direito posto.

Esses primeiro passos, contudo, foram criticados por Alexy, que se debruçou sobre a teoria do britânico buscando o seu aperfeiçoamento na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, que serve de alicerce para as características que definem o movimento atualmente denominado pós-positivismo²⁸.

Segundo sua construção, a partir da proposta de Dworkin, as regras são determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, os princípios são mandados de otimização no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas. Em trabalho específico sobre o tema, Alexy observa que a regra do tudo ou nada não funciona como aparentemente parece funcionar. Uma regra pode não ser aplicada e continuar vigente e válida apesar de inexistir outra regra superior, posterior ou especial. Isso porque por trás de toda regra está um princípio e este pode colidir com princípios opostos levando ao afastamento da regra. Dessarte: a ponderação de princípios pode levar ao estabelecimento de uma exceção implícita à regra; logo, regras não são afastadas apenas por outras regras, mas também pela ponderação de princípios.

Em sua teoria, Alexy, reconhecendo que princípios e regras são espécies de normas, afirma que os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser

²⁸ Segundo Luís Roberto Barroso “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra)” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, 2006, p. 54).

realizado na maior medida possível, conforme as condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto. Por isso ele os denomina como mandamentos de otimização²⁹. Isso significa dizer que os diversos princípios presentes no sistema jurídico comportam variado grau de satisfação, cuja medida dependerá não só dos fatos apresentados, como também das possibilidades jurídicas. No que se refere às possibilidades jurídicas, o autor alemão aponta que é possível a presença de colisão entre os princípios de maneira que nesta hipótese um dos princípios deverá ceder em favor do maior atendimento possível do outro princípio aplicável à espécie. Mostra-se, portanto, que a solução da colisão de princípios se dá na dimensão do peso³⁰.

Por outro lado, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, as regras se apresentam sob outros aspectos, uma vez que são satisfeitas ou não, inadmitindo variáveis, importando questionar apenas a sua validade. São determinações, e diante de um conflito com outra regra, a solução exige a presença de uma cláusula de exceção ou da invalidade mesmo de uma das regras aplicáveis. As cláusulas de exceção se referem a condições excepcionais que afastam a aplicação de determinada regra quando presente no caso concreto. Já a invalidade extirpa a regra do ordenamento jurídico, conforme regras jurídicas nele mesmo previstas.

Das razões sinteticamente apresentas acima, temos que a distinção entre princípios e regras “aperfeiçoada” por Alexy é qualitativa e não de grau (de generalidade, de complexidade, de fundamentalidade, de abertura). Sobre o tema, Fábio Konder Comparato afirmou que mesmo considerando os princípios como mandamentos de otimização, nos termos propostos por Alexy, não há impossibilidade de um princípio seja realizado em sua máxima medida, isto é, em sua inteireza, desde que as circunstâncias fáticas e jurídicas convirjam para tanto³¹.

Ao distinguir princípios e regras com base na qualidade das espécies, atribuindo aos princípios a característica de mandamentos de otimização, realizados na maior medida possível, no caso de colisão entre dois ou mais princípios a definição daquele que será aplicado se dá por meio da ponderação.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos direitos humanos. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 40, p. 3-8, 2001, p. 5.

Quando se apresenta uma situação de tensão entre dois princípios que se contrapõem, a solução não pode ser no sentido de dar uma prevalência absoluta a um dos princípios envolvidos. A “colisão” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos. A reflexão acerca de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto se realiza por meio de três premissas parciais: (i) a necessidade; (ii) a adequação e a (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Robert Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas³².

Como define o STF:

Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejável), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)³³.

Em apertada síntese, a máxima da adequação prevê que uma medida é adequada sempre que consiga ser minimamente eficaz para fomentar a concretização ou realizar a sua finalidade. Já a máxima da necessidade perquire acerca da inexistência de outro ato igualmente eficaz em realizar a finalidade perseguida, restringindo em menor medida o direito em questão. Por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito exige que haja uma compensação da restrição a determinado bem jurídico promovida pela medida, pela promoção de um interesse antagônico.

E é importante que se diga que as três máximas, que segundo Alexy, definem o princípio da proporcionalidade são subsidiárias, ou seja, uma vez afastada uma delas, sequer se perquire acerca das demais.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, Relator: Min. Moreira Alves, DJ 19/03/2004.

Na doutrina pátria, são adeptos da acepção defendida por Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva, Ricardo Marcondes e outros.

Como já mencionado ao iniciar o tema, afirmamos que a finalidade do presente estudo não é o aprofundamento das teorias que tratam da distinção entre princípios e regras, mas apenas e tão somente apresentar as definições que hoje permeiam a doutrina jurídica para, ao final definir aquela que será seguida no desenvolvimento do presente trabalho.

Nesse estudo a definição aplicada ao tratar dos dispositivos legais contidos na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21), como já adiantamos, é aquela adotada por Celso Antonio Bandeira de Melo, que define os princípios como em sentido técnico para identificar apenas as ideias-chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo, cuja finalidade é servir como elementos aglutinadores das normas, de maneira a dar racionalidade e coerência, ao todo.

Ricardo Marcondes afirma que:

Por outro lado, a correta aplicação do Direito dá-se pela ponderação e pela subsunção, de modo que, quem nega o conceito da terceira fase, restringe a aplicação à subsunção e, assim, a uma aplicação jurídica equivocada. Por isso, há que se manter a ambiguidade na linguagem jurídica: as duas referências são indispensáveis e, infelizmente, são denominadas pelo mesmo rótulo³⁴.

Entretanto ousa discordar, admitindo, por entender pela compatibilidade, a ponderação entre princípios para solucionar eventual possibilidade de mais de um princípio ao caso concreto, mesmo que a definição adotada não os reconheça como mandamentos de otimização.

Explico: o termo “ponderação” deriva de ponderar, analisar, maturar, avaliar. Deriva do latim *ponderare*, “pesar”, por extensão, “avaliar, pensar sobre”. Em determinados casos concretos é possível que o direito posto aplicável atraia a incidência de mais de um princípio com objetivos jurídicos distintos, de maneira que “ponderar” a aplicação deles tendo em conta a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, se mostra uma maneira adequada de definir aquele que melhor atenderá à racionalidade e coesão do sistema.

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

Como se pode notar a definição dos princípios depende especialmente da distinção adotada, demonstrando que teorias coerentes não são desconhecidas do autor, que apenas deixou de adotá-las por filiar-se exclusivamente à distinção feita por Celso Antonio Bandeira de Melo, considerando a ponderação como meio adequado no caso da existência de mais de um princípio aplicável ao caso concreto.

E, diante de tantas definições coerentes, mas não coincidentes, se faz necessário dentro da tradição teórica, definir aquela adotada, para que os conceitos do intérprete estejam alinhados com o do autor, numa adequada manutenção interpretativa.

1.2 Conceito e função dos princípios no ordenamento jurídico: a importância dos princípios na definição do regime jurídico que rege as licitações

Após analisarmos a definição de norma jurídica e compreendermos os princípios como espécie de norma jurídica, distintos das regras de direito, identificando que para o desenvolvimento do presente estudo, princípio será entendido como “elemento estrutural do sistema”, como alicerce do ordenamento jurídico, incidente sobre todas as normas de direito (em sentido amplo), é possível conceituar os princípios e definir seu papel no ordenamento jurídico.

Enquanto na definição apresentamos objetivamente o que é princípio para os fins do desenvolvimento teórico deste estudo, evitando a ambiguidade, nesse ponto o que se pretende é apresentar o conceito de princípio, visando a construção de sentido sobre o tema, permitindo a quem lê interpretações mais livres.

Antes de mais nada é preciso afirmar que como Direito compreende-se o conjunto de normas, regras e princípios, institucionalizadas, dotadas de poder coercitivo, que disciplinam a vida em sociedade, e que se divide em dois grandes ramos: Direito Privado e Direito Público.

O Direito Público, especialmente o ramo do Direito Administrativo, tem como principal ocupação a garantia e defesa dos interesses da sociedade como um todo, os chamados interesses públicos, cujo atendimento não é uma escolha pessoal, mas um dever do qual aquele que está agindo em nome do Estado não pode se escusar ao cumprimento.

Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, não há, portanto, espaço para autonomia da vontade dos agentes públicos, que é substituída pela ideia de função, do dever de atendimento ao interesse público³⁵.

O Direito Administrativo está inserido (e é o principal viés) no âmbito do Direito Público, uma vez que é o regime jurídico que regula a função administrativa exercida pelo Estado, daí a importância da compreensão dos aspectos gerais que norteiam o Direito Público, como instrumento para entender o Direito Administrativo. E embora tenha importante acento constitucional, é ramo jurídico autônomo, e como tal, o Direito Administrativo é dotado de princípios e regras especificamente direcionados para o seu objeto, coesos, que formam o regime jurídico administrativo.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente para definir a lógica e a racionalidade no sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico³⁶.

E nessa linha, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, pois é exatamente nos princípios constitucionais que estão personificados os bens e valores que são fundamentos de validade de todo sistema jurídico vigente.

Um sistema, é um conjunto de elementos interdependentes de modo a formar um todo organizado. É a dimensão organizada e hierárquica de normas (regras e princípios) que regulam as condutas em dado Estado, dotada de unidade, coerência e completude, onde um dispositivo normativo superior dá validade aos dispositivos normativos inferiores. No caso do Estado brasileiro, essa norma superior, posta pelo Poder fundante é a Constituição Federal de 1988.

Sem a noção de sistema, o ordenamento jurídico seria um emaranhado de normas jurídicas, impossível de ser levado a efeito. Nesse sentido, em alguma medida é possível sustentar que o sistema jurídico passa a existir a partir de sua unidade ou coesão.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53.

Considerando que Direito Administrativo não é codificado, aos princípios possuem cabe o importante papel de unificar seus diversos institutos de maneira a tornar coerente a sua legislação, possibilitando melhor compreensão do texto legal, preenchendo as lacunas da lei e definindo tanto quanto possível o equilíbrio ideal entre a garantia dos direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração, indispensáveis para a defesa do interesse público.

As normas jurídicas são formadas de princípios e regras que desempenham papéis distintos dentro do sistema normativo. As regras, como já tratamos no item anterior, descrevem fatos hipotéticos, de modo a regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se subsumam nas hipóteses típicas por elas descritas.

Por outro lado, os princípios consagrados constitucionalmente, de forma expressa ou implícita, têm como finalidade atuar como objeto de interpretação constitucional e como norteador e limitador da atividade interpretativa, como guia para o intérprete e aplicador do direito e limitador de sua vontade subjetiva.

Os princípios constitucionais possuem alto grau de imperatividade, de observância obrigatória, e quando violados acabam por viciar de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade o ato do poder público. Segundo Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários³⁷.

Ou ainda como define Luís Roberto Barroso:

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui³⁸.

³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

Seu alto conteúdo axiológico tem como efeito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sustentar todo o sistema jurídico, sendo sua subversão algo de extrema gravidade, por representar ruptura da própria lógica do ordenamento:

Princípio é pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³⁹.

Daí se extrai a importância dos princípios como instrumento útil para a evolução metodológica da interpretação e aplicação do Direito. E é certo que todos os ramos do direito são compostos de princípios peculiares, que influenciam intensamente em dada matéria o ordenamento jurídico, de forma expressa na lei, e outros que se encontram implícitos no ordenamento jurídico.

Sua importância para a realização da Justiça reside necessariamente no seu aspecto valorativo, já que permite ao aplicador do direito a busca do equilíbrio entre os sujeitos envolvidos, no caso do Direito Administrativo na busca pela realização do bem comum e do atendimento ao interesse público previsto no ordenamento jurídico.

E nem se diga que os princípios jurídicos se aplicam apenas diante de lacunas, ou seja, da inexistência de uma resposta expressa na literalidade dos textos normativos para os casos concretos. Nada mais equivocado.

Por outro lado, os princípios consagrados constitucionalmente, de forma expressa ou implícita, ou aqueles deles decorrentes, têm maior grau de generalidade e abstração. Atuam como objeto de interpretação constitucional e de todo ordenamento jurídico, como norteador e limitador da atividade interpretativa,

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

como guia para o intérprete e aplicador do direito e limitador de sua vontade subjetiva.

Daí é possível concluir que determinado ramo jurídico será considerado verdadeiramente "autônomo" no momento em que seja possível reconhecer a presença de princípios específicos capazes de formar a partir de seu todo uma unidade e que inter-relacionam um conjunto de normas de maneira a comporem um sistema, "um regime jurídico" peculiar relativamente aos demais existentes no ordenamento jurídico.

Sistema jurídico ou legal é o conjunto de normas jurídicas interdependentes, reunidas segundo um princípio unificador. Essas regras utilizam uma linguagem prescritiva, cuja finalidade é disciplinar a convivência social.

Relativamente ao Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público, temos que também é regido por vários princípios, que trazem em si alto grau de conteúdo axiológico e conceitos abertos, permitindo sua aplicação de acordo com a cultura jurídica vigente no momento e lugar de sua aplicação, norteando o intérprete e aplicador do ordenamento jurídico.

Embora existam pensamentos em sentido contrário, não se pode pensar nas normas existindo isoladamente, como prescrições desapegadas das demais contidas no ordenamento. A própria Constituição Federal, a servir de referencia para todo o restante do ordenamento jurídico indica, ao meu modo de ver, uma inter-relação entre ela própria e as demais normas, bem como entre as próprias normas infraconstitucionais, de modo que não se pode pensá-las isoladamente. Essa perspectiva de unidade é indispensável para a própria coerência do direito.

A função dos princípios e seu conteúdo valorativo é justamente promover essa unidade, ora em um sistema ou regime jurídico mais amplo, ora em subsistemas, cujos princípios sejam mais especificamente dirigidos a determinado ramo do direito. No que se refere ao Direito Administrativo, que não está codificado, a noção de sistema e o papel dos princípios recebem um papel de extrema importância na sua identificação, como afirma Marcio Cammarosano, "Sistema como categoria gnoseológica, cuja função se traduz num método de síntese e ordenação em face de dado plexo jurídico normativo, sem embargo da possibilidade de uso da palavra sistema para designar também o próprio plexo jurídico normativo, como

objeto de estudo da ciência do direito, como propõe Lourival Vilanova, isto é, o sistema prescritivo.”⁴⁰

No momento em que os princípios são identificados como mandamentos nucleares do sistema, com forte carga axiológica com incidência sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando a compreensão e aplicação das normas jurídicas, identifica-se dupla função (i) vetorial ao indicar o sentido da norma jurídica quando criada em conformação com o sistema, (ii) bem como hermenêutica, de compreensão do texto, dos sentidos e da significação das palavras que compõem a norma jurídica, definindo as ideias centrais conforme o sistema jurídico promovendo unidade e coerência.

Thiago Marrara⁴¹ elenca ao menos 5 (cinco) funções que classifica como “extremamente poderosas” dos princípios, a de orientação teleológica do legislador, a de orientação teleológica da Administração Pública, a de alinhamento interpretativo de regras constitucionais e infraconstitucionais, de integração de lacunas e de controle de licitude de ações e omissões, públicas ou privadas.

O que é forçoso concluir, ao cabo da existência de tantas funções essenciais atribuídas aos princípios de direito administrativo, é que hora ele funciona como objeto, enquanto valores personificados em dado local e tempo, que devem ser atendidos pelo legislador e pelo aplicador (administrador e julgador), hora funciona como baliza na atividade interpretação do direito de modo a definir a coerência e a unidade do sistema jurídico. Di Pietro⁴² afirma que os princípios ajudam no trabalho de interpretação, auxiliam na tarefa de integração, no preenchimento de lacunas e são dirigidos a todos os Poderes, limitando a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo e ampliando os limites do controle pelo Poder Judiciário.

E justamente em razão de tais incumbências, e da importância delas no sistema jurídico, é que se pode afirmar que a não-observância de qualquer dos princípios da Administração Pública tem o condão de viciar o ato ou contrato administrativo, levando à sua invalidação.

⁴⁰ CAMMAROSANO, Marcio. Ainda há sentido em se falar em Regime Jurídico Administrativo? In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141/142.

⁴¹ MARRARA, Thiago. Breve introito: por que ainda falar de princípios? In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 20-21.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 30.

Diante das referidas características e funcionalidades atribuídas aos princípios da Administração Pública, é possível conceitua-los como espécies de normas, explícitas ou implícitas, dotadas de forte conteúdo axiológico e de alto grau de imperatividade, que definem os valores personificados e os fundamentos de validade de determinada ordem jurídica, funcionando como vetor de interpretação de todo o ordenamento, de forma a garantir a existência de um sistema jurídico racional, harmônico e lógico.

São princípios básicos da Administração Pública: a legalidade, segundo o qual, ao administrador somente é dado realizar o que está autorizado na lei; impessoalidade, que exige que a atuação do administrador público impessoal e geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, porque age em nome da entidade estatal a que se vincula; moralidade, que estabelece a necessidade de toda a atividade administrativa atender a um só tempo à lei, à moral e à equidade, em suma, aos deveres da boa e honesta administração; publicidade, segundo o qual a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos praticados pela Administração Pública, são obrigatórios; e o da eficiência, segundo o qual, o administrador deve atuar com critérios técnicos e profissionais, dirigidos ao melhor resultado possível, sendo inaceitável a atuação temerária e ineficiente do Poder Público.

Sob tais aspectos é que, após tomar tratarmos individualmente dos princípios da Administração Pública, especialmente destinados a guiar a atuação do ente público nas suas contratações mediante prévio procedimento licitatório, é que procederemos à análise de cada uma das modalidades de licitação previstas na redação da Lei nº 14.133/21, de maneira a estabelecer o melhor caminho para desenvolvê-las, conforme os vetores principiológicos apresentados, visando com isso garantir o melhor desenvolvimentos desses instrumentos na realização do interesse público.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já tratado anteriormente, a Administração Pública, no exercício de suas atividades, é orientada por princípios gerais e específicos, que atuam na garantia do direito do administrado a uma boa gestão, limitando a atuação dos administradores e o manejo do dinheiro público, e dirigindo as ações dos administradores.

Com a finalidade específica de atuação nos atos administrativos, o legislador constituinte estabeleceu, no texto constitucional, princípios especialmente destinados a orientação da prática administrativa, sem embargo de outros, gerais, como também daqueles que decorrem das particularidades do ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque podemos falar em princípios explícitos ou expressos e princípios implícitos.

O art. 37 da CF/88 indica expressamente os princípios que norteiam a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios são expressos, uma vez que a CF/88 os aponta nominalmente, entretanto outros surgem dos parágrafos que seguem o caput do dispositivo legal.

Entretanto, nesse primeiro momento, visitaremos o conceito e a importância de cada qual dos princípios manifestos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) para a prática dos atos administrativos, de forma a nos municiar, ainda que sem esgotar os temas, de argumentos para a interpretação das novas modalidades de licitação.

2.1 Previsões do art. 37 da Constituição Federal

2.1.1 Legalidade

É preciso que se diga que, desde 1824, na Carta Imperial⁴³, primeira constituição brasileira, há previsão expressa no sentido de que os direitos, as

⁴³ A primeira Constituição brasileira foi outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824. “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

obrigações e os deveres, nas relações privadas ou públicas, estão limitados pela lei (em sentido amplo). Portanto, o princípio da legalidade não é uma inovação da CF/88, mas sim uma ideia que permeou todas as fases do ordenamento jurídico, desde a independência de Portugal. É, portanto, um preceito de suma importância para a estabilidade das relações e a unidade do sistema jurídico brasileiro. É marca característica do Estado de Direito.

Segundo a ideia contida no princípio da legalidade, de modo resumido, alguém só está obrigado a fazer, ou deixar de fazer, algo, em virtude da existência de lei (em sentido amplo) anterior. E desde a CF/88 está previsto expressamente na disposição contida no art. 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, senão em virtude de lei”⁴⁴. Trata-se de uma limitação ao Poder Estatal, que só poderá exigir determinada conduta, se a exigência estiver fundamentada em lei que a preceda. E, como lei, é preciso que se entenda aquela formalmente considerada, ou seja, ato legislativo emanado da autoridade competente, ou por ele delegada, de acordo com o processo previsto na CF/88.

Contudo, o princípio da legalidade assume diferentes características conforme o regime jurídico de aplicação. No regime jurídico do Direito Privado define que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que esteja definido em lei. O que não é proibido é, portanto, permitido.

No regime jurídico administrativo, a premissa do princípio da legalidade não se dá de forma diferente já que sua concepção determina que o Estado está, em todas as suas atividades, submetido à lei. Contudo, atuando na defesa do administrado contra os poderes constituídos, na proteção dos direitos individuais e da autonomia das vontades dos administrados, implica que a Administração Pública só pode agir, nos termos do que a lei permite, estabelecendo um limite legal objetivo e intransponível para toda e qualquer ação do Estado.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

[...]

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta” (BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

Como já mencionado anteriormente, o administrador público age enquanto “gestor” da coisa pública, em nome dos administrados, verdadeiros senhores daqueles bens que compõem o Estado. Por tais razões é que suas ações devem ser autorizadas em lei e não provenientes de desejos pessoais, por vontade do administrador, ainda que não configure efetivo prejuízo ao erário.

Tal pensamento decorre da CF/88, quando no art. 37 determina que “a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”⁴⁵, definindo o administrador que apenas deve atuar quando autorizado por ela.

Todas as atividades realizadas pelo Estado estão, portanto, subordinadas a princípios e regras que fazem parte do ordenamento jurídico pátrio, entre eles o da legalidade que prescreve que o administrador deve cumprir o direito positivo, concretizando a segurança jurídica.

O princípio da legalidade seria, desse modo, limitador da atuação personalista dos governantes e do autoritarismo, ou como preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello, “o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”⁴⁶. Ou como afirma Caio Tacito:

A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir. Dissemos, em outra oportunidade que não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito⁴⁷.

E ousa-se completar, ainda, que é competente quem pode e na medida que pode, segundo a lei.

Das concepções acima apresentadas é possível concluir, que a interpretação adotada se coaduna perfeitamente com o pensamento positivista, com a evidente

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103.

⁴⁷ TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 144.

função de impedir anseios autoritários daqueles que estejam no poder, uma vez que estariam limitados na imposição de suas vontades, pela exigência do respeito à lei.

Os arts. 5º, II, 37 e 84, IV, todos da CF/88 acomodam o princípio da legalidade, dando identidade e qualificando o Estado como “Estado de Direito”.

Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, “é, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”⁴⁸, na mesma linha de pensamento de Hely Lopes Meirelles⁴⁹ que afirma estar, toda a atividade administrativa, condicionada ao atendimento da lei de modo que “a lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

O princípio da legalidade pode ser visto, portanto, sob dois aspectos: daquele que define e limita a competência da autoridade pública, bem como no próprio objeto do exercício da competência, no seu conteúdo, que deve estar previsto em lei, implícita ou explicitamente. Enquanto no âmbito privado o indivíduo tem a liberdade de fazer o que não está proibido em lei, no âmbito público, a autoridade está limitada a fazer aquilo que está autorizado em lei, expressa ou implicitamente.

De tal princípio decorre, como visto, que o ato administrativo deve atender aos critérios legais para legitimar-se. No pensamento de Seabra Fagundes⁵⁰, a atividade administrativa está submetida à lei não só na autorização para praticá-la como também na sua consequência que deve ser aquela desejada pelo legislador, sob pena de nulidade em razão de incidir em burla a intenção legal (desvio de finalidade).

Entretanto a interpretação de tal princípio, na atualidade, vem sofrendo alterações e até “flexibilizações” sob o pretexto de estar melhor adequada ao pensamento pós-positivista que vem se desenvolvendo na jurisprudência e na doutrina.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹ já acentuou que relativamente aos comandos do princípio da legalidade, a interpretação deve ser feita com cautelas, especialmente em razão dos aspectos peculiares das contratações públicas. Ainda de acordo com a autora, se o ordenamento jurídico decorre de fontes diversas, o termo “lei” deve ser considerado de maneira abrangente.

A finalidade imposta pelo legislador (amplamente considerado) é elemento indispensável do ato administrativo, para além do interesse público que é finalidade geral de toda a atividade administrativa. A vinculação desse elemento ao ordenamento jurídico como um todo se reflete em fator indispensável de controle, de forma que a inobservância de tal vinculação macula o próprio ato incidindo em desvio de finalidade.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵², o controle da legalidade atua exatamente na anulação dos atos administrativos em desacordo com a ordem jurídica, ou da “expressão legislada do interesse público”, passando necessariamente pela análise da validade do ato administrativo, atividade lógica que parte da dicção da norma, que se denomina controle jurisdicional, função cometida ao Poder Judiciário de declaração de nulidade do ato, podendo, alcançar o agente responsável pela ilegalidade e aplicar-lhe as sanções previstas.

Alguns doutrinadores apontam uma mudança de concepção do princípio da legalidade, apostando em certa maleabilidade do princípio da legalidade, considerando “os fins da norma para a realização do interesse público” e não os meios, considerando a possibilidade de uma legalidade “suficiente”⁵³. Essa corrente vem tomando vulto especialmente no direito tributário.

Odete Medauar⁵⁴ afirma que a complexidade das demandas e o dinamismo exigido pela sociedade em termos de interesse público, levou o Poder Executivo a atuar também na edição de normas. Por tal razão, o princípio da legalidade está

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 19-20.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 712.

⁵³ Nesse sentido são os pensamentos de Ricardo Lobo *In*: TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 58, p. 193-219, 2004. No mesmo sentido: TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 268. E ainda: GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 143.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117-118.

assentado em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Administração deve obediência, portanto, não só a lei formal, como também aos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, aos demais fundamentos e princípios de base constitucional e às normas que ela própria editou. Conclui, por fim, sobre a visão simplista do princípio da legalidade no sentido de que a administração deve fazer apenas o que está autorizado em lei, que “se predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável”.

Nestes termos é que a recente jurisprudência do STF vem se posicionando no sentido de que:

É em meio a esse novo paradigma que se inserem as leis de baixa densidade normativa (leis-quadro), que se preocupam mais intensamente com o estabelecimento dos fins do que com a pormenorização taxativa dos meios, como consectário das ideias de (i) eficácia normativa dos direitos fundamentais; (ii) impossibilidade fática de esgotamento da atividade reguladora pelo Poder Legislativo, e (iii) necessidade de dinamismo nas respostas do Direito à sociedade contemporânea. [...] O que é inegociável, portanto, é a existência de referibilidade da atuação administrativa a algum permissivo da ordem jurídica (norma ou princípio)⁵⁵.

Há como se pode notar, uma mudança no perfil de definição do princípio da legalidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, admitindo uma referência mais ampla, considerando não a presença de autorização estrita na lei, mas de referência no ordenamento jurídico, de autorização para que o ato administrativo seja praticado. De todo modo, é indispensável que esta “referibilidade” esteja presente em alguma norma jurídica para que o administrado tenha conhecimento do que é ou não é possível na atuação do administrador, do ponto de vista jurídico.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

O princípio da legalidade está intimamente vinculado, como se pode notar, ao princípio da segurança jurídica uma vez que o cumprimento do direito positivo pela Administração Pública, coloca à disposição do administrado a exata noção do direito incidente, do que deve esperar das relações jurídicas com ela firmadas.

O administrador, no âmbito das contratações públicas, deve observar, portanto, os princípios e regras contidos no ordenamento jurídico, precedendo a toda e qualquer contratação, procedimento licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da CF/88 e de acordo com as exigências previstas em lei (em sentido amplo). Esse é o sentido do princípio da legalidade.

No que se refere às contratações públicas, a Administração Pública deve conduzir o processo com base no que determina a CF/88, os princípios do Direito Administrativo e o que determina a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21), a Lei de Concessões e Permissões Públicas (Lei nº 8.987/95⁵⁶) e a Lei que regula as Parcerias Público-Privadas (PPPs, Lei nº 11.079/04⁵⁷), assim como leis locais que regulem a matéria, conforme o tipo de contratação que se apresente como necessária no caso concreto.

2.1.2 Impessoalidade

Etimologicamente o termo “impessoal”⁵⁸ origina-se do latim *impersonalis* e significa algo que não existe como pessoa, que não diz respeito a uma pessoa específica, algo geral. A Impessoalidade é, portanto, a qualidade daquilo que não é individualizado, que não se dirige a alguém específico, daquilo que é geral.

No Direito, a impessoalidade está intimamente ligada à legalidade material. No Estado de Direito Democrático, a lei tem sentido formal, porque emana do Poder Legislativo (ou por quem o faça as vezes por determinação Constitucional), conforme processo legislativo previsto na CF/88, e, também, tem um sentido

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁵⁸ DICIONÁRIO MICHAELLIS. **Impessoal.** Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/impessoal> Acesso em: 05 ago. 2024.

material, ao concretizar os valores consagrados na Constituição como princípios fundamentais, genericamente distribuídos. José Afonso da Silva afirma que:

A igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção⁵⁹.

E é justamente desta submissão à ordem jurídica, formada por leis gerais e abstratas (ressalvados os casos previstos no ordenamento jurídico excepcionalmente) que decorre da impessoalidade.

O Estado não possui natureza nem vontade próprias, existe apenas vinculado ao Direito. Suas ações sequer podem refletir as vontades dos seus administradores. Desse modo não desfruta de liberdade para agir, sendo guiado pelo direito positivo. É a chamada legalidade estrita prevista no art. 37 da CF/88.

No regime jurídico administrativo, ou seja, no conjunto de normas voltados à regulação da atividade estatal, os valores de liberdade e igualdade mais relacionados ao indivíduo, próprios do Estado de Direito, se refletem justamente nos princípios da legalidade e da impessoalidade. O Estado está limitado, portanto, em suas atividades, à autorização contida em lei e suas atividades ou atos não devem refletir as vontades dos agentes ao mesmo tempo que devem ser destinados a atender a todos os administrados, indistintamente, que tiverem interesse.

Entretanto não se pode perder de vista que as atividades estatais são realizadas por pessoas, “de carne e osso”, que possuem, cada qual, seus próprios interesses. E é justamente para atuar na dicotomia entre os interesses dos agentes e os interesses próprios da Administração Pública, fazendo valer sempre esta última, é que a impessoalidade surge como princípio conformador da Administração Pública.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

É possível notar que o princípio da impessoalidade apresenta-se sob dois vieses: (i) um, do ponto de vista do agente, que indica que a atividade estatal não pertence a ele, mas à instituição, ao órgão, ao ente; e (ii) o segundo, do ponto de vista do administrado, indica que a prática do ato não pode ser destinada a determinado administrado, mas a todo e qualquer que se enquadrem nas circunstâncias do ato. Não é por outra razão que mesmo art. 37 da Constituição, em seu § 1º veda o uso de nomes pessoais, símbolos ou mesmo imagens dos agentes, em publicidades que envolvam atos, programas, obras e serviços dos órgãos públicos, o que caracterizaria promoção pessoal. A personalização do ato só tem lugar quando a intenção seja a responsabilização de servidor por ato praticado de maneira irregular pelo qual eventualmente deva ser punido.

Do ponto de vista do administrado a impessoalidade impõe que a atuação Estatal não se dê de acordo com tal ou qual indivíduo ou de tal ou qual situação determinada, mas sim de maneira objetiva, o que só é possível quando está baseada em norma ou decisão anterior, de caráter geral e abstrato. Isso porque:

Se o administrador não tem a imparcialidade para conduzir e decidir processos administrativos é porque favorece ou prejudica o interessado, conduta totalmente antagônica ao objetivo que lhe deve nortear a atividade, ou seja, o interesse público⁶⁰.

As exceções são possíveis apenas e tão somente quando estiverem expressamente previstas no ordenamento jurídico. A imparcialidade e a impessoalidade, de certo modo, caminham juntas.

O princípio da impessoalidade se concretiza, por exemplo, na exigência de concurso público para ingresso nos quadros da Administração Pública⁶¹, quando se avalia o merecimento do candidato a partir de critérios objetivos, ou mesmo na vedação ao nepotismo já definida na Súmula 13⁶² editada pelo STF. Na licitação, como se verá abaixo de modo mais detalhado, a concretização de tal princípio constitucional se encontra em diversos dispositivos da Lei nº 14.133/21, mas especialmente se reflete no art. 14 que define aqueles que estejam impedidos de

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 130.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 13**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227> Acesso em: 05 ago. 2024.

participar do processo seletivo em razão de eventual risco à imparcialidade e impessoalidade da escolha.

Nessa linha, ao considerar especificamente o procedimento licitatório, pode-se afirmar que a isonomia exigida se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade de condições no certame, ao passo que a impessoalidade, se garante a partir da definição e exigência de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame, para a seleção da proposta mais vantajosa. Como afirma o STF:

O princípio constitucional da impessoalidade veda que a Administração Pública tenha preferência por esse ou aquele particular. Então, a identidade do particular contratado não é relevante por si mesmo, devendo ser considerada apenas e tão somente na justa medida em que representa o preenchimento dos requisitos objetivos e previamente definidos, previstos na lei e no edital do certame⁶³.

A imposição constitucional de observância ao princípio da impessoalidade implica, no ambiente licitatório, portanto, na definição de critérios objetivos que sejam capazes de impedir a expressão da vontade própria do agente nos atos praticados, como também a participação ampla sem o direcionamento para tal ou qual interessado na contratação final. Devem ser previstas circunstâncias fáticas que possam, de antemão, indicar eventuais riscos de influência nos atos administrativos e evitar, por meio de critérios objetivos, que atuem na conclusão em desatendimento ao interesse público⁶⁴.

Não se confunde com a igualdade, pois esta, implica em colocar à disposição de todos os interessados as mesmas condições e exigências na concorrência, enquanto a impessoalidade implica que materialmente tais condições não podem refletir a vontade do agente, mas da própria Administração, na realização do interesse público, ou preferência por este ou aquele interessado, atuando em seu

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2946**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 09/03/2022, Publicação: 18/05/2022.

⁶⁴ É o que se extrai do julgamento do STF: “7. Tese de julgamento: ‘É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 910552**, Tribunal Pleno, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 03/07/2023, Publicação: 09/08/2023).

benefício. O ato administrativo deve ser impessoal na sua origem e no seu destino. E também é preciso que se diga, que sua observância deve estar equilibrada com a imposição de todos os demais princípios incidentes nos atos administrativos.

2.1.3 Moralidade administrativa

O art. 37 da CF/88 impõe a Administração Pública, na prática de suas atividades, a observância ao princípio da moralidade administrativa.

O termo “moral” tem origem na palavra em latim *moralis* que significa costume. A moral, assim, indica os valores e princípios (virtude, honestidade etc.) que norteiam a conduta e o pensamento de uma pessoa e sua relação com a sociedade em que vive⁶⁵. Está, portanto, vinculada a determinado lugar e tempo, pois reflete aquilo que a sociedade estabelece como conduta admissível nas relações interpessoais, mas ligada a ações mais particulares. Da moral decorre a moralidade, que é o substantivo que indica aquilo que se caracteriza ou se qualifica pela moral, que está em conformidade com os preceitos e valores morais, cujas atitudes, condutas ou pensamentos são norteados por princípios e valores morais e aceitos socialmente.

Entretanto, para os fins do presente estudo, a definição de moralidade a ser empregada não se refere exatamente a estes conceitos comuns acima apresentados. Daí porque parece importante que o termo moralidade seja qualificado pelo adjetivo “administrativo”, uma vez que justamente esta referência lhe confere contornos diferentes da “moralidade comum”.

Na França, Maurice Hauriou entendia o desvio de poder como um vício de moralidade uma vez que ensinava que o excesso ou abuso de poder nos atos discricionários não era um problema relacionado com a legalidade, uma vez que a lei jamais seria capaz de vincular totalmente o poder discricionário, o que seria possível apenas pela moralidade administrativa, concluindo que: “O espírito geral do direito administrativo nada mais é do que a moralidade administrativa, assim como o

⁶⁵ DICIONÁRIO MICHAELLIS. **Moral**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moral/> Acesso em: 05 ago. 2024.

espírito geral do direito civil nada mais é do que a moralidade privada” (tradução nossa)⁶⁶.

No Direito pátrio, a respeito da moralidade administrativa, calha invocar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, ‘é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum’. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos. E explica o mesmo autor: ‘Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador’. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade⁶⁷.

A moralidade administrativa, disposta no art. 37 da CF/88, se refere à moralidade jurídica, ou seja, “confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado”⁶⁸. Como define o STF é o postulado fundamental que rege a atuação estatal, subordinando a sua atividade à observância de parâmetros ético-jurídicos, constituindo e personificando uma pauta de valores que fundamentam e limitam o exercício do poder estatal.

Significa dizer que aquele que ingressa na carreira pública tem o dever de agir de maneira ética, ilibada, pautando suas condutas na boa-fé e no estrito cumprimento aos ditames legais, isto porque o exercício da função pública “impõe aos ocupantes de funções públicas a observância de regime jurídico mais gravoso com a devida observância dos princípios que regem a Administração Pública”⁶⁹.

Trata-se, portanto, de uma moralidade diferenciada, institucionalizada, fundamentada nos valores personificados no direito positivo vigente. Não se trata da

⁶⁶ Do original: “*L' esprit général de la loi administrative n' est pas autre chose que la moralité administrative, de même que l'esprit général de la loi civile n' est pas autre chose que la moralité privée*” (HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 455-456).

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.661-MC/MA**, Tribunal Pleno, Relator. Min. Celso de Mello, Julgamento: 05/06/2002, Publicação: 23/08/2002.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS 3.902-AgR-Segundo/SP**, Relator: Min. Ayres Britto, Julgamento: 09/06/2011, Publicação: 03/10/2011.

moralidade comum, embora estejam imbricados no seu conteúdo os conceitos de idoneidade moral e reputação ilibada, que são em regra relacionados à moral comum.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, reconhecendo a autonomia do princípio da moralidade, afirma que a imoralidade (o contrário da moralidade) ocorre “quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições”⁷⁰. Entretanto tal afirmação parece de vagueza tal que tornaria quase impossível a tarefa de identificar quais os parâmetros de moralidade a serem adotados, afastando a segurança jurídica. Não é, de fato, esse o sentido adotado neste estudo, como se verá a seguir.

Como afirma José Afonso da Silva⁷¹, a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, mas tem conteúdo jurídico a partir das regras e princípios da Administração. É, portanto, no ordenamento jurídico, no direito posto, que o agente atuando nas contratações públicas e nas licitações públicas, encontrará o que deve ser por ele observado para dar cumprimento ao princípio da moralidade relativamente à substancia e à formalidade dos atos praticados.

Marcio Cammarosano⁷² chama a atenção, contudo, para o fato de que afirmar que o princípio da moralidade se refere à moralidade jurídica e não à moralidade comum, não significa dizer que os valores prevalentes na sociedade em dado momento devem ser ignorados. Muito ao contrário. Tais valores estariam contemplados nas normas jurídicas, especialmente nos conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao intérprete, no momento da fixação do sentido e alcance da norma, considerar os valores culturais prevalentes em dado espaço e momento da sociedade.

E assim sendo, como preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello, “o administrador ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos um conteúdo dissonante daquele que,

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 668.

⁷² CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 75.

em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde”⁷³, não conforme a subjetividade do agente, mas conforme a razoabilidade comum aos administrados e ao conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Na jurisprudência é possível encontrar que os princípios previstos no art. 37 da CF/88:

Exigem do administrador postura de deferência e conformidade com a expectativa difusa de boa administração, o que ultrapassa a mera legalidade. Nesse sentido, expuseram, em doutrina, o Ministro José Augusto e Paulo Modesto, verbis: [E]nquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração. (DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, in Revista dos Tribunais, v. 680, 1992, p. 35)⁷⁴.

Na mesma linha o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, como Relator do Recurso Extraordinário (RE) 579.951/RN-RG, afirmou que os princípios da moralidade exige que “o agente público paute sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum”⁷⁵, indicando que mesmo sendo evidente a dificuldade de definição de todas as hipóteses existentes no termo “moralidade administrativa” é possível apontar a exigência de um padrão ético de conduta compatível com a função pública exercida e com a finalidade do ato praticado. Nesse sentido, moralidade como princípio administrativo constitucional orienta a regulação da disciplina infraconstitucional do direito administrativo.

Carmem Lúcia⁷⁶, em sua doutrina, afirma que a moralidade administrativa legitima os atos praticados pela Administração Pública por meio dos agentes no qual esteja encarnada, que devem atuar conforme a natureza do cargo ocupado, dos fins a que se destinam os atos praticados, conforme o direito posto, bem como dos meios adotados para tal finalidade.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.133.118/SP**, Plenário, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 14/06/2018.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 579951/RN**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 20/08/2008, Publicação: 24/10/2008.

⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191-193.

Da mesma forma o princípio da moralidade legitima o controle do ato administrativo no que se refere ao aspecto material, ou seja, ao seu conteúdo, já que impõe ao agente atuação conforme a moralidade jurídica, atendendo aos valores institucionalizados, conforme o direito posto.

A moralidade administrativa, portanto, enquanto bem juridicamente relevante, se refere a valores personificados no direito posto dirigidos ao exercício da função administrativa, devendo ser por seus agentes observada na prática de todos os atos administrativos, tanto no seu aspecto formal, como no seu aspecto material.

2.1.4 Publicidade

Como já mencionado anteriormente, a Administração Pública está incumbida da função pública, ou seja, do poder-dever de atender ao interesse público, com base na Lei e nas prerrogativas que esta confere, utilizando-se dos meios administrativos disponíveis (bens, contratos, agentes públicos, atos, pessoas jurídicas de Direito Público, órgãos etc.). E para tanto, entre outras, exerce a função administrativa que:

[...] se qualifica como atividade do próprio Estado, por ele mesmo desenvolvida, tendo em vista a gestão de interesses públicos, assim definidos através de outra de suas manifestações, e que se lhe apresentam como indisponíveis ao nível de sua manifestação administrativa, isto é, daquela que o Estado explicita através do conjunto de órgãos convencionalmente chamados de Administração⁷⁷.

Essa atuação da Administração Pública, na busca pela realização do interesse público, se dá por meio de atos administrativos, que é toda:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁷⁸.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico: The content of the legal-administrative regime and its methodological value. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo, Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 347-374, 2021.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 315.

Isso significa dizer que “os atos que produz estão sempre voltados aos particulares: mesmo os atos internos são meros instrumentos para que, afinal, algo se produza em direção a eles”⁷⁹. De outro lado, e para que possa atingir esse fim, a Administração exerce poderes sobre os administrados, impondo a cada qual condutas indispensáveis para a viabilização dos interesses públicos.

Se “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, como determina a CF/88, em seu art. 1º, § 1º⁸⁰, então o povo, titular do poder, tem o direito e o dever de conhecer tudo o que se refira à Administração, de controlar seus atos⁸¹. E para tanto é indispensável que a Administração mantenha os dados e informações acerca dos seus atos devidamente registrados, de forma clara, colocando-os à disposição por meio de propagação dos atos (conduta comissiva), salvo exceções previstas em lei.

Mas o fato de lidar com a “coisa pública” e, em razão disso, ter o dever de registrar e manter todas as informações a respeito de seus atos, por si só, não constituem o dever de “publicar” os atos administrativos. É justamente do princípio da publicidade, imposto expressamente no art. 37, caput, da CF/88 que determina a obrigação de tornar público determinados atos administrativos, o dever de fazer com que sejam divulgadas de ofício as informações, independentemente de prévia solicitação por parte de um interessado.

O princípio da publicidade, elencado no art. 37, caput, da CF/88, está ligado exatamente a esse direito de informação pertencente aos administrados, imputando dever de propagação e transparência ao Estado, relativamente aos seus atos, especialmente aqueles que podem surtir efeitos jurídicos para além da própria Administração, fazendo cumprir o princípio democrático. Já o art. 5º, XXXIII, da CF/88, ao estabelecer que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo

⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, p. 97-110, 1995.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.920/DF**, Relatora: Min. Cármen Lúcia. Publicação: 02/10/2007

sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”⁸², deu *status* de direito fundamental ao direito de informação.

Como afirmou o Min. Celso de Mello na apreciação de medida cautelar no Mandado de Segurança (MS) 24.725:

Os postulados constitucionais da publicidade, da moralidade e da responsabilidade - indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder - não permitem que temas, como os da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos, sejam postos sob inconcebível regime de sigilo. Não custa rememorar que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de Bobbio, como “um modelo ideal do governo público em público”⁸³.

Dar publicidade significa a tornar público, divulgar fatos ou informações, a respeito de pessoas, ideias, serviços, produtos ou instituições, utilizando-se os veículos normais de comunicação. No que se refere à Administração, como assevera Alexandre de Moraes⁸⁴, a publicidade se dá com a divulgação do ato em imprensa oficial ou por afixação ou divulgação de editais em locais de acesso público, para conhecimento geral, dando início à sua eficácia e permitindo eventuais impugnações, ressalvados os casos em que o interesse público determine o sigilo⁸⁵.

Se refere, portanto, à obrigação constitucional atribuída à Administração Pública de tornar públicas determinadas informações que estejam sob sua tutela ou determinados atos que tenham sido por ela praticados na sua atividade regular. Trata-se de uma atuação comissiva, por parte da Administração, consistente em viabilizar ao público em geral, o conhecimento de um determinado ato administrativo.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24725/DF**, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 16/12/2003, Publicação: 02/02/2004.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 345.

⁸⁵ Nesse sentido são os precedentes do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.444/RS**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 06/11/2014, Publicação: 02/02/2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 613.481-AgR**, Primeira Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, Publicação: 09/04/2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 770.329**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso, Publicação: 05/06/2014.

Há, portanto, o desenvolvimento de uma relação de comunicação entre a Administração e o interessado ou o público em geral, que pode ser um ou mais indivíduos. O princípio da publicidade pode ser visto, a princípio, sob dois aspectos: (i) o primeiro deles sob a perspectiva de direito à informação (e de acesso à informação), especialmente conferido nas disposições contidas no art. 5º, XXXIII, da CF/88, de manter a disposição dos administrados as informações, dados e atos, de maneira clara e precisa (transparência administrativa) e (ii) o segundo aspecto exige a conduta ativa da Administração Pública em levar a conhecimento dos administrados os atos por ela praticados, iniciando a sua eficácia, como regra geral contida no art. 37 da CF/88 (publicidade em sentido estrito). Como afirma o Ministro Carlos Ayres Brito:

Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: **a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder**, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). [...] (grifos nossos)⁸⁶.

É importante mencionar que a publicidade está referenciada em diversos dispositivos da Carta Magna, como é o caso das referências feitas nos arts. 165, § 3º, 225, § 1º, IV, e 71, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), reforçando o dever da Administração de dar publicidade aos atos por ela praticados e as informações que estejam sob sua guarda, a quem de direito.

O art. 1º da CF/88 atribui, entre outros, os deveres de transparência e de prestação de contas do Estado para com a sociedade. O dever de transparência é também uma decorrência lógica do princípio da publicidade previsto no art. 37, caput, da CF/88. Somado ao direito de petição e ao direito de informação a ser prestada pelo Estado, apontados como fundamentais no art. 5º, XXXIII e XXXIV, da CF/88, o princípio da publicidade impõe à Administração não só o dever de publicar seus atos como também de manter a disposição dos administrados quaisquer outros dados, informações, documentos que se façam indispensáveis para a boa compreensão do interesse público envolvido. Salvo exceções expressamente

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF-MC**, Relator: Min. Ayres Britto, Publicação: 07/11/2008.

previstas, nada na Administração Pública deve correr “às escuras”. Norberto Bobbio⁸⁷ já lecionava:

Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa — já perfeitamente delineado, exatamente em polêmica com a democracia dos antigos, numa carta de Madison a seus interlocutores —, o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao “público”, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público.

Próprio do regime democrático, o princípio da publicidade, conforme preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello, “é o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”⁸⁸.

Ao atender ao princípio da publicidade a Administração age de ofício, por expressa previsão legal ou por conveniência, sendo que determinados atos administrativos só têm eficácia a partir da sua publicação, isto é, quando for respeitada a publicidade em seu sentido estrito. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação”⁸⁹, de forma que, se uma lei prevê que determinado ato deve ser publicado no Diário Oficial da respectiva esfera política, a ausência da publicação indica que o ciclo de formação daquele ato não se concluiu, de forma que não produzirá seus efeitos. A falta de publicidade adequada daquele ato, na forma e pelos meios previstos, fulmina sua validade.

Parece claro que a CF/88 buscou favorecer o exercício do controle social da atuação do Estado, por meio do acesso à informação por parte da imprensa, de organizações não governamentais e da atuação individual do cidadão. Daí porque o

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 87.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 316.

princípio da publicidade, norteador da atividade administrativa, sob uma perspectiva sistemática, deve atuar tanto no sentido de obrigar a Administração à publicação de seus atos, conforme determinação legal (sentido estrito), como a manter a disposição dos interessados os dados, informações e documentos que estejam sob sua tutela.

O não atendimento ao dever de dar publicidade dos seus implica em sérias consequências para o administrador, como já se posicionou o STF ao afirmar que:

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. A informação é direito do cidadão e a publicidade é dever do Estado. Conjugando-se esse direito ao dever, temos exatamente os instrumentos necessários para que a cidadania e o povo brasileiro possam controlar os governantes⁹⁰.

E como já assentou a jurisprudência pátria apenas o interesse público, devidamente comprovado em decisão proferida pela autoridade competente, poderia afastar o dever de dar publicidade de determinada informação atribuído à Administração. Apenas as situações excepcionais justificam a não observância do dever de transparência atinente ao Estado na condução dos negócios públicos, conforme preceitua o art. 37, caput e o art. 5º, XXXIII e LXXII, da CF/88⁹¹. E não é qualquer justificativa que se apresenta como capaz de afastar a incidência do princípio da publicidade, já que:

O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem⁹².

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6347/MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 30/04/2020, Publicação: 14/08/2020.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHD 22/DF**, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Publicação: 01/09/1995.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 129**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Publicação: 09/12/2019.

E é importante que se diga que o atendimento a tal princípio deve se dar de maneira eficaz, de modo a atender à sua função de garantir à sociedade a ciência dos fatos e atos administrativos e o direito de ser informado do cidadão, utilizando-se para tanto de toda a tecnologia colocada à sua disposição.

As novas tecnologias permitiram e cada vez mais permitem o aumento da informatização e do compartilhamento de informações dos órgãos públicos, com a utilização em grande medida de divulgações na internet, dando cumprimento não só ao princípio da publicidade, como também ao princípio da eficiência administrativa, agilizando os procedimentos e reduzindo os custos.

A despeito desse avanço positivo, não se pode perder de vista que a utilização de novas tecnologias deve atender ao fim da norma constitucional, ou seja, deve levar ao cidadão informações de qualidade e ser acessível a maior parte dos interessados (considerando a impossibilidade da unanimidade), razão pela qual, em atenção ao princípio da publicidade, deve a Administração Pública perseguir incessantemente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e clareza. Quando a tecnologia atua como um obstáculo ao acesso dos administrados à informação, passa a não atender ao princípio constitucional da publicidade.

Não se pode olvidar que:

É necessário, portanto, assegurar a força normativa da Constituição conferindo efetividade aos seus princípios e regras, de forma que não se converta numa letra morta, especialmente quando se trata de matéria relacionada ao controle da Administração Pública, cujo interesse público é inegável. O princípio da publicidade deve ser compreendido, portanto, a partir do atual estágio tecnológico, que permite uma facilidade maior de divulgação e acesso à informação, em detrimento de outros meios de informação que vão se tornando paulatinamente obsoletos, como as publicações impressas, e até anacrônicos, como as publicações em quadro de avisos⁹³.

Para tanto é imperioso que a Administração esteja atualizada com as tecnologias colocadas à disposição no mercado, de modo que o princípio da publicidade seja colocado em prática de acordo com o estágio evolutivo dos instrumentos tecnológicos existentes, em detrimento de meios já obsoletos e de menor alcance.

⁹³ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O dever de publicidade do estado diante das inovações tecnológicas. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, 2016, p. 364.

O princípio da publicidade se refere, pois, ao dever juridicamente imposto à Administração Pública de publicar, de ofício e de modo efetivo, determinados atos, conforme previsão legal, sob pena de invalidade, bem como de manter a disposição dos cidadãos, de maneira clara e transparente, as informações, dados e documentos, não cobertos, excepcional e justificadamente pelo sigilo, que estejam sob sua guarda, sempre que solicitada, uma vez que as funções do aparelho estatal e os poderes empregados para tal finalidade, são utilizados para gestão do interesse público, coisa alheia, pertencente a todos. No que se refere aos contratos administrativos e aos procedimentos licitatórios precedentes a ele, o princípio da publicidade implica, como se verá mais adiante de modo detalhado, na ampla divulgação de todos os atos que impliquem em efeitos jurídicos externos, conforme exigência legal, com a publicação dos atos nos meios de comunicação social, bem como a disponibilização para toda a sociedade e para quem tenha interesse, de todos os demais atos, pareceres, informações, dados e resultados a eles relacionados.

2.1.5 Eficiência

A eficiência foi inserida no art. 37 da CF/88, como um dos princípios que regem a Administração Pública apenas em 1998, com a Emenda Constitucional (EC) nº 19/98⁹⁴.

Entretanto, a eficiência, enquanto atributo de ser competente, produtivo, de conseguir o melhor resultado com o mínimo de erros e/ou dispêndios, por cento sempre foi uma qualidade a ser exigida e, por consequência, perseguida pela Administração Pública no exercício de suas atividades. Ora, se a função pública é “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”⁹⁵, não seria lógico que tal dever fosse perseguido sem eficiência, sem que

⁹⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 27.

se cogitasse acerca da qualidade. Metas, resultas e custos dos atos praticados pela Administração.

A eficiência é inerente à atividade de gestão, própria da natureza da Administração Pública que nada mais é do que a gestora da coisa pública, do que é bem de todos. Sendo assim, é possível afirmar que, mesmo antes da edição da EC nº 19/98, a eficiência não só poderia como deveria ser um atributo a ser exigido nas atividades praticadas pela Administração Pública.

Contudo, alçar a eficiência à condição de princípio constitucional trouxe importantes alterações para o regime jurídico de Direito Administrativo. Inicialmente é possível afirmar que a sua inserção no caput do art. 37 da CF/88 veio para reforçar a sua exigência no que se refere às atividades administrativas. Assim não basta, para a Administração Pública ser eficaz, atingindo a finalidade de realizar o interesse público, ela precisa ter eficiência nesta tarefa. O eficaz faz o que é certo para atingir o objetivo inicialmente planejado, enquanto o eficiente faz com qualidade e competência, preocupando-se com questões como tempo, custo, violação a outros interesses etc.

Em um segundo plano, é preciso reconhecer que ao receber o *status* de princípio da Administração Pública, a eficiência passou a ser uma qualidade a ser observada em todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública. Ao receber a função de alicerçar o ordenamento jurídico, desde a produção normativa até os atos administrativos e decisões judiciais, a eficiência (ou seja, a qualidade na persecução do interesse público) passou a fazer parte das condições a serem exigidas pelos órgãos de controle, em harmonia com os demais princípios de observância obrigatória pela Administração Pública.

Denominada por Celso Antônio Bandeira de Mello como princípio da boa administração⁹⁶, por esse princípio, se propõe que toda a atividade estatal bem como as suas competências, devem ser dirigidas e exercitadas do modo mais satisfatório possível para o interesse público. Impõe uma atuação no sentido de viabilizar a otimização do uso dos recursos, visando uma utilização dos encargos estatais mais ampla e célere, com o respeito aos valores e normas fundamentais.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 107. Em sua obra, o autor afirma que o princípio da eficiência nada mais é do que o princípio da boa administração, previsto no Direito Italiano, caracterizado pela adoção do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, utilizando os meios e a ocasião mais idôneos para tanto.

Está presente, mesmo que implicitamente, em outras passagens da CF/88, a exemplo do art. 70, caput, que prevê além do controle de legalidade dos atos do poder público, também o controle de legitimidade e economicidade, que reflete circunstâncias próprias da eficiência.

José Afonso da Silva confere ao princípio da eficiência a função de “medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado” uma vez que “orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”⁹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento proferido nos autos do Recurso Especial (REsp) 1786219, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, afirma que o princípio da eficiência exige do agente público atuação para além do critério de licitude ou ilicitude do ato, evoluindo a sua conduta para “um padrão mínimo esperado no âmbito da Administração Pública, tendo em vista o objetivo primordial de atender ao interesse público”, devendo atuar com zelo, preocupação e compromisso com o bem comum, sendo leal com o dever de bem servir⁹⁸.

Também o STF, ao julgar tema referente ao reconhecimento da falta de interesse de agir da Fazenda Pública em execuções de pequeno valor, em detrimento de outras medidas extrajudiciais previstas em lei, relacionou o princípio da efetividade com a:

[...] necessidade, portanto, de se obter e principalmente de despenderem recursos públicos de forma racional, em especial os destinados ao Judiciário, há de se revelar fundamental a manutenção do sistema gestão responsável, racional e eficiente das verbas públicas, a racionalização das demandas, da estrutura e, portanto, de todo o empenho do Poder Judiciário⁹⁹.

Na prática administrativa, como se pode notar, o princípio da eficiência está relacionado com a forma de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, visando os melhores resultados. Exige racionalidade nas decisões e atos de organização, estruturação e disciplina da

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 671.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1786219/SP**, Segunda Turma, Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 06/06/2019, Publicação: 18/06/2019.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 129**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Publicação: 09/12/2019.

Administração Pública, com a utilização produtiva e otimização dos recursos públicos.

2.2 Outros princípios constitucionais aplicáveis

Não se pode deixar de mencionar que, além dos princípios expressamente previstos na CF/88, em especial no art. 37, outros mais podem ser identificados no ordenamento jurídico, como “projeções de outros princípios cardeais, como os do Estado de Direito democrático, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e outros mais”¹⁰⁰.

E da mesma forma daquelas previstos expressamente, os abaixo elencados (que não esgotam o rol de princípios aplicáveis à Administração Pública, mas se referem aos indispensáveis ao estudo que será desenvolvido), têm a função de nortear as competências e atribuições dos agentes públicos, bem como a interpretação e compreensão das normas em vigor.

2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da indisponibilidade do interesse público

A proposta, neste ponto do trabalho, é a compreensão de dois princípios elementares do Direito Administrativo: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. E o fazemos de forma conjunta porque os dois princípios estão intimamente relacionados.

Foi a partir das lições de Leon Duguit¹⁰¹, que o Direito Público se apresentou não mais como um conjunto de regras aplicáveis a uma pessoa soberana, investida do direito subjetivo de mandar, que determinavam as relações com os governados. Segundo o autor essa visão sofreu severa alteração no sentido de compreender o Direito Público como um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram seu funcionamento regular e contínuo.

Para esse mesmo doutrinador francês, o Direito Público deslocou-se de um direito subjetivo, para uma regra de ordenação e gestão dos serviços públicos no

¹⁰⁰ CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa**: Novas disposições. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 31.

¹⁰¹ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público**. Navarra: Analecta, 2006, p. 93-142.

qual grande parte das leis se definem com o objetivo de organização e funcionamento de toda a estrutura estatal. Para o autor essa dinâmica faz concluir que os serviços públicos são instituições de direito objetivo, com a finalidade de garantir o interesse público. O sistema moderno de Direito Público se direciona nesse sentido.

E para atingir tais finalidades, as atividades estatais devem atender a esse sistema composto de leis, princípios e regras, com a finalidade de realização do interesse público, dinâmico e instável, a partir do exercício da função pública. E é justamente na execução da função pública que os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público assumem especial protagonismo, uma vez que limitam a atuação dos administradores e garantem aos administrados a realização dos seus interesses coletivamente refletidos.

Antes de entrar no tema é importante rememorar que a noção de princípios de direito adotada para os fins deste estudo, é aquela que os admite como alicerces do ordenamento jurídico, como disposição fundamental que incidirá sobre a compreensão e interpretação de todas as demais normas, lhes constituindo a essência.

Partindo dessa premissa nos cabe, então, compreender em que consistem os princípios mencionados.

O interesse público se realiza com a satisfação das necessidades da população para realizar valores fundamentais. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰², o interesse público é resultante do conjunto de interesses individuais considerados em sua coletividade, podendo ser primário (da coletividade) ou secundário (individual do Estado), sendo, este último, instrumental para o atendimento do primeiro.

Não se pode perder de vista que o administrador está na condição de gestor dos interesses públicos, sendo o povo o seu titular. É o que se infere do parágrafo único do art. 1º da CF/88¹⁰³, que ainda impõe objetivos às suas atividades no art.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 51-52.

¹⁰³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

3º¹⁰⁴ e Direitos Fundamentais no decorrer de seu texto. Sendo assim, não é dado ao administrador agir conforme suas vontades e convicções pessoais, mas deve exercer as suas competências e atribuições na direção da realização do interesse público, conforme as leis, os princípios e as regras de direito.

É justamente esse conjunto de princípios e regras incidentes sobre a Administração Pública, que lhe confere uma série de prerrogativas e deveres, com a finalidade de realizar e manter os interesses da coletividade, que configura o regime jurídico administrativo. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se do conjunto de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa situação privilegiada e vertical na relação jurídico-administrativa¹⁰⁵.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰⁶, ao tratar do regime jurídico administrativo, afirma que ele está justamente alicerçado em dois princípios fundamentais, que embora não estejam expressamente previstos no ordenamento jurídico, são amplamente reconhecidos doutrinária e jurisprudencialmente: (i) a supremacia do interesse público sobre os interesses privados e a (ii) indisponibilidade do interesse público. Como já definiu o STF: “A natureza jurídica dos bens públicos, independente do ente que os titularize, exige, na sua utilização, a observância aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público”¹⁰⁷.

Tais princípios sempre ensejaram debates e críticas especialmente no que se refere ao seu alcance e à sua função no ordenamento jurídico. Mas não há dúvidas

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

¹⁰⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico: The content of the legal-administrative regime and its methodological value. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo, Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 347-374, 2021.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4970**, Tribunal Pleno, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 15/09/2021, Publicação: 22/09/2021.

de que a sua adoção ampla na jurisprudência e sua afirmação pela maioria dos doutrinadores, indicam que tais princípios estão presentes no ordenamento jurídico.

Fábio Medina Osório¹⁰⁸ destaca que o princípio da supremacia do interesse público, de *status* constitucional, impõe uma finalidade indisponível para a Administração e para os agentes, em razão de ser inerente ao próprio sistema, de ser a própria essência do Estado, destinada a garantir autoridade à Administração Pública necessária para o cumprimento do interesse público. Marçal Justen Filho¹⁰⁹, na mesma linha, aponta que o reconhecimento de competências anômalas à Administração atua como instrumento de realização da sua função constitucional de concretização dos interesses públicos, como manifestações do dever de promover o interesse público, sem que isso signifique que o Estado seja “superior”, *prima facie*, aos particulares, uma vez que deve respeito aos valores e limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Isso significa dizer que, ao contrário do que afirmam alguns críticos desse princípio, há verdadeiro equilíbrio entre os mecanismos excepcionais colocados à disposição da Administração para o cumprimento do seu dever de atender ao interesse público e os limites previstos no ordenamento jurídico em defesa dos particulares contra eventuais abusos e excessos. Há uma harmonia entre prerrogativas e sujeições, indispensável para que o Estado atenda aos seus fins sociais.

Vale mencionar que a finalidade do presente trabalho não é o estudo aprofundado dos dois princípios mencionados, o que demandaria maior dedicação, mas apenas citar dois princípios que norteiam a relação do Poder Público com a realização do interesse público.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público implica na ideia de que os interesses públicos teriam objetivamente prevalência sobre os interesses privados, tendo como finalidade revestir de legitimidade jurídica os comportamentos administrativos que demandem o exercício de prerrogativas de autoridade pública. Como afirma Hely Lopes Meirelles:

¹⁰⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Supremacia do Interesse Público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 220, p. 69-107, 2000.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1204-1205.

Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, que no estudo da interpretação do Direito Administrativo apontamos como um dos seus pressupostos. Bem por isso a Lei 9.784/99, no inc. XIII do parágrafo único do art. 2º diz que se deve interpretar a norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento ao fim público¹¹⁰.

Admitindo o conceito de interesse público proposto por Celso Antonio Bandeira de Mello, como sendo a reunião de interesses dos indivíduos considerados como membros da sociedade, juridicizado pela vontade do legislador, o princípio da supremacia dos interesses públicos indicaria a preponderância daqueles interesses coletivos tutelados pelo ordenamento jurídico, sobre os individuais que não são tutelados pelo sistema.

Analizado sob outra ótica, a do interesse público como interesse geral, da coletividade em si mesmo considerada é possível dizer que a supremacia do interesse público não terá incidência definitiva, pois recomendará a garantia do interesse da coletividade na maior medida possível dentro do caso concreto.

Isso implica em dizer que de acordo com as circunstâncias, procedendo a um sopesamento de valores, os interesses públicos (inerentes ao conjunto do corpo social) irão prevalecer sobre os interesses privados.

É importante mencionar que o princípio da supremacia do interesse público foi idealizado por Celso Antonio Bandeira de Mello e por ele vem sendo defendido desde então, daí porque sua abordagem em regra é feita como mandamento nuclear de um sistema, concepção adotada pelo autor, com a nobre função de assegurar a prevalência de um complexo interesse público. Atua na interpretação lógico-jurídica de todo o sistema jurídico-administrativo, aglutinando todos os seus elementos dando-lhe organicidade e harmonia.

É importante registrar que na esteira do pensamento adotado por Celso Antonio e Hely Lopes, acima mencionados, é esse princípio que legitima os privilégios e poderes especiais da Administração Pública, a partir da afirmação de sua supremacia, bem como limita esses mesmos privilégios e poderes ao necessário para sua perseguição.

É mesmo em razão deste princípio que a Administração Pública desfruta de benefícios conferidos pelo ordenamento jurídico, como a presunção de veracidade e

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

legitimidade dos atos por ela praticados, o gozo de prazos mais longos para se manifestar em processos judiciais, prazos diferenciados de prescrição, a possibilidade de constituir o particular em obrigações, o direito de modificar unilateralmente relações já firmadas, enfim, uma série de privilégios indispensáveis para a realização do interesse público.

Não significa dizer que a administração, escorada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, teria “carta branca”, autonomia e liberdade para o emprego de tais prerrogativas. No exercício da função administrativa pode utilizá-los apenas como instrumentos para o cumprimento do seu dever de atender aos interesses públicos.

Mas a supremacia do interesse público implica para a Administração, além das prerrogativas, restrições no desempenho de suas atividades, também indispensáveis à garantia e segurança do interesse da coletividade. Como já mencionado acima, no Direito Público não há espaços para a liberdade de ação, uma vez que as finalidades e os meios a serem empregados para alcançá-las, estão todos limitados pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, por exemplo, há obrigação de precedência de procedimento licitatório a toda contratação realizada pela administração, os contratos também não podem ser firmados com quem seja da vontade do administrador, ou seja, não dispõe das mesmas liberdades próprias das relações privadas, sofrendo limitações legais. Mesmo quando atua diretamente no campo econômico, sujeitando-se em certa medida ao regime jurídico de Direito Privado, o Estado ainda está sob o comando da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, uma vez que sua atuação como tal se justifica apenas nas hipóteses em que o interesse público justifique, como dispõe o art. 173 da CF/88.

Assim, conforme a concepção administrativista defendida pelos principais doutrinadores da matéria a supremacia do interesse público significa objetivamente a sua superioridade em relação aos demais interesses também existentes em uma determinada sociedade, entretanto, como bem preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

Humberto Ávila é crítico do conceito da supremacia do interesse público sobre o privado (inclusive quanto à própria condição de princípio), e afirma, em seu trabalho, que: “Ele, tal como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’”¹¹¹.

Sua doutrina, inclusive, questiona a própria natureza de “princípio” atribuído à mencionada “supremacia do interesse público sobre o particular”, uma vez que: i) ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer alusão às possibilidades normativas e concretas; ii) não o considerar uma norma-princípio normativamente, pois ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional próprio e, ainda, iii) não ser possível considerá-lo separadamente do interesse privado.

É importante que se diga que, ao contrário do que pode parecer, como afirma Enterría:

Os poderes administrativos não são, nem podem logicamente ser, ilimitados, incondicionados e absolutos, mas rigorosamente avaliados na sua extensão e no seu conteúdo, e que sobre esta limitação se articula uma situação jurídico-ativa correlativa dos cidadãos (tradução nossa)¹¹².

O exercício de tais prerrogativas, como deveria ser, está condicionado aos requisitos e limites previstos em lei, sempre vinculados aos interesses públicos envolvidos no objeto lícito.

Como todos os demais princípios existentes no ordenamento jurídico, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é absoluto, de forma que a concepção apresentada por Celso Antônio, não impossibilita que, visando a consecução do interesse público (em sentido próprio), a Administração renuncie aos poderes de supremacia que lhe permitem estabelecer (quando necessário) relações de caráter público, preferindo, ao contrário, instituir relações

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001.

¹¹² Do original: “*las potestades administrativas ni son, ni pueden logicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta limitación se articula una correlativa situación jurídico-activa de los ciudadanos*” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 16. ed. Madrid: Civitas, 2011, p. 489).

privadas, caracterizada pela paridade das partes. Isso é possível justamente quando o resultado seja mais benéfico ao atendimento do interesse público.

A supremacia do interesse público impõe, portanto, aos agentes públicos em suas decisões e nos atos administrativos de sua competência, bem como a demais intérpretes do direito, considerar a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares, como pressuposto lógico de qualquer ordem social estável. É justamente essa “supremacia” que justifica a existência de diversas prerrogativas e sujeições dirigidas à Administração Pública.

Intimamente relacionado com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, está a indisponibilidade do interesse público. Como afirma Wolgran Junqueira Ferreira¹¹³, “por questão de ordem moral, ética e jurídica, as pessoas a quem se confiou a administração de bens públicos, são obrigadas a um extremo cuidado com o manuseio da coisa pública. Não podem fazer como seus, os bens e haveres da comunidade”. E sendo assim, é certo que não cabe ao administrador, curador que é da coisa pública, dispor a seu bel prazer dos bens colocados aos seus cuidados.

O princípio da indisponibilidade do interesse público determina, em consonância com a supremacia do interesse público sobre o privado e com os deveres-poderes colocados à disposição dos agentes públicos, que as atividades administrativas, devem ser pautadas sempre na garantia da realização do interesse público, sem dele dispor, uma vez que o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois o titular desses bens é o povo. E como leciona Diogenes Gasparini:

[...] por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA, 107:208) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração¹¹⁴.

O interesse público é, de fato e prima facie, o interesse supremo, figura central de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, de modo que a supremacia e a indisponibilidade dos interesses públicos, são princípios de inegável

¹¹³ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Responsabilidade dos prefeitos e vereadores**. 5. ed. Bauru: EDIPRO, 1994, p. 11.

¹¹⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

indispensabilidade para o regime jurídico administrativo. E assim de fato deve ser, uma vez que o interesse público não é o interesse de um ente subjetivamente considerado, ou um interesse exclusivo da Administração Pública, é um interesse de todos e de cada um considerado na perspectiva da coletividade. Nesse sentido, a lição de Sérgio Ferraz¹¹⁵:

A Administração Pública não é um fenômeno que se exerça pelo administrador para os interesses da Administração Pública. A Administração Pública, a função administrativa, toda ela, só se justifica e só existe voltada para a realização das potencialidades e para as felicidades gerais da coletividade.

O princípio da indisponibilidade veda a disposição, pelo administrador, de um interesse da coletividade, uma vez que não é dono da coisa pública, mas apenas seu administrador, gestor. Como afirma Ricardo Marcondes¹¹⁶, o interesse público é alheio, não pertence ao agente público que apresenta o Estado, tampouco da pessoa jurídica estatal, mas sim ao povo, de forma que ninguém pode dispor do que não é seu.

A Administração Pública não tem competência para desfazer-se da coisa pública, bem como, não pode deixar de atender à sua atribuição de guarda e conservação do bem, tampouco transferir a terceiros a sua tarefa de zelar, proteger e vigiar o bem. Qualquer tipo de disponibilidade dos interesses públicos somente pode ser feita por ato do legislador.

Os interesses públicos são, portanto, por inapropriáveis cabendo ao órgão administrativo, apenas a sua curadoria já que não é sua propriedade. As pessoas administrativas (formadas pelos órgãos administrativos e seus auxiliares) não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização, atuando apenas como instrumento de realização dos interesses públicos, da sua concretização em prol dos administrados. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁷ afirma que o princípio da indisponibilidade do interesse público, a despeito de não constar expressamente na CF/88, permeia toda a atuação da Administração Pública, mesmo quando atua no campo do privado. Ao lado da supremacia do interesse público, a

¹¹⁵ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa dos Administrados. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 174.

¹¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 72-73.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38-39.

indisponibilidade do interesse público, ao permear a atividade administrativa justifica uma série de prerrogativas, como menciona a autora:

O interesse público é expressão categorial que abarca todos esses objetos e objetivos. Cumpre ao Estado desempenhar suas atividades em direção à sua concretização. Quando lícita, contrata e gerencia instrumentos contratuais, a Administração tem o compromisso com a Constituição não só numa perspectiva estática, mas igualmente no sentido de colaborar para que os objetivos maiores eleitos pelo povo como interesses públicos sejam alcançados¹¹⁸.

É um traço elementar do regime de Direito Público. Sendo o resultado do conjunto de interesses de toda a sociedade, ao exercer a sua função de proteger esses interesses é racional e coerente que a Administração Pública não possa deles dispor, conforme suas convicções ou daqueles que instrumentalizam a função administrativa. Conforme ensina Cirne Lima, “sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”¹¹⁹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹²⁰, afirma que justamente a indisponibilidade dos interesses públicos exige do agente público atuação objetiva e neutra, afastando da sua esfera jurídica as responsabilidades pelos fins estabelecidos no ordenamento jurídico (interesse público), exigindo apenas que os meios para os alcançar sejam usados corretamente. Defende ainda que por conta de tal princípio, ao administrador impõe-se um “dever” em relação a um objeto, vinculando o administrador ao cumprimento da finalidade imposta, sem vínculos com os resultados decorrentes, bastando demonstrar que atendeu aos meios predeterminados e atingiu o fim definido, o que permite atuação objetiva e neutra. Daí decorrem outros princípios como o da legalidade, da publicidade, da eficiência, da motivação, todos instrumentais na verificação do atendimento aos fins preestabelecidos ao administrador.

E é interessante ressaltar que o STF tem se posicionado no sentido de que:

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38-39.

¹¹⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹²⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 61, ano XV, jan./mar. 1982.

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse¹²¹.

Esta posição que, embora não reflita exatamente a doutrina dominante, refletirá diretamente na interpretação a ser eventualmente conferida aos dispositivos legais contidos na Lei nº 14.133/21, que serão objetos de estudo.

Por tudo isso, a indisponibilidade dos interesses públicos parece constituir, ao lado da supremacia do interesse público, de fato, a espinha dorsal do exercício da função pública e do regime jurídico administrativo.

2.2.2 Princípio da motivação e princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Partindo das premissas acima mencionadas, que afirmam que o interesse público (institucionalizado) deve ser sempre priorizado frente ao interesse particular, bem como que o interesse tutelado pelo administrador não pertence a ele ou mesmo ao ente por ele conduzido, mas sim aos administrados, é certo que todos os atos administrativos devem vir acompanhados das razões que os sustentam, dos interesses públicos envolvidos, dos seus fundamentos legais, enfim, de justificativas para sua realização e conformação com o ordenamento jurídico.

É decorrência, pois, do princípio da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, que toda a ação administrativa, seja ela discricionária ou vinculada, tenha como finalidade a realização do interesse público, condição que legitima as competências atribuídas pelo legislador constitucional às autoridades públicas.

Isso significa dizer que, enquanto em relações privadas as vontades das partes não fazem qualquer diferença para a validade da avença, nas relações submetidas ao Direito Público, os atos praticados estarão sempre vinculados à realização de um fim público, que devem estar implicitamente contida no ato ou explicitamente nas razões de decidir que antecedem a sua prática.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 253885/MG**, Primeira Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie, Publicação: 04/06/2002.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, ato administrativo é:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹²².

Esses são considerados, em sentido amplo, englobando os atos gerais e abstratos. Os atos administrativos são compostos de sujeito, que é autoridade competente, de forma prevista em lei, de objeto ou conteúdo, de finalidade, que consiste no interesse público a ser realizado e de motivo, que são as questões de fato e de direito que sustentam a prática do ato, elementos sem os quais não há ato administrativo.

Se numa relação jurídica privada as vontades envolvidas não importam, nas relações de direito público, os atos administrativos estão sempre pautados por determinados fins públicos, de modo que a sua prática deve ser pautada em motivos “que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda”¹²³.

Esses motivos devem, contudo, serem levados a conhecimento dos administrados e dos órgãos de controle, como forma de fiscalização. A motivação é, portanto, a formalização, a exteriorização dos motivos que levaram à prática do ato administrativo, composta não só pelas questões de fato que levaram o administrador a agir em determinado sentido, como tem o direito em que está alicerçado o ato praticado e a relação de causalidade entre o fato e o ato praticado.

Há amplo debate acerca da extensão do princípio da motivação relativamente aos atos administrativos, se exigida a sua observância em toda e qualquer circunstância da função administrativa, ou se aplicável apenas quando for exigência legal. Entretanto, para os fins do presente estudo a posição que se adota é de que todos os atos administrativos devem atender ao princípio da motivação, sob pena de prejuízo ao controle interno ou externo sobre ele exercido, possível apenas diante de coerente e lógica fundamentação elaborada pela autoridade competente.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 315.

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 325.

Segundo Sergio Ferraz¹²⁴, ao admitir a existência e a correção de abusos e desvios de poder, o sistema jurídico pressupõe um dever anterior, conferido a autoridade, de motivar o ato administrativo, para possibilitar ao Poder Judiciário o controle do mérito administrativo, que deve atender ao dever de bem administrar.

Sempre que a autoridade competente se desapega de tal fim público específico, se está diante do desvio de finalidade, consistente em vício grave de legalidade por descumprimento do comando legal que dirige o ato administrativo. Identificar eventual incompatibilidade entre a substância do ato administrativo e a finalidade legal que o autoriza, depende não só da análise dos elementos externos do ato administrativo, como também dos elementos internos do ato administrativo, os motivos determinantes da decisão administrativa, a motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

Daí porque conclui o STJ no sentido de que:

A finalidade da motivação é dar a conhecer as razões de fato e de direito que levaram o Administrador a praticar o ato, de modo a possibilitar: (I) o controle – interno ou externo; (II) o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa pela parte alcançada por seus efeitos¹²⁵.

Desta forma é indiscutível que a motivação é exigência expressa para a prática de alguns atos administrativos, como requisito de validade. E mesmo nas hipóteses em que não haja previsão legal expressa da motivação como requisito de validade, é imperioso que o intérprete avalie, conforme o caso concreto, a consistência dos motivos que levaram o administrador a praticar este ou aquele ato administrativo. Faz parte, portanto, da análise de legalidade do ato a conferência dos seus motivos explícitos e implícitos, seguida da aferição de requisitos de proporcionalidade e razoabilidade conforme a finalidade a que se destina.

O regime jurídico administrativo indica que a administração tem o dever de satisfazer ao interesse público, de maneira satisfatória, suas ações devem seguir, portanto, um sentido teleológico dirigido aos administrados. Os administrados não são, portanto, meros expectadores dos atos administrativos, mas os próprios titulares do poder político exercido em seu nome. Daí porque a importância dos

¹²⁴ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa dos Administrados. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 21949/PR - 2006/0105194-0**, Primeira Turma, Relatora: Min. Denise Arruda, Julgamento: 15/12/2009, Publicação: 02/02/2010.

motivos para a prática dos atos administrativos deve ser consagrada e observada na interpretação de toda a legislação que compõe o plexo de normas que regulam a atividade administrativa.

E embora não haja referência expressa de tal princípio no texto constitucional, especialmente no art. 37 que se refere diretamente aos princípios da Administração Pública, sua essência está no Estado Democrático de Direito, que se contrapõe ao arbítrio e pressupõe a justificativa das decisões, bem como nas diversas referências à motivação contidas nos seguintes enunciados da CF/88: (i) art. 93, IX e X¹²⁶; (ii) art. 121, § 2º¹²⁷ e (iii) art. 169, § 4º¹²⁸. Tais valores constantes na CF/88 indicam que a exigência de motivação é característica comum aos atos administrativos, despontando um princípio implícito próprio do regime jurídico administrativo.

No exercício de funções o gestor público não pode escolher qualquer solução administrativa, deve de fato buscar sempre a melhor solução administrativa possível, consideradas as circunstâncias de fato e de direito postas à sua disposição, através do melhor meio, daí porque a motivação é princípio que deve balizar a prática de todos os atos administrativos, especialmente nas licitações e contratos que definem grande parte dos destinos do erário.

A concretização dos interesses públicos definidos no texto constitucional deve ser a meta, o objetivo de exercer a função administrativa. Sergio Ferraz afirma com categoria que:

¹²⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios.

[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

¹²⁷ Art. 121. [...].

§ 2º Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

¹²⁸ Art. 169. [...].

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

A atividade administrativa não é um fenômeno que se exerça pelo administrador, para os interesses da Administração Pública. A Administração Pública, a função administrativa, toda ela só se justifica e só existe voltada para a realização das potencialidades e para as felicidades gerais da coletividade¹²⁹.

E esta meta, completamos nós, não pode ser uma satisfação dos administrados efetivamente justa, que reflita os valores abrigados no texto constitucional, sem que se tenha em mente fatores como proporcionalidade e razoabilidade.

A proporcionalidade e a razoabilidade devem se refletir nas razões de fato e de direito que definem a opção adotada pelo administrador ao praticar determinado ato administrativo. O princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela proteção dos direitos fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente, conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹³⁰.

Por razoável compreende-se tudo aquilo que está qualitativamente de acordo com a racionalidade, que é executado com bom senso, sem excessos, suficiente. Sendo assim, o princípio da razoabilidade preceitua que o ato administrativo deve guardar uma coerência lógica entre os meios e os fins por ele perseguidos. Qualitativamente, devem ser praticados sem excessos ou escassez, de maneira racional e suficiente.

Para Agustín Gordillo¹³¹ qualquer atuação do Poder Público terá legitimidade sempre que caracterizada pela racionalidade, mesmo que não seja ilegal. A razoabilidade, portanto, considera parâmetros de proporção, prudência, equilíbrio e causalidade, em suma, veda a arbitrariedade.

De acordo com o STF, tratando da razoabilidade:

Essa, como todos sabemos, decompõem-se na adequação da medida, ou seja, saber se os meios efetivamente promovem os fins visados, na necessidade da medida, que é saber se há alternativa melhor e menos excessiva, e saber da proporcionalidade em sentido

¹²⁹ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa dos Administrados. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE - Repercussão Geral – Mérito (Tema 907)**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 14/11/2018, Publicação: 31/07/2020.

¹³¹ GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do Direito Público**. Tradução de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977, p. 67 e 183.

estrito, se o que se ganha com ela é mais valioso do que aquilo que se perde¹³².

Celso Antonio Bandeira de Mello¹³³ compreende o princípio da proporcionalidade como uma “faceta” da razoabilidade, devendo ser tratada como um aspecto importante de referência de amplitude e intensidade (quantitativamente analisada) do ato administrativo, composta de três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação (adoção de medida compatível com o fim almejado), a necessidade (a medida deve representar o menor dano ao cidadão) e a proporcionalidade em sentido estrito (a justa medida entre o meio e fim).

Ruy Cirne Lima¹³⁴ afirma que a incidência do princípio da proporcionalidade é indispensável para impedir que o administrador imponha consequências superiores às pertinentes à relação jurídica estabelecida, ou seja, diante de uma diversidade de meios adequados à realização do interesse público o mais adequado será aquele que menor prejuízo impuser aos direitos individuais.

A Administração tem, portanto, o dever de evitar a imposição de obrigações, restrições ou sanções para além da medida necessária ao atendimento do interesse público envolvido no ato administrativo, sendo possível, em caso de excesso, a atuação do Poder Judiciário.

Tal princípio tem íntima relação com a intensidade da medida adotada pelo Estado em seu agir. E não se trata apenas de coibir a desproporção “para mais” dos atos administrativos, ou seja, aqueles que sejam superiores àqueles indispensáveis para atender ao interesse público, como também de proteger a insuficiência da atuação da autoridade administrativa, na perseguição dos interesses públicos envolvidos¹³⁵.

Para Paulo Gustavo e Gilmar Mendes os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são indistintos entre si, consubstanciando “uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5889 MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 06/06/2018, Publicação: 29/07/2020.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 94.

¹³⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

¹³⁵ Assim já definiu o C. STF ao afirmar que a proteção insuficiente é uma vertente do princípio da proporcionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6421**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgamento: 11/03/2024, Publicação: 17/04/2024).

afins”¹³⁶, que condiciona toda a atuação do Estado, sendo indispensável para a garantia dos direitos fundamentais, especialmente em casos de colisão onde a solução se alcança por meio da proporcionalidade em sentido estrito, que ao lado da adequação e da necessidade integram a proporcionalidade em sentido amplo.

Para os autores, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade:

[...] exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução¹³⁷.

O que se pretende, ao fim e ao cabo, é que as decisões e atos administrativos, especialmente aqueles que impliquem restrições ao direito do indivíduo, sejam devidamente motivados, com os fundamentos de fato e de direito que os sustentam, de forma a permitir extrair a observância da razoabilidade e da proporcionalidade da sua adoção, estando eventuais excessos sujeitos ao controle externo.

2.2.3 Princípio da tutela e princípio da autotutela

O princípio da tutela confere à administração direta exerça controle sobre as atividades das entidades administrativas, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais, representando certa ingerência na autonomia administrativa e financeira da entidade em razão da necessidade de controle da atuação para que se dê em conformidade com os fins que justificaram a sua criação.

Trata-se de princípio que apresenta maior relevância no âmbito interno da Administração Pública, já que implica no reconhecimento do direito de fiscalização por parte da administração central, sobre os entes delegados, tanto relativamente aos próprios órgãos e entes, quando aos agentes.

Para Diogo de Figueiredo, o princípio da tutela, que ele denomina princípio da sindicabilidade, “informará todas as teorias de controle do poder público, envolvendo

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

a competência, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos disponíveis”¹³⁸.

É, como se nota, um mecanismo de controlabilidade exercido pelo Estado, ao lado da autotutela, de atuação estrita em consonância com a autonomia administrativa própria dos entes descentralizados, com a finalidade de garantir os fins institucionais e a harmonia da atuação destes entes com a política governamental.

O princípio da autotutela confere à Administração Pública a condição de rever os atos por ela praticados, tanto para sanar vícios de legalidade, quanto por razões de conveniência e oportunidade. Parece lógico e racional que no exercício da atividade administrativa, que consiste na curadoria do bem público, a administração como gestora possa rever seus atos de forma a adequá-lo às circunstâncias de fato e de direito que se apresentam, de modo a evitar efeitos mais gravosos ao interesse público, garantido o direito individual dos interessados.

Importa mencionar que o STF sumulou o entendimento que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial¹³⁹.

Segundo Cirne Lima¹⁴⁰, o princípio da autotutela, ou seja, o poder conferido à Administração Pública de rever seus próprios atos por motivos de conveniência e oportunidade, sofre limitações no tempo, justificadas pela incidência, especialmente, do princípio da segurança jurídica (por ele denominado “princípio da confiança”), que protege o direito subjetivo público decorrente do ato administrativo.

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602> Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁴⁰ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 54.

O STF¹⁴¹ também considerou constitucional o estabelecimento de prazo decadencial para o exercício da autotutela pelo Poder Público, jogando luzes à necessidade de conformação do princípio da autotutela com o princípio da segurança jurídica, que mais adiante será tratado.

Referido princípio, indispensável para que a Administração Pública tutele os interesses públicos, especialmente para mudar os rumos das políticas públicas em andamento, conforme critérios de conveniência e oportunidade, ou evitar maiores danos em razão de reconhecimento de vício de legalidade de ato administrativo praticado, portanto, deve conviver harmoniosamente com os demais princípios, especialmente o da segurança jurídica.

2.2.4 Princípio da continuidade dos serviços públicos

O Estado é investido de poderes instrumentais indispensáveis para a realização dos interesses públicos. Como afirma Marçal Justen Filho:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional¹⁴².

Todos os Poderes do Estado (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo) desempenham tal função, contudo, o Poder Executivo tem a função administrativa como preponderante. E continua mais à frente o autor, afirmando que a “função” subordina o sujeito à obrigação de agir para promover o interesse público sob sua tutela, como deve abster-se adotar medidas inúteis e incompatíveis com a realização de tal incumbência.

Dentro desta significativa lição, é possível concluir que alguns interesses públicos podem apresentar-se de modo que não podem sofrer interrupções, sob pena de afetar a própria dignidade da pessoa humana, de modo que ao administrador é imposto o dever de atuar para que não sejam interrompidos, bem como evitar medidas que possam levar à sua interrupção. Desse modo, tais serviços

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6019**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 12/05/2021, Publicação: 06/07/2021.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 17.

públicos não podem sofrer interrupções, ou seja, devem ser prestados em caráter de continuidade, salvo algumas exceções em casos excepcionais.

Celso Antônio Bandeira de Mello qualifica serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade, comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sobre o regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

O princípio da continuidade, portanto, corolário dos princípios da indisponibilidade do interesse público e dos princípios da legalidade e da eficiência, vincula o poder público e os particulares delegatários da prestação do serviço público¹⁴³, ao atendimento contínuo das necessidades da coletividade assumidas pelo Estado como pertinentes aos seus deveres. Os serviços públicos devem ser ininterruptos, salvo exceções previstas em lei. Como já afirmou o STF:

Não é demais enfatizar, nessa ordem de ideias, a posição ocupada, no complexo deontológico e político consubstanciado na Constituição, pela garantia de continuidade dos serviços públicos, na medida em que estes assumem, no regime previsto na Carta de 1988, instrumentos particularmente relevantes de distribuição de direitos materiais subjetivos, notadamente os de natureza prestacional¹⁴⁴.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁵, o princípio da continuidade determina que o serviço público não pode parar, especialmente em relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública, impondo prerrogativas como a aplicação da teoria da imprevisão, impedindo a alegação da *exceptio nom adimpleti contractus* em favor do contratado (hoje mitigada) e a possibilidade da encampação, por parte da Administração, nos contratos de concessão de serviços públicos.

¹⁴³ Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 387**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 23/03/2017 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 405/RJ**, Relatora: Min. Rosa Weber, Julgamento: 21/06/2021, Publicação: 30/06/2021, como também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 620-MC-Ref**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 03/04/2020, Publicação: 12/05/2020; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 556**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 14/2/2020, Publicação: 06/03/2020.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 524 MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 13/10/2020, Publicação: 23/11/2020.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 347.

Jacinto Arruda Câmara, afirma que o princípio da continuidade “exigia do Estado a manutenção de determinado serviço público em funcionamento. É um dever estabelecido em favor da sociedade como um todo e assumido pelo estado ou por quem lhe faça as vezes”¹⁴⁶, destacando que em matéria de serviços públicos, mesmo não estando presente interesse econômico ou rentabilidade relativamente a certa atividade considerada por lei como serviço público, seu oferecimento deverá ser assegurado pelo Estado por força do princípio da continuidade.

Importa, portanto, ter em mente que o princípio da continuidade do serviço público, como os demais, não é absoluto, devendo ser irradiado com vistas ao equilíbrio entre o dever de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pela Administração, garantia prevista no art. 37, XXI, da CF/88 e a obrigação de oferta permanente dos serviços públicos, assim constitucionalmente consagrados como essenciais à vida, à saúde e à dignidade humana.

2.2.5 Princípio da Isonomia e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica

O pensamento sistemático nos leva a concluir que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, todos os seres humanos estão equiparados, merecendo o mesmo respeito. Do ponto de vista do Direito Administrativo, a isonomia implica no impedimento de diferenciações injustificadas, devendo dispensar tratamento igualitário, na medida em que os indivíduos se igualem.

São impostas, portanto, àqueles que tenham competência para exercer a atividade administrativa, ações e omissões, conforme as circunstâncias impostas, equivalentes e uniformes ou diferenciadas em suas providências, conforme os diferenciais apresentados. De todo modo, o que é indispensável é que eventuais tratamentos diferenciados sejam coadunáveis com as diferenças e com os resultados. Como afirma Marçal Justen Filho, “a isonomia não consiste apenas em diferenciar sujeitos ou situações para atribuição de certos bens ou direitos, mas leva em conta o resultado a ser produzido, em vista das imposições constitucionais”¹⁴⁷.

No que se refere ao dever de licitar, reflete, principalmente, a obrigação da administração em garantir condições iguais de participação a todos os que tenham

¹⁴⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 106-107.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 71.

interesse em contratar determinado objeto com a Administração Pública. Tal garantia pode ser alcançada por meio do impedimento de cláusulas abusivas e discriminatórias nos editais de convocação ou mesmo com o afastamento de condições que impliquem em obstáculos à mais ampla participação de concorrentes nas licitações.

Nos termos da jurisprudência é justamente o princípio da igualdade que impede a instituição de tratamento privilegiado sem motivo razoável¹⁴⁸.

José Afonso da Silva¹⁴⁹ afirma que a isonomia entre os eventuais contratantes com o Poder Público se alcança por meio da licitação, que é instrumental para a garantia de condições equânimes de participação entre todos aqueles interessados. Essas condições, sem discriminações desarrazoadas, devem estar estabelecidas objetivamente no instrumento convocatório.

A observância do princípio da isonomia, portanto, deve garantir as mesmas condições de participação a todos os interessados no objeto licitado, semelhantes em suas características, por meio de editais desprovido de cláusulas segregativas, da garantia de julgamentos isentos e que favoreçam a concorrência.

Um dos mais importantes princípios dos ordenamentos jurídicos estruturantes de um Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica. O Direito, enquanto ferramenta de pacificação das relações sociais, deve oferecer para a sociedade um mínimo de estabilidade, de certeza, de previsibilidade relativamente às normas aplicáveis, às condutas permitidas e vedadas e as sanções aplicáveis nos casos de descumprimento das normas.

Desta forma é que o ordenamento jurídico indica os bens e direitos a serem tutelados e protegidos pelo Estado, devendo, contudo, estabelecer de maneira satisfatória, os parâmetros para a utilização dessa proteção. Sem tais parâmetros seria impossível atingir o fim de estabilização das relações sociais, próprio do Direito.

¹⁴⁸ Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.552-MC**, Plenário, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Publicação: 09/06/2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3853**, Plenário, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Publicação: 26/10/2007; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.418**, Plenário, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 20/09/2018.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 672.

Como afirma Marcio Cammarosano¹⁵⁰, o direito, seja ele justo ou injusto, deve existir como ordem normativa preestabelecida, prolongada no tempo e eficaz, conferindo ao cidadão que estejam sob sua incidência prever com o mínimo de segurança as consequências que decorrerão de suas condutas.

Sendo assim, para que o ordenamento jurídico atenda ao seu objetivo de promover a justiça social a partir de regras que impliquem sanções para aqueles que não as cumpram, regulando os conflitos instalados no corpo social, deve prever mecanismos garantidores da maior segurança possível acerca da regulação de suas condutas como por exemplo a proteção à coisa julgada, o ato jurídico perfeito, a irretroatividade penal, a anterioridade em matéria tributária, a decadência e a prescrição etc.

Tais instrumentos visam efetivar a certeza e a confiança da sociedade no próprio Direito. Daí porque é possível afirmar que a segurança jurídica é um dos principais vetores de todo o Direito.

A segurança nas relações não é exigível apenas entre particulares, muito ao contrário, trata-se de princípio geral do direito, sendo também incidente sobre as relações desenvolvidas no âmbito do Direito Público, inclusive como corolário da moralidade administrativa prevista expressamente no art. 37 da CF/88. Como afirma Celso Antonio¹⁵¹, é um dos mais importantes princípios gerais de direito, exigido tanto nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, como naqueles regidos pelo regime jurídico de Direito Público, não como liberalidade do intérprete, mas como mandamento do próprio sistema jurídico.

Como afirma Gabriel Chalita, “significa a adoção pelo Estado de comportamentos coerentes e não contraditórios; e com isso, respeito a realidades consolidadas”¹⁵², concluindo que os processos administrativos devem ser simples de modo a garantir aos administrados a ciência e segurança acerca dos seus direitos e deveres, garantindo que a administração atuará em suas decisões de forma consistente com seus precedentes em situações equivalentes.

¹⁵⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). Crises e reformas legislativas na agenda de Direito Administrativo. **XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-151, 2018.

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 21-29, jan. 1998.

¹⁵² CHALITA, Gabriel. Princípio da Segurança Jurídica. In: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012, p. 85.

Trata-se de princípio geral de direito implícito, que garante que os efeitos do direito sejam mantidos por longo tempo, caso contrário, que eventual alteração seja precedida de um procedimento formal preestabelecido, um processo legislativo de competência dos representantes do povo, preservando os direitos adquiridos, a coisa julgada e os atos jurídicos perfeitos.

Em um ordenamento jurídico como o pátrio, construído sob o prisma de uma Constituição principiológica, uma fórmula adotada muito em função da constante transformação da sociedade, que reclama atuação hermenêutica permanente, é de suma importância que as relações sociais se sustentem com segurança nas suas condições e consequências.

Exemplo disso é o julgamento proferido pelo STF no Conflito de Competência (CC) 7.204/MG, de relatoria do Ministro Ayres Britto, fixou-se o entendimento de que:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*¹⁵³.

Sobre o tema, o STF já firmou posição no sentido de que:

O princípio da segurança jurídica, da óptica objetiva, obsta a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Do ângulo subjetivo, a segurança jurídica vela pela confiança legítima, buscando preservar fatos pretéritos de evoluções interpretativas, bem como conservar efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em outras palavras, a confiança legítima destina-se a resguardar as expectativas criadas por indivíduos em relação a atos estatais. Entretanto, o dever de guardar o princípio da segurança jurídica pressupõe que o ato administrativo que se busca preservar não tenha sido consumado em desacordo com a Lei Fundamental, sob pena de subverter-se o primado da supremacia constitucional¹⁵⁴.

Nota-se que o precedente mencionado faz referência a dois vieses da segurança jurídica, um objetivo, diretamente ligado aos aspectos formais da relação

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência 7.204/MG**, Relator: Min. Ayres Britto, Julgamento: 29/06/2005.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 817.338-RG/DF, Tema RG nº 839**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 16/10/2019, Publicação: 31/07/2010.

ente administração e administrados, estabilidade, previsibilidade e acessibilidade relativamente às medidas ou comportamentos do Poder Público e um subjetivo, que se refere à confiança nos atos do poder público, à calculabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos administrativos, na confiança de que os atos administrativos sejam lícitos, razão pela qual possuem legitimidade. A esse segundo viés denomina-se “princípio da boa-fé” ou da “proteção à confiança”.

Com relação ao princípio da boa-fé aplicado ao direito administrativo, Marcelo Laborde Goñi¹⁵⁵ recorre aos ensinamentos de Jesús González Pérez no sentido de que a boa-fé incorpora o valor ético da confiança e representa uma das vias mais fecundas de erupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica, e, concretamente, o valor de confiança. Serve de apoio para a integração do Ordenamento conforme às regras ético-materiais a idéia de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança (*Treu und Glauben*). A boa-fé comporta uma regra de conduta ou comportamento cívico, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem corrente, de um homem médio.

Nota-se, portanto, que referido princípio, em relação à Administração Pública, está fundado na confiança de que ela – Administração – não irá exigir dos administrados mais do que o estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos no caso concreto, configurando a legítima confiança (ou boa-fé) por parte dos administrados de que os atos da Administração serão coerentes, compatíveis, razoáveis e proporcionais, confiança em que não vá a Administração, adotar uma conduta confusa e equívoca que lhe permita iludir ou tergiversar suas obrigações, conforme intenções escusas.

Ruy Cirne Lima, referindo-se a um “princípio da proteção à confiança”¹⁵⁶, afirma que devem ser observadas garantias que preservem a confiança das pessoas nas relações estabelecidas com o poder público, bem como a estabilidade e a legalidade dos atos administrativos, preservando-se a boa-fé e a segurança jurídica indispensáveis ao Estado de Direito.

¹⁵⁵ GOÑI, Marcelo Laborde. El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública. **Revista de Derecho Público**, año 25, n. 50, p. 35-71, dic. 2016. (Trecho retirado pelo autor da obra GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 74, que revisa e amplia o discurso lido pelo mesmo autor, em 18 de janeiro de 1981, na sua posse como “Académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España”.

¹⁵⁶ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da segurança jurídica se apresenta com dois sentidos “um objetivo, significando a estabilidade das relações jurídicas, e outro, subjetivo, conhecido como princípio da proteção da confiança ou princípio da confiança legítima”, sendo que o primeiro deles não seria próprio apenas do regime jurídico administrativo, mas da teoria geral do direito. O sentido subjetivo, mais próprio do direito administrativo, estaria relacionado à previsibilidade do destinatário da norma, que deve ser protegida especialmente em casos de alteração da lei ou do entendimento aplicável à matéria objeto do ato administrativo.

Embora não tenha previsão expressa no texto constitucional, o princípio da segurança jurídica exsurge de diversas previsões constitucionais e infraconstitucionais, como a previsão de prazo decadencial, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88), bem como diversos dispositivos legais da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁵⁷, que em sua última alteração preocupou-se especialmente com o fortalecimento da segurança jurídica no âmbito da Administração Pública.

Sobre o tema, Marcio Cammarosano traz a seguinte consideração:

Resumindo, podemos dizer: o princípio da segurança jurídica é fundamental, constituindo-se na própria razão de ser do Direito, de sorte que não raras vezes, sobrepõe-se ao próprio princípio da legalidade e ainda, como diz Almiro Couto e Silva, a segurança jurídica, em si mesma considerada, constitui, ela mesma, em certos casos, a própria justiça¹⁵⁸.

Fato é que, nos termos do que afirma o autor, considerados como aspectos (objetivo e subjetivo) do princípio da segurança jurídica ou como dois princípios autônomos (da segurança jurídica e da boa-fé administrativa), decorrentes de valores constitucionais distintos (estabilidade forma e confiabilidade nas ações administrativas), são indispensáveis para a legitimidade dos atos administrativos e para a manutenção das relações jurídicas firmadas entre a administração e os administrados.

¹⁵⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁵⁸ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 36-37.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE LICITAR

O art. 37 da CF/88, para além de submeter a Administração Pública aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência, cada qual já referido anteriormente, estabeleceu uma série de regras que devem ser observadas também pela Administração Pública na atividade administrativa. Entre as regras destinadas a dirigir as atividades da Administração, está aquela contida no inciso XXI, segundo o qual:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹⁵⁹.

Esse é o dever de licitar, imposto a todos os órgãos do Estado, com exceção apenas dos previstos em lei. Outros dispositivos legais, como o art. 22, XXVII, o art. 173, § 1º, III e o art. 175, todos da CF/88, reforçam que a regra, para a Administração Pública, é a contratação mediante prévio procedimento licitatório, que observe os princípios da Administração Pública.

Em termos gerais, é a partir do século XX, especialmente na França, que se pode notar uma maior intervenção do Estado na vida social, com a ampliação gradual dos serviços por ele prestados em prol do atendimento dos diversos interesses públicos que passaram a se definir desde então. É aí que se desenvolve, na Escola do Serviço Público (*École de Bordeaux*), fundada por Léon Duguit, em contraposição à *École de la Puissance Public* a teoria do serviço público, segundo a qual o Estado, para atender aos novos interesses públicos, passou a ter um papel fundamental na prestação de “serviços públicos”, dando maior relevância aos fins (dever de atender aos interesses públicos) que aos poderes atribuídos ao Estado.

Entretanto, como já mencionado, esses interesses se ampliam a passos largos e as condições do Estado para atendê-los na totalidade é finita. Sendo assim, não há outra opção que não seja contar com terceiros, fazendo as vezes do Estado,

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

contratando sob o regime próprio de Direito Administrativo, na composição desses serviços públicos a serem colocados à disposição dos administrados. Para atender a essa finalidade, portanto, o Estado precisa contratar. E como garantir a melhor contratação? O regime jurídico administrativo está construído sobre dois pilares principais, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público¹⁶⁰. Com base em tais alicerces é que se desenvolveram as definições e regras que contornam os contratos administrativos.

Nas palavras de Ruy Cirne Lima¹⁶¹, nos moldes do que se espera de um administrador privado, o Poder Executivo, no que se refere aos negócios públicos, também não dispõe de atribuições irrestritas, de modo que está vinculado à finalidade impessoal, no caso pública, que tem o dever de realizar.

As demandas a serem satisfeitas pela Administração Pública podem ser atendidas diretamente, a partir de seus próprios recursos, humanos, físicos, técnicos, ou por interposta pessoa, contratada pelo órgão para realizar aquilo que exige o interesse público. Para tanto, deverá contratar, mediante processo seletivo concorrencial, que garanta a participação de todos aqueles interessados que atendam às exigências legais e técnicas para executar o objeto.

A CF/88, visando romper com o autoritarismo e com os abusos cometidos até então, traz em diversos dispositivos legais imposições no sentido de que a Administração Pública, sempre que pretenda a contratação de obras ou serviços, deve licitar. O Estado deve, portanto, antes de contratar, tramitar um procedimento administrativo, com a finalidade de assegurar a isonomia entre os diversos interessados, com a finalidade de realizar a contratação mais vantajosa para a Administração. É o que se extrai do art. 37, XXI, da CF/88. Ou seja, excetuados os casos expressamente previsto em Lei, sempre que a Administração Pública tenha a pretensão de efetivar alguma contratação deve preceder a um procedimento licitatório, que confira ampla competitividade, para definir de maneira isonômica e impessoal e com base em critérios objetivos, aquele com quem irá contratar em razão da oferta da melhor proposta.

Daí porque Celso Antonio Bandeira de Melo define a licitação como:

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico: The content of the legal-administrative regime and its methodological value. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo, Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 347-374, 2021.

¹⁶¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38.

[...] o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados¹⁶².

O que determina a CF/88, portanto, é que em todos os negócios praticados pela Administração, em observância ao princípio da isonomia, deve proceder à escolha do negócio mais vantajoso, mediante ampla competição – objetivos da licitação – conforme critério objetivos previstos em lei e no edital, que garantem a observância do princípio da impessoalidade e da probidade administrativa.

A União tem competência para legislar sobre as normas gerais de licitação. E nessa empreitada tem-se que a licitação, em geral, é regulada pela Lei nº 14.133/21, que sucedeu a Lei nº 8.666/93 que vinha regulamentando as licitações e contratos administrativos em geral. E, nesse ponto, é importante esclarecer que, além da Lei de Licitações e Contratos Públicos, outras leis de caráter especial dirigem contratos específicos, como as concessões e permissões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), as PPPs (Lei nº 11.079/04), o setor de Telecomunicações que ressalvadas as contratações para obras e serviços de engenharia civil, é regido pela legislação que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL, Lei nº 9.472/97¹⁶³), as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo se submetem à Lei da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP, Lei nº 9.478/97¹⁶⁴), as sociedades de economia mista e as empresas públicas contratam sob a regência da Lei nº 13.303/16¹⁶⁵, e outras mais, sendo que em

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 432.

¹⁶³ BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

alguns casos, no que sejam compatíveis, utilizam dispositivos da Lei Geral de Licitações, que será o objeto do presente estudo.

A Lei nº 14.133/21 disciplina, portanto, os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, o patamar mínimo para defesa do interesse público no que se refere às contratações públicas. Relativamente à Lei nº 8.666/93, que, por cerca de duas décadas, se preocupou com as licitações e contratações públicas, a Lei nº 14.133/21 trouxe uma série de mudanças, especialmente voltadas para reforçar a segurança jurídica nas relações entre os particulares e a Administração Pública, reduzir a burocracia nas contratações, dar ênfase à boa-fé das partes envolvidas, incentivar a consensualidade nas relações com a Administração Pública, combater a corrupção, entre outras, como também, expressamente ampliou o rol de princípios aplicáveis e instituiu novas modalidades de licitação, substituindo as

Por força do art. 37 da CF/88, como já referido, todas as pessoas de Direito Público, diretas e indiretas, estão obrigadas a licitar, exceto em circunstâncias especiais previstas em lei, cada qual regida pela legislação pertinente.

Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, as licitações somente se justificam diante da existência de pluralidade de objetos e ofertantes (pressuposto lógico), a existência de viabilidade e interesse na disputa (pressuposto fático) e a sua utilidade, no caso concreto, ao menos em tese, para atender ao interesse público (pressuposto jurídico) devendo servir a um fim, já que não é um fim em si mesma. Sobre esta última, o STF emitiu a seguinte posição:

3. O tema das licitações e contratações públicas desperta invulgares preocupações e profundos debates teóricos, notadamente diante do significativo volume de contratações realizadas pelo Poder Público brasileiro, de um lado, e da alta suscetibilidade da sua utilização para fins escusos (como a corrupção e a cartelização), de outro. 4. A licitação pública, sabidamente, não representa um fim em si mesmo, mas um meio para a tutela dos princípios essenciais à Administração Pública insculpidos no art. 37, caput da CRFB. O imperativo da vantajosidade que deve se fazer presente nos contratos públicos reluz como conseqüência lógica desse cenário: sendo os recursos públicos eminentemente escassos, a Administração Pública deve almejar a obtenção dos melhores resultados possíveis com o menor dispêndio de verbas (custo-benefício). 5. O texto constitucional, em que pese ter positivado a regra da licitação, não delineou de forma exhaustiva o que constituiria um processo licitatório ideal, considerando a diversidade de contratações das quais a Administração Pública lança mão diuturnamente, cujos contornos variam conforme as alterações nas conjunturas econômicas, políticas, sociais e tecnológicas. 6. O design das licitações públicas

pode suscitar incrementos ou decréscimos na concorrência, aumento ou diminuição de custos de transação, incentivos ou desincentivos à corrupção e à formação de carteis¹⁶⁶.

A licitação, como se pode notar das referências acima, é um instituto de Direito Administrativo, cujo objetivo é a escolha de um contratante para a Administração Pública. E não qualquer contratante, mas sim aquele que apresente as condições mais vantajosas para a Administração Pública.

É precedente, portanto, a todo contrato firmado pela Administração Pública, com um particular, visando, conforme objetivamente elenca o art. 2º da Lei nº 14.133/21, a:

I- alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação¹⁶⁷.

A licitação se destina, portanto, à formação da vontade da administração, observado o procedimento próprio, previsto na Lei nº 14.133/21 e outras Leis especiais, bem como aos princípios do direito administrativo, expressamente previstos na CF/88 e na própria lei, ou implicitamente no ordenamento jurídico. Como afirma o STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4645, supramencionada:

Não se deve perder de vista que as contratações públicas e parcerias com a iniciativa privada são formas de concretização dos objetivos constitucionais da atuação estatal. Sua finalidade última, direta ou indiretamente, é a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, por meio da aquisição de bens e serviços, do desenvolvimento de infraestrutura e da prestação de serviços públicos¹⁶⁸.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

A licitação, enquanto instrumento imposto à Administração Pública para contratar, é composta de uma série de atos administrativos interligados que têm como finalidade última a eleição de um contratante para o objeto de interesse público, o mais vantajoso deles, com a consequente assinatura da avença.

Para Adilson Dallari¹⁶⁹, a licitação é um procedimento administrativo que tem a finalidade de selecionar um contratante, para logo após fazer surgir uma promessa de vínculo contratual da Administração Pública e o particular. Não é, portanto, um fim em si mesma, de maneira que o princípio da supremacia do interesse público, aliado aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, indicam que na sua condução deve ser observada a formalidade moderada ou mitigada.

Como dito, as licitações seguem Leis específicas, como a Lei nº 14.133/21, que é a Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.987/95 que se refere às licitações e contratos de concessão, a Lei que trata das PPPs – a Lei nº 11.079/04. Entretanto, como pode parecer óbvio, submetem-se todas as modalidades, aos princípios e regras constitucionais, como afirma Luis Roberto Barroso: “As disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior”¹⁷⁰.

É óbvio também, mas merece ser repisado, que o procedimento previsto na Lei nº 14.133/21 deve ser interpretado e aplicado em consonância com as regras e princípios constitucionais, bem como segundo aqueles infraconstitucionais, expressamente previstos no art. 6º da Lei de Licitações, seguindo suas orientações fundamentais, de forma a conciliar o seu resultado com os valores positivados no ordenamento jurídico.

O dever de licitar decorre do princípio da isonomia que obriga a administração a proceder, de maneira objetiva à escolha do melhor contratante entre todos os interessados em contratar com a administração (vantajosidade), cuidando para que tenha as mesmas oportunidades, direitos e deveres, frente à Administração (igualdade de condições), garantindo contratos vantajosos, transparentes (princípio da publicidade) e eficientes no atendimento ao interesse público.

¹⁶⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 142.

4 A LEI Nº 14.133/21 E SUAS INOVAÇÕES

Desde a década de 1990, as contratações públicas vinham sendo reguladas pela Lei nº 8.666/93, que surgiu em um momento pós-ditatorial, por certo, disposta a evitar a incidência do autoritarismo na gestão dos bens públicos, e que, a despeito de várias críticas e reinterpretações, cumpria seu papel a contento, evitando de certo modo a pessoalidade, o abuso e o desvio de poder e o direcionamento nas contratações públicas. Ao lado dela outras Leis, como a de nº 10.520/02 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.462/04 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC), a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões Públicas) e a Lei nº 11.079/04 (Lei das PPPs) regulamentavam as principais contratações realizadas pela Administração Pública para viabilizar a realização da atividade administrativa.

A Lei nº 14.133/21 veio em um momento de necessária evolução dos procedimentos administrativos de escolha de contratantes, seja pela transformação constante das demandas, seja pela evolução tecnológica a favorecer a eficiência e a fiscalização das atividades administrativas, trazendo algumas evoluções e outras problemáticas para o procedimento de licitação e contratos administrativos.

É importante que se diga que o novo texto legal manteve muitos dispositivos que já estavam na Lei nº 8.666/93, acrescentou dispositivos e influencias trazidas da Lei do Pregão e do RDC, sendo que sob o novo espírito da Lei nº 14.133/21 e dos princípios de direito administrativo explícitos e implícitos no ordenamento jurídico trarão novos ares para as atividades de contratação pública.

A Lei nº 14.133/21 definiu novas modalidades de serviços, mais presentes na atualidade, mencionadas no art. 6º, entre os incisos XIII e XVIII e XXI, distinguindo-os dos serviços comuns, a justificar tratamento diferenciado pelo legislador em razão das características de cada qual. E, considerando tais características, incluiu entre os regimes de execução a contratação integrada, a contratação semi-integrada e o fornecimento de serviço integrado, melhor se ajustando às novas modalidades de serviços que se apresentaram na prática, ao longo do tempo.

É possível notar, ainda, que a Lei nº 14.133/21 demonstra maior preocupação e critério com a fase preparatória da licitação, ou fase interna, onde ficam estabelecidos os critérios que guiarão todo o procedimento licitatório e a consequente contratação. Há exigência expressa de termo de referência, ampliação de seus objetivos e dos princípios norteadores da aplicação da Lei.

No que se refere à garantia da impessoalidade, publicidade, igualdade e eficiência, princípios constitucionais previstos no art. 37 da Carta Magna, ampliou os critérios de divisão de tarefas e responsabilidade entre os servidores que atuam no processo de licitação, instituiu funções como o agente de contratações e a comissão de contratação, cada qual com função bem definidas, garantiu a defesa dos agentes envolvidos relativamente aos atos praticados com legalidade, ampliando as exigências na fase de instrução dos casos de contratação direta e prevendo a responsabilização dos pareceristas, nos casos de dolo ou fraude comprovados.

Houve substancial alteração nas modalidades de licitação colocadas à disposição dos administradores. Foram extintas as modalidades “tomada de preços” e “cartas convites”, principais alvos de críticas relativamente à sua confiabilidade, e foram trazidas de outras Leis, as modalidades “pregão”, “concorrência”, “concurso”, “leilão”, e introduzida como novidade o “diálogo competitivo”, visando maior transparência e agilidade nos procedimentos. Foram acrescentados o “credenciamento”, a “pré-qualificação”, a “manifestação de intenção”, o “sistema de registro de preços” e o “sistema cadastral”, como procedimentos auxiliares de licitação, voltados à instrumentalização prévia de licitações ou contratações diretas, selecionando potenciais contratados ou estruturando soluções inovadoras para a Administração Pública.

A Nova Lei de Licitações inovou ainda no que tange à busca por maior agilidade das contratações, maior eficiência e maior planejamento da Administração Pública. Inverteu as fases de habilitação e julgamento, canalizando esforços na análise de documentos daquele que tenha se mostrado interessante para a Administração. Adotou como plataforma preferencial a eletrônica, trazendo maior confiabilidade, acesso e transparência para o processo de contratação. Evidentemente o novo texto se mostra mais aberto à consensualidade, admitindo a negociação com os licitantes, de repactuação contratual no caso de serviços contínuos, a extinção de contrato consensual, do uso de meios alternativos de solução de controvérsias e a possibilidade de saneamento de falhas na análise de documentos para habilitação. Prevê, ainda, a elaboração de plano de contratações anuais e parâmetros objetivos de definição de valores da contratação, exigindo maior empenho no planejamento.

Como se pode notar, esse foram alguns dos aperfeiçoamentos (ou intenções de que assim funcionassem) trazidos pela Lei nº 14.133/21. No que se refere aos

princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, bem como aqueles que deles decorrem ainda que de previsão infraconstitucional, é imperioso que irradiem seus valores na interpretação dos dispositivos legais para que seus efeitos reflitam os interesses públicos definidos no ordenamento jurídico.

4.1 Princípios presentes na lei de licitações e contratos

Como já afirmado por diversas vezes, considerando o pensamento sistemático, os princípios do direito se colocam como elementos uniformizadores das prescrições jurídico normativas. Afinal, as normas que fazem parte do ordenamento jurídico não podem ser consideradas isoladamente, mas em conjunto com as demais que compõem o sistema, e no caso do regime jurídico administrativo, são os princípios administrativos que lhes confere uma perspectiva unitária.

Sobre o tema já assinalou o STJ que:

Os princípios não se exaurem em escopos obtusos; eles se inserem num sistema vaso comunicante, permeável por uma interpretação evolutiva, voltada a proporcionar decisão justa e ponderada, na qual prevalecem valores maiores e consentâneos com a coesão sistêmica¹⁷¹.

O ordenamento jurídico brasileiro se apresenta de forma escalonada, tendo como referência última a CF/88, de onde as demais normas retiram seu fundamento de validade, de maneira sucessiva. A Constituição traz, expressamente, uma série de princípios, e outros tantos, como se viu acima, que são implícitos, decorrem do sentido das normas consideradas em conjunto, como denominador comum racional dos valores nelas contidos. Todos esses princípios, sejam eles explícitos ou implícitos, permearão todas as demais normas, das mais genéricas e abstratas até as mais individuais e concretas.

Seguindo a lógica da construção hierárquica adotada pelo nosso ordenamento jurídico, tem-se que os princípios constitucionais ocupam posição de destaque, assim como as demais normas constitucionais, relativamente aos demais

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1257665/CE**, Relator: Min. Herman Benjamin. Publicação: 17/09/2015.

normas. Como afirma Marcio Cammarosano¹⁷², “não por serem princípios, mas por serem, quando o forem, de *status* constitucional, comportando as exceções que estiverem prescritas em disposições de igual nível hierárquico”, destacando ainda que indiferentemente da posição hierárquica, os princípios são fundamentais para a edificação do sistema.

Partindo de tais premissas, passa-se para a análise da Lei nº 14.133/21, que regulamenta as licitações públicas e os contratos Administrativos. O art. 5º da Lei de Licitações e Contratos indica “princípios” que deverão nortear todo o processo de contratação, desde a sua fase preparatória, até a assinatura do contrato pela autoridade competente. Vale dizer, são normas infraconstitucionais, caracterizadas de generalidade, abstração e abertura denotativa, que projetarão seu sentido sobre as demais normas que compõe referida Lei. A maioria deles são subprincípios uma vez que decorrem da formulação derivada de outros valores principiológicos colhidos da CF/88 e do ordenamento jurídico como um todo.

Afirma o art. 5º que a aplicação da Lei nº 14.133/21 sofrerá a incidência dos seguintes princípios: os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Parece claro que diante de uma situação de incerteza ou insegurança jurídica acerca de como agir na condução dos certames os agentes podem se valer da aplicação dos princípios da administração pública para solucioná-la. Por vezes o gestor público atuante na licitação identifica problemas de difícil resolução em razão de falta de clareza da norma ou de conflito entre princípios possíveis de serem aplicados.

Veja que relativamente ao texto da Lei nº 8.666/93 houve uma ampliação significativa dos princípios expressamente referenciados. A Lei nº 8.666/93 fazia referência expressa, em seu art. 3º, aos princípios básicos da legalidade, da

¹⁷² CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). Crises e reformas legislativas na agenda de Direito Administrativo. **XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-151, 2018.

impressoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Isso não significa dizer que naquela vigência de lei os demais princípios, agora expressos, não devessem ser observados, muito ao contrário, a maior parte deles deriva dos princípios constitucionais e já deveriam nortear a atividade administrativa no que se refere às licitações e contratos públicos. Contudo, diante de certa resistência na sua efetivação, fez bem o legislador em prever expressamente a obrigatoriedade de interpretação das normas contidas na Lei de Licitações, sob a influência direta de tais princípios. Trata-se de reforçar o que deveria ser óbvio.

Passa-se, agora, a uma análise, ainda que não profunda, dos princípios expressamente previstos na Lei de Licitações, que não se referem à mera repetição daqueles previstos na CF/88, expressamente no art. 37 ou implicitamente, que já foram referidos nos capítulos anteriores.

4.1.1 Princípio do planejamento

A Lei nº 14.133/21 prevê expressamente o imperativo da observância, nas licitações realizadas pela Administração Pública, do que chama de “princípio do planejamento”. O art. 5º da Lei nº 14.133/21, alça o planejamento administrativo e contratual ao *status* de princípio, definindo seus contornos nos arts. 12, VII, que permite a elaboração de um planejamento anual de contratações, no art. 18 e seguintes ao regulamentar o planejamento das licitações previstas pela Administração, prevendo os elementos indispensáveis para sua elaboração e ainda no art. 19 que prevê a padronização de compras, com a finalidade de facilitar e acelerar as contratações similares.

Daí extrai-se que observar tal princípio consiste na adoção de medidas efetivas, na fase preparatória do procedimento, com vistas a obter o melhor resultado possível do contrato almejado e, por fim, firmado com um particular (de prestação de serviço, de obra pública etc.). Significa dizer que a Administração deve analisar, apurar, estudar, avaliar riscos e distribuí-los, prevendo minimamente os resultados futuros, com vistas ao atendimento do interesse público envolvido no processo de licitação para contratar.

As escolhas realizadas pela Administração Pública, desde o objeto a ser licitado, até o modelo contratual a ser utilizado para tal finalidade, não devem ser

definidas ao acaso pelo administrador público, mas deve pautar-se em um planejamento preliminar que seja suficientemente elaborado no sentido de resguardar a adoção da melhor matriz contratual a ser seguida e, por consequência, o adequado procedimento licitatório para levar até ela.

Na redação anterior (Lei nº 8.666/93), embora não houvesse menção expressa a referido princípio, havia previsão legal de atos preparatórios indispensáveis à regularidade da licitação (art. 6º, IX, art. 7º, I, art. 11, art. 12, art. 40, § 2º, “a”, art. 65, I, “a”, art. 78, I e II) indicando a necessidade de um estudo preliminar para resguardar os bons resultados das contratações. Contudo tratava-se uma redação tímida, na medida em que não enfatizava a importância do fator preparatório para o sucesso da contratação.

O resultado disso é a existência de inúmeros julgados apontando falhas estruturais dos contratos e dos respectivos procedimentos licitatórios, muitos deles evitáveis diante da elaboração de projetos melhor concebidos, com resultados mais consistentes.

Contudo é possível afirmar que a opção do legislador pela menção expressa do referido princípio se coaduna com o texto constitucional que desde a edição da EC nº 19/98 (posterior à edição da Lei nº 8.666), passou a incluir a eficiência como um dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37. Parece lógico que um bom planejamento é essencial para a eficiência da decisão administrativa, uma vez que, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷³, a eficiência envolve não só a economicidade e a celeridade, mas também a eficácia, que pressupõe um bom planejamento, indispensável na realização do diagnóstico da realidade e na definição da condição ideal, dos resultados que se pretende atingir e o meio de atingi-las.

4.1.2 Princípio da segregação de funções

Ao lado do princípio do planejamento, a Lei nº 14.133/21 impôs a observância ao princípio da segregação das funções. Um procedimento de licitação é composto por uma sequência de atos administrativos, sucessivos e interdependentes, de

¹⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei nº 14.133 de abril de 2021**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 82.

maneira que a realização de uma nova etapa exige a conclusão dos atos administrativos praticados na etapa anterior. Ao final do procedimento a Administração Pública terá definido a sua vontade, escolhendo pelo melhor contratante, aquele que tenha feito a proposta mais vantajosa, permitindo a sua contratação.

Consiste na manifestação unilateral de vontade da Administração Pública exarado com a finalidade imediata de resguardar, adquirir, modificar, extinguir ou declarar direitos, ou, ainda, impor obrigações aos administrados ou a si própria. Segundo Hely Lopes Meirelles é: “Toda manifestação unilateral da Administração Pública, que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigação aos administrados ou a si própria”¹⁷⁴.

O ato administrativo é composto de: (i) finalidade – objetivo de atender a determinado interesse público definido no ordenamento jurídico; (ii) forma – formato exteriorizador do ato, definido em lei; (iii) Motivo – o fato que autoriza a realização do ato e o vincula; (iv) objeto – conteúdo do ato pelo qual a Administração Pública expressa sua vontade e (v) Competência – poder legal conferido ao agente para que possa praticar o ato administrativo.

É na esfera da competência, especialmente, que se situa referido princípio. A competência prevista na lei transfere aos agentes públicos poderes para que exerçam suas funções com eficiência e assim assegurem o interesse público. É requisito de validade do ato, não pode ser derogada por nenhum agente, contudo, pode ser delegada (transferida) ou avocada (atraída) ela autoridade hierarquicamente superior, exceto no caso de exclusividade prevista em lei.

Se o procedimento licitatório é composto por uma sequência de atos administrativos, autônomos, porém, interligados e interdependentes, é racional que cada um desses atos administrativos seja atribuído a determinado ou a determinados agentes. Caberá a esse indivíduo, ou grupo de indivíduos, o poder-dever de agir, em nome da Administração Pública, na realização do interesse público.

Segregar é o ato de pôr de lado, de separar, isolar ou apartar. O princípio da segregação determina, pois, que dentro dessa sequência de atos administrativos, as

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 154.

funções de autorização, aprovação, execução, controle ou contabilização, entre outras, sejam “separadas” entre os servidores de maneira racional.

A finalidade é nobre, já que visa garantir a confiabilidade do procedimento, evitando que existam conflitos de interesses, com a divisão de funções entre os servidores de modo que não exerçam atividades incompatíveis. Não se admite que o mesmo agente tenha competência para executar e fiscalizar uma mesma atividade.

Decorre evidentemente do princípio da impessoalidade, na medida em que se destina à redução de oportunidades de concretizar ou testemunhar erros ou fraudes no curso do procedimento e de ocultar tais circunstâncias em razão de ser o responsável por funções incompatíveis.

É princípio que também decorre do princípio da eficiência e do princípio da moralidade, uma vez que busca reduzir riscos de erros, reduz riscos de não identificação de procedimentos incorretos, auxilia na redução de desperdícios, possibilita revisões e avaliações efetivas de condutas (autotutela), auxilia no combate à corrupção obstaculizando conluíus e aumentando a eficácia dos controles internos.

A Lei nº 8.666/93 não previa expressamente a segregação das funções como um princípio da gerir todas as fases do processo de contratação, entretanto, grande número de dispositivos definia impedimentos que evidentemente segregava funções, evitando que os envolvidos albergassem funções incompatíveis entre si. Entretanto o tratamento ainda era tímido e a Nova Lei de Licitações foi mais rigorosa na definição das etapas principais do processo administrativo de contratação e não só apontando expressamente alguns impedimentos de ordem subjetiva e objetiva para a atuação em determinada função ou etapa, como determinando aos agentes que esta incompatibilidade de funções seja razão de segregação sempre que identificada, mesmo que não prevista em Lei.

O Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, nos autos do TC nº 3.067/2005, em tramitação na 1ª Câmara, já impunha à Administração que “1.7 observe o princípio contábil e administrativo da Segregação das Funções com adoção de controles que impeçam a possibilidade de um mesmo servidor atuar como fiscal e executor em um mesmo contrato”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3.067/2005-TCU**, 1ª Câmara, Relator: Min. Guilherme Palmeira, Brasília, 08/12/2005, Publicação: 15/12/2005.

Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio¹⁷⁶ afirmam que o princípio da segregação de funções estipula o desmembramento de atribuições entre servidores públicos nas fases do processo licitatório, visto a necessidade de separação de funções como autorização, aprovação, execução, controle e contabilização na contratação pública.

Nota-se que o princípio da segregação das funções apresenta-se como importante fator de definição dos aspectos subjetivos na responsabilização de agentes em função da atuação em processos administrativos, já que permite delimitar o momento de eventual irregularidade procedimental, como também identificar critérios aptos a quantificar e atribuir a penalidade (civil, administrativa ou criminal) diante do caso concreto.

O que se conclui, portanto, é que referido princípio, por força de seu *status*, é premissa que deve orientar toda a atividade administrativa realizada no âmbito das contratações públicas em sentido amplo, não só em todas as etapas do procedimento licitatório, como também relativamente à atuação de órgãos externos de fiscalização.

4.1.3 Princípio da eficácia

A Lei nº 14.133/21 prevê, ainda, que os procedimentos por ela regulados devem ser conduzidos sob a incidência do princípio da eficácia. É preciso que se diga que o termo eficácia por vezes é utilizado como sinônimo de eficiência. Contudo, são termos distintos e que, no que se refere ao regime jurídico administrativo, impõem ao administrador exigências também distintas, embora complementares.

Como eficaz entende-se como tudo aquilo que cumpre perfeitamente determinada tarefa ou função. Que ao final atinge o objetivo proposto. A eficácia está diretamente ligada ao resultado. Enquanto isso, a eficiência tem relação com a qualidade das atividades desempenhadas para atingir determinado objetivo. Tem a ver com competência, excelência, com redução de riscos de erros durante o processo que leva ao fim pretendido.

¹⁷⁶ GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

Veja que são termos que estão interligados, mas exigem do administrador posturas diferentes na realização das atividades administrativas, sendo que o atendimento dos dois princípios leva à efetividade do ato administrativo. Ambos são indicadores de desempenho organizacional.

Na CF/88 a eficácia recebe referência no art. 74, inciso II que prevê a avaliação de resultados, quanto à eficácia, nos três Poderes:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
[...]
II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

O princípio da eficácia não estava expressamente previsto na redação da Lei nº 8.666/93. Significa dizer que a partir da nova redação trazida pela Lei nº 14.133/21, a licitação de realizar os atos administrativos não só com eficiência (com qualidade, competência, economicidade etc), mas também deve atingir os objetivos certos, com eficácia. Ambas são vitais para o planejamento: determinar os objetivos certos e em seguida escolher os meios certos de alcançar esses objetivos.

A eficácia exige do gestor público um agir organizado, programado e sistemático, dirigido pelo interesse público previsto no ordenamento jurídico. Na doutrina brasileira pouco se tem tratado desse princípio, muito em razão da sua ausência na redação do art. 37 da CF/88, entretanto o princípio da eficácia impõe que os procedimentos devem atender às suas finalidades, removendo obstáculos puramente formais e evitando decisões inibitórias.

Segundo Maria Sylvia, a eficácia, como uma das facetas da eficiência, “designa a necessidade de que os resultados atingidos sejam os esperados para atingir interesses públicos e direitos fundamentais”¹⁷⁷, relacionando tal princípio diretamente a um excelente padrão de planejamento, sem o qual não será possível estabelecer quais os resultados esperados.

Na doutrina e jurisprudência, pouco se encontra de referência a um “princípio da eficácia”, entretanto, é possível encontrar referências a “efetividade administrativa”, sob o aspecto de realização dos objetivos dos atos administrativos,

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 30-31.

que evidencia tratar-se da eficácia, ou seja, a realização do efeito a que o ato se destina, impedindo medidas que inviabilizem o atingimento do fim a que se destinam¹⁷⁸.

No Direito europeu, a Constituição Espanhola prevê expressamente em seu artigo 103¹⁷⁹, a submissão da Administração Pública, entre outros princípios, ao princípio da eficácia. É possível, portanto, colher da doutrina espanhola algumas diretrizes que poderão nos auxiliar na definição desse princípio.

A doutrina espanhola define a eficácia como:

A eficiência refere-se à realização efectiva de objectivos pré-estabelecidos, e vários tipos de eficácia podem ser diferenciados dependendo tanto da natureza dos objectivos (determinados normativamente ou em virtude de critérios económicos ou técnicos) como das formas como são alcançados (velocidade, intensidade, sistematicidade). A eficiência pode ser definida como uma subespécie de eficácia, que incorpora a perspectiva da relação meios-objetivos para prescrever seu grau ótimo, sendo também possível diferenciar tipos de eficiência de acordo com o critério material utilizado para estabelecer a relação ótima¹⁸⁰.

No Direito espanhol percebe-se uma forte relação entre a eficácia, a eficiência e a organização administrativa, de forma que a doutrina entende a importância da sua ascensão ao *status* de princípio, não só pela necessidade de fortalecer a concretização dos objetivos adequadamente definidos, como também de reconhecer

¹⁷⁸ Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 387**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 23/03/2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 275**, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 17/10/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 620**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 24/02/2022, Publicação: 11/03/2021.

¹⁷⁹ Constituição Espanhola de 1978: “Artigo 103. A Administração Pública atende objetivamente aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios da efetividade, da hierarquia, da descentralização e da coordenação, com plena submissão à lei e ao Direito” (tradução nossa). Do original: “*Artículo 103. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” (ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es> Acesso em: 05 ago. 2024).

¹⁸⁰ Do original: “*A eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados, pudiendo diferenciarse diversos tipos de eficacia en función tanto de la naturaleza de los objetivos (determinados normativamente o en virtud de criterios económicos o técnicos) como de las formas de la consecución de éstos (celeridad, intensidad, sistematicidad). La eficiencia puede definirse como subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima*” (PAREJO ALFONSO, L. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, [S. l.], n. 218-219, 1989).

a necessidade de exigir a eficácia administrativa, sem que isso implique em tirar a liberdade da Administração no que se refere a propor medidas administrativas¹⁸¹.

Ao que parece o princípio da eficácia, incidente em harmonia com o princípio da legalidade e com o princípio da eficiência, esses de *status* constitucional, leva à uma interpretação que mais enfática aos meios empregados e resultados obtidos (atendimento ao interesse público), do que à estrita legalidade, permitindo, quando mais vantajoso para a Administração Pública, por exemplo, o saneamento de vícios formais ocorridos no decorrer do procedimento licitatório.

Trata-se de um princípio decorrente do princípio da eficiência administrativa, previsto no art. 37 da CF/88, que determina que a administração, nos procedimentos licitatórios e nos contratos firmados, deve definir de maneira clara os objetivos a serem alcançados e evitar medidas que impeçam ou que impliquem em obstáculos para o seu atingimento, desenvolvendo um eficiente planejamento prévio.

4.1.4 Princípio da celeridade

Outro valor indicado como princípio na Lei nº 14.133/21, a ser seguido pela Administração nos procedimentos de licitação e contratação pública, é o da celeridade. Como já mencionado, a sociedade atual demanda interesses cada vez mais complexos, sendo que a Administração se vê às voltas com a necessidade de atendê-los no menor tempo possível.

As obras e serviços precisam ser viabilizadas e colocadas à disposição dos administrados em um curto período de tempo, de maneira que os esforços financeiros, técnicos e humanos devem ser geridos de maneira racional de modo a evitar procedimentos e atos desnecessários, desperdício financeiro e repetições prejudiciais ao interesse público. A celeridade, portanto, diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade dos processos administrativos, com o fim de buscar o atendimento do interesse público no menor tempo possível.

O tempo é fator importante tanto para beneficiar quanto para causar danos àquele que aguarda pelo provimento, seja judicial, seja administrativo. A CF/88, em seu art. 5º, LXXVIII, preceitua que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são

¹⁸¹ ALVAREZ RICO, Manuel. Consideraciones en torno a los Principios de Organización de la Administración Pública en la nueva Constitución Española. **Revista de Administración Pública**, n. 89, p. 391-410, 1979.

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁸².

Embora não se refira a uma demanda é certo que a premissa contida no dispositivo constitucional se refere a qualquer medida que deva ser atendida pela Administração Pública, de modo que é exigível, também nas contratações públicas, que o interesse público seja atendido com a rapidez necessária.

Isso significa dizer que, por conta da incidência do princípio da celeridade, a legislação que regula a licitação e os contratos administrativos, deve ser aplicada com vistas à desburocratização do processo de licitação e à criação de incentivos para o cumprimento mais racional dos atos administrativos, dinamizando as etapas e tornando mais célere a sua conclusão. Esse foi o entendimento do STF ao julgar a ADI 4645¹⁸³ de relatoria do Ministro Luiz Fux, que apreciou a constitucionalidade Lei nº 12.462/11, que instituiu o RDC.

Sendo assim, o que os agentes devem ter em mente ao conduzir os procedimentos licitatórios é que devem conter exigências e atos apenas indispensáveis ao resultado útil do processo, evitando atos desnecessários, meramente burocráticos, formalidades que sejam excessivas e prazos excessivamente dilatados, de maneira a dispender o menor tempo possível para viabilizar o interesse público envolvido no processo de licitação.

4.1.5 Princípio da competitividade

A competitividade é a qualidade do que é competitivo, pressupõe, portanto, a concorrência, a disputa, a competição entre interessados no mesmo objeto. No caso do princípio da competitividade, previsto na Lei nº 14.133/21, implica em dizer que a licitação é caracterizada, a princípio, pela concorrência, pela disputa estabelecida entre pessoas físicas ou jurídicas. Ele visa assegurar que o processo de seleção do fornecedor mais vantajoso para a Administração Pública seja realizado de forma justa e transparente.

¹⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

Decorre logicamente do princípio da impessoalidade, no que se refere ao seu viés de dar tratamento igualitário, sem preferências pessoais, a todos os administrados, bem como está prevista expressamente como característica das contratações públicas, no art. 37, XXI.

O texto constitucional impõe às contratações públicas, que sejam caracterizadas pela igualdade de condições, previamente estabelecidas, racionais conforme o objeto a ser contratado. Tais características são próprias de uma concorrência, de uma disputa, de modo que a competitividade é um valor que deve nortear as licitações levadas a termo pela Administração Pública, por imposição constitucional.

O § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, estabelecia que é vedado “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”¹⁸⁴, contudo, não fazia referência expressa à competitividade com natureza principiológica. Ser alçado ao patamar de princípio implica que a competitividade deve ser uma preocupação na condução de todas as etapas e atos realizados em todo o procedimento, passando a nortear todo o arcabouço normativo pátrio vigente, no sentido de ofertar igual oportunidade aos que desejam contratar com as pessoas obrigadas a licitar.

Com efeito, este é o entendimento firmado no STF, em julgamento relatado pelo Ministro Eros Grau, ao julgar a ADI 2.716/RO:

[...] 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...] ¹⁸⁵.

Como se pode notar, uma licitação pública é um processo que visa garantir a transparência e a eficiência na contratação de bens e serviços pelo poder público, a contratação mais vantajosa, colocada à disposição igualmente de todos os interessados. E para alcançar esses intentos é certo que a concorrência, a disputa é um instrumental indispensável, quando possível. Como afirma Gordillo: “Isto, para que a autoridade tenha múltiplas alternativas para escolher aquela que propõe as melhores condições no objeto contratual, tendo em vista o interesse geral ao qual a administração deve subordinar o seu comportamento” (tradução nossa) ¹⁸⁶.

De maneira geral, garantir a concorrência vai contribuir para que a Administração Pública, como contratante, selecione o melhor contratado ao fim da competição. A competição pode auxiliar a Administração Pública a alcançar maior eficiência na redução de custos, uma vez que o preço pode ser um dos critérios de escolha previsto em dada licitação.

Também tem o condão de auxiliar na escolha de contratados que ofereçam melhores qualidades dos serviços ou produtos contratados, na medida em que outro critério de concorrência pode ser, concomitante ou isoladamente relativamente ao preço. Auxilia no controle e na transparência do processo de contratação já que os próprios concorrentes fiscalizam os atos praticados, exigindo ampla transparência e julgamentos objetivos de modo a rechaçar o direcionamento e o favorecimento.

Na redação da Lei nº 14.133/21 é possível identificar grande preocupação com a competitividade, visando maior eficiência, transparência e a redução da burocracia e do formalismo excessivo, vedando o uso de critérios e exigências injustificáveis para limitar a participação de pessoas físicas ou jurídicas interessadas em compor com a Administração Pública.

E é importante que se diga que o que se espera da Administração Pública, na efetivação do princípio da competitividade, é a viabilização de efetiva competição entre os licitantes. E com isso não se quer dizer que é indispensável a presença de

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.716/RO**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau, Publicação: 29/11/2007.

¹⁸⁶ Do original: “Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**: la defensa del usuario y del administrado. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. 491).

“mais de um particular”, mas que a disputa seja de fato estimulada e não seja restringida pelos termos contidos no edital. O indispensável é que a Administração apresente todas as condições necessárias para permitir a concorrência.

Sendo assim, a efetiva competição, ou seja, a oportunidade de participação a mais de um concorrente é a principal característica da licitação e deve estar na essência do procedimento, sendo que a ausência de interessados no certame, por si só, não implica em violação ao princípio da competitividade, exceto na hipótese do “desinteresse” ser resultado de uma conduta administrativa no sentido de restringir a participação, mediante cláusulas presentes no expediente editalício, que beneficiam ou contemplam apenas certo “interessado”.

E é importante que se diga que a conduta de “restringir” dolosamente o certame para favorecer este ou aquele interessado, pode, em tese, caracterizar ato de improbidade previsto na Lei nº 14.230/21, bem como crimes tipificados nos arts. 337-E a 337-P do Código Penal (CP)¹⁸⁷.

Entretanto insta mencionar que nos Tribunais é possível encontrar julgados que ainda caminham no sentido da estrita legalidade, considerando inválida a licitação para a qual não tenha se apresentado mais do que um interessado¹⁸⁸, contudo não se trata de jurisprudência que atualmente seja pacífica uma vez que o que se observa é uma postura legal e uma tendência jurisprudencial mais voltada à desburocratização do procedimento licitatório e mitigação da legalidade estrita, em harmonia com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e com o princípio da supremacia do interesse público.

O que se defende, dessa forma, é que deve ser garantido, para fins de fazer valer o princípio da competitividade é a efetiva publicidade da competição, a definição de critérios racionais e a lisura do ato convocatório, no sentido de este ser totalmente desprovido de expedientes que possam restringir a concorrência no processo seletivo.

¹⁸⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 23.360/PR**, Relator: Min. Denise Arruda, 1ª Turma, Julgamento: 18/11/2008, Publicação: 17/12/2008.

4.1.6 Princípio da probidade administrativa

Outro princípio previsto na Lei de Licitações e Contratações Públicas é o da probidade. Como já mencionado, o Direito Administrativo é composto por um conjunto harmônico de princípios e leis aplicados a uma função administrativa cuja finalidade principal é o atendimento aos interesses públicos assim considerados no ordenamento jurídico. Esse conjunto de normas (princípios e regras) formam regime jurídico administrativo, caracterizado por uma série de prerrogativas e sujeições, indispensáveis para que o gestor público atue em prol da coletividade.

Entre as sujeições impostas ao gestor, temos por exemplo a obrigação de licitar, exceto nos casos previstos em lei, sempre que pretenda contratar obras ou serviços. E essa licitação deve atender a critérios, observar atos administrativos, previstos em lei, de modo a garantir a competitividade, a contratação mais vantajosa e a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência aos quais está sujeita a Administração Pública.

Se estivesse, o gestor, livre para contratar conforme suas convicções, seria impossível evitar desvios de finalidade em prejuízo da Administração Pública, dos interesses público e do erário.

A probidade administrativa nas licitações consiste, justamente, na atuação dos agentes públicos, no decorrer do procedimento, de forma honesta, com moralidade, boa-fé. O que exige tal princípio é que o administrador atue com honestidade perante os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, atuando de forma a garantir a defesa e realização do interesse público, que neste particular se reflete na seleção da proposta mais vantajosa possível.

O termo “probidade” tem origem no termo em latim *probitas*, do radical *probus*, que reproduz justamente a idéia de honestidade e competência no exercício de uma função pública.

José Afonso da Silva¹⁸⁹ conceitua a probidade administrativa como uma moralidade administrativa especialmente considerada pela CF/88, que no art. 37, § 4º, para além da moralidade administrativa, pune o ímprobo com rigorosas sanções. Afirma que a probidade é o dever atribuído ao funcionário de servir a Administração Pública de forma honesta, leal, nos limites das competências e poderes que lhes

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 670.

tenham sido atribuídos, sem favorecimentos. O contrário de probidade é a improbidade, que nada mais é do que uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e vantagem ao improbo ou a terceiros.

Sendo assim, o que se extrai é que a probidade é a honradez, a honestidade, a integridade de caráter daquele indivíduo, a correção no agir conforme os valores perante as atribuições que lhe são conferidas pela lei, especialmente de modo a evitar prejuízos e vantagens indevidas nos atos administrativos.

É importante que se diga que moralidade e probidade são dois valores principiológicos distintos, embora interrelacionados, sendo que as consequências relativas a uma e a outra são diferentes em gravidade. Ademais, tanto a CF/88, quanto a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tratam expressamente das duas expressões, de forma que não é racional pensar que tenham a mesma significação para o ordenamento jurídico. Márcio Cammarosano diferencia com maestria os conceitos de moralidade e probidade:

Em se tratando de ilegalidade que implica, concomitantemente, violação a valores morais juridicizados, como a lealdade e a boa-fé, a ilegalidade estará agravada, configurando ofensa à moralidade administrativa, [...]. Entretanto, a violação à ordem jurídica pode ainda apresentar-se especialmente qualificada, de sorte a ensejar a aplicação de sanções as mais severas, na medida em que a lei prescrever que certos tipos de comportamentos são considerados ímprobos e definidos como crime¹⁹⁰.

Nesse sentido o que se pode concluir é que o próprio ordenamento jurídico é que fará o julgamento acerca daquelas condutas cuja gravidade e reprovabilidade social, acompanhadas de prejuízo ao erário e vantagens indevidas a particulares, implicam na sua caracterização como “atos de improbidade administrativa”, que são o oposto da probidade administrativa.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37 da CF/88, para a administração:

[...] está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente não só a correção defensiva dos interesses de

¹⁹⁰ CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa: Novas disposições**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 31-32.

quem a promovem, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes¹⁹¹.

Mas é importante que se diga que a probidade exigida no âmbito dos procedimentos licitatórios e das contratações públicas não se dirige apenas aos agentes públicos atuantes, mas também aos licitantes que devem agir com legalidade, moralidade e honestidade durante a sua participação na concorrência. Isto porque os princípios aplicam-se tanto para as condutas dos administradores públicos, quanto para os licitantes concorrentes, devendo ser nulo aquele ato praticado com a finalidade de atender aos interesses particulares do gestor, próprios ou de terceiros, ou ainda quando verificada a ocorrência de conluio entre os participantes da disputa.

A inobservância deste princípio pode ser, portanto, traduzida na adoção de condutas fraudulentas, desonestas, eivadas de má-fé, o que se denomina improbidade administrativa. E estas condutas são aquelas que estão previamente definidas como tais na lei. Como afirma José Roberto Pimenta Oliveira:

Certamente, a probidade está encartada nesse conjunto de valores sobranceiros, juridicamente agasalhados no tecido constitucional, como se comprova no artigo 37, § 4º da Constituição, que, ao punir 'atos de improbidade administrativa' como categoria singular de ilícitos, implicitamente anuncia aos interpretes da Constituição que a probidade está alicerçando o Edifício Constitucional, e incidindo como valor jurídico-material em todas as atividades do Estado, incluindo as executadas ou desempenhadas por particulares, na forma da lei¹⁹².

Conclui-se, pois, que a probidade, decorrência dos princípios da moralidade administrativa e do princípio da impessoalidade, exige dos personagens atuantes no processo licitatório e nas contratações públicas, atuação honesta, eivada de boa-fé, voltada à finalidade única dos contratos administrativos, qual seja, de concretizar o interesse público, atuando de forma contrária ao tratamento privilegiado, de modo a impedir a imposição de danos ao erário, garantindo os princípios constitucionais.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 444.

¹⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Razoabilidade, proporcionalidade e probidade administrativa: tutela adequada do interesse público anticorrupção. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 229.

A atuação contrária à probidade (atos de improbidade administrativa) tem o condão de ocasionar o enriquecimento ilícito de determinadas pessoas, consistente na vantagem econômica para o agente ou para um terceiro, bem como prejuízos materiais ao erário, além de ocorrer à violação aos princípios administrativos. Também implica em prejuízos de caráter imaterial para a Administração Pública, afetando a credibilidade, a confiança e a legitimidade dos atos administrativos perante a sociedade. Daí a importância do exercício honrado, honesto, probo, da função pública.

4.1.7 Princípio da transparência

Já tratamos, em outro ponto, sobre o princípio da publicidade, previsto no art. 37 da CF/88 e que vincula a Administração Pública ao dever de divulgar, de modo oficial, os atos por ela praticados, levando ao conhecimento de todos a sua atuação e permitindo a fiscalização por parte dos órgãos de controle e da sociedade.

A transparência é mais do que colocar à disposição da sociedade os atos administrativos. Se refere à qualidade dessa informação, que deve ser clara, objetiva, de fácil acesso, permitindo o amplo conhecimento e a compreensão acerca do conteúdo, dos motivos do ato administrativo.

Tem íntima ligação não só com o princípio da publicidade, como também com o princípio da motivação, que impõe que todos os atos administrativos devem ser motivados. É uma decorrência do Estado Democrático de Direito na medida em que aproxima a Administração Pública dos administrados, permitindo maior participação popular. A transparência é a qualidade daquilo que se apresenta com clareza, com limpidez, qualidade que se espera dos atos praticados pela Administração Pública na prestação de contas de suas ações, através da utilização de meios de comunicação e acesso à informação. Claro que existem exceções, onde o sigilo das informações se faz indispensável, contudo tais hipóteses devem estar expressamente previstas em lei, valendo a regra de que todas as informações e atos praticados pela Administração Pública devem ser de conhecimento da sociedade.

Não há como imaginar uma democracia plena diante da opacidade dos atos administrativos, uma vez que tal defeito é capaz de possibilitar atos de corrupção, de afetar de modo negativo a eficiência e a moralidade administrativa. Wallace Paiva Martins Junior acentua o caráter de instrumentalização do princípio da transparência

relativamente aos demais princípios estruturantes do regime jurídico administrativo e ao controle da atividade estatal, na medida em que contribui com a ética nas relações jurídicas estabelecidas pela Administração Pública, permite a análise acerca da boa atuação administrativa e do atendimento aos direitos fundamentais, garante o respeito ao devido processo legal, proporciona maiores níveis de eficiência, reabilita a confiança nas instituições e garante a segurança jurídica, arrematando que “sendo o destinatário final das atividades estatais o público, elas não podem ser secretas ou reservadas ao círculo do poder”¹⁹³.

A Lei nº 12.527/11¹⁹⁴ veio para regular o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º e no inciso II do § 3º do art. 37 da CF/88, referindo-se ao dever de dar publicidade do próprio direito de acesso à informação, à exigência de motivação da negativa total ou parcial, tudo isso de forma clara, contemplando elementos mínimos, com transmissão por meios eficientes, inclusive em páginas oficiais, garantindo ampla e fácil acessibilidade. Além disso, impõe à Administração Pública o dever de garantir o acesso a informações públicas, a audiências ou consultas públicas ou outros mecanismos de participação popular e de divulgação, a criação de serviço de informações ao cidadão, a informação sobre a tramitação de processos administrativos e o direito de petição.

Como se pode notar, há grande preocupação não só em viabilizar a publicidade dos atos administrativos, mas em garantir a qualidade dessas informações, que devem ser completas, claras, objetivas, compreensíveis e de fácil acesso, de modo a permitir a participação popular ampla, a fiscalização social e pelos órgãos de controle.

4.1.8 Princípio da vinculação ao edital

A licitação, como já mencionado, é um procedimento administrativo formal, de assento constitucional, promovido pela Administração Pública, caracterizado pela competição e pela isonomia entre os interessados em com ela firmar determinadas

¹⁹³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Transparência. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 423-424.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

relações de conteúdo patrimonial, que tem por finalidade escolher a proposta mais vantajosa ao atendimento do interesse público.

Esse procedimento administrativo se desenvolve em duas etapas, uma interna e preparatória, onde a Administração Pública, em seu âmago realiza todos os atos administrativos indispensáveis, nos termos da lei, para a definição de seus critérios e sua instauração, e uma externa, iniciada com a publicação de um ato formal denominado Edital, onde se dá publicidade dos termos da disputa e do objeto, segue com a análise das condições de participação e concorrência e finalmente chega à definição daquele interessado que melhor atende ao interesse público envolvido na licitação.

Realizada a etapa preparatória, com o referido planejamento da contratação almejada pela Administração Pública, ficam estabelecidos os critérios objetivos de referência da licitação. Tais critérios serão, pois, apresentados aos interessados por meio do edital de concorrência. É o edital, portanto, que encerra a fase interna e inicia a fase externa da licitação, consolidando todas as regras e condições da licitação, que serão aplicadas não só no decorrer da concorrência como também na fase de execução contratual.

Os projetos básico e executivo, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 14.133/21, definirão as condições do instrumento convocatório e serão parte integrante dele. Tais condições vinculam tanto a Administração quanto os interessados na licitação. É o que se extrai de todo o texto legal, que impõe as diretrizes a serem observadas pelas partes envolvidas, apontando o edital como fonte de questões a serem previamente fixadas pela Administração, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, para vincular o interessado em com ela contratar.

O princípio da vinculação ao edital não estava como tal expressamente apontado na redação da Lei nº 8.666/93, entretanto sua essência estava descrita no art. 41 que dispunha que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”¹⁹⁵.

Na redação atual da Lei de Licitações não há um dispositivo de mesmo teor daquele que continha o art. 41 da Lei nº 8.666/93 supracitado, contudo, indica o art.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

5º da Lei nº 14.133/21 expressamente a obrigatoriedade de observância do princípio da vinculação ao edital nos atos praticados sob a sua égide. Trata-se, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹⁶, de uma perspectiva do princípio da legalidade “em sentido restritíssimo”, que impõe à Administração Pública o dever de harmonizar suas ações com o ordenamento jurídico, inclusive relativamente às fontes infralegais constantes em resoluções, portarias, decretos etc., incluindo o ato convocatório da licitação (edital).

E é importante destacar, na linha do que afirma José dos Santos Carvalho Filho, que:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do Administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e insuscetível de correção na via administrativa ou judicial¹⁹⁷.

Estabelece as regras do jogo e impede que a Administração, alicerçada no argumento da supremacia do interesse público sobre o privado, imponha condições que não estavam previamente acordadas ou admitidas em lei. Além do ordenamento constitucional aplicado ao Poder Público como um todo, é o edital, juntamente com as leis e os regulamentos por ele editados, que conduzirão a licitação, de maneira que o formalismo é uma característica que está presente desde a fase preparatória do certame. Essa característica, entretanto, não deve significar formalismos desarrazoados na condução do processo como bem destaca Diógenes Gasparini ao tratar do tema¹⁹⁸.

É um dos princípios basilares da licitação, já que garante a boa-fé administrativa, implica em maior segurança jurídica aos envolvidos, uma vez que a Administração não pode se afastar das formulações exigidas no edital, tampouco dos critérios nele estabelecidos, que garantem um julgamento impessoal e o tratamento igualitário entre os concorrentes. É, portanto, como afirma Hely Lopes Meirelles¹⁹⁹, a lei interna do procedimento licitatório, vinculando a seus termos tanto

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 17.

¹⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 478.

¹⁹⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.428

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 290.

os licitantes como a Administração que o expediu, devendo ser interpretado, entretanto, sob o prisma do princípio da razoabilidade, impedindo a mais ampla concorrência por conta de rigor excessivo²⁰⁰.

Não se pode perder de vista que o instrumento convocatório pode conter imprecisões ou falhas e com isso levar a imprevistos. Nos termos do quanto já exposto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não implica na imutabilidade do instrumento convocatório, podendo ser retificado desde que seja observada a publicidade do ato e a garantia da igualdade de condições, conforme o caso concreto.

E tal vinculação implica no dever tanto da Administração quanto daqueles que, interessados em contratar com o poder público, aderem ao edital, aceitando seus termos, ingressando no processo de seleção. Com base no edital serão verificados os critérios de habilitação, das propostas e de julgamento, sob pena de inabilitação ou desclassificação do participante, nos termos dos arts. 25 e 65 da Lei nº 14.133/21. Portanto, percebe-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório subordina a Administração Pública e os participantes do certame.

O descumprimento do princípio da vinculação ao edital também pode implicar na violação de outros princípios constitucionais ou infraconstitucionais, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital²⁰¹.

A divulgação do edital se dará ao final da instrução processual, após parecer jurídico, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei de Licitações, mediante divulgação e

²⁰⁰ O autor menciona, nesse ponto, julgados do STJ que seguem nesse sentido, de harmonização do referido princípio da vinculação ao instrumento convocatório com o princípio da razoabilidade, de modo a evitar que a rigidez excessiva implique em prejuízos para a Administração e restrição à competitividade afastando propostas com defeitos irrelevantes ou simples omissões. Precedentes: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 997259/RS**, Segunda Turma, Relator: Min. Castro Meira; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 5418/DF - 1997/0066093-1**, Relator: Min. Demócrito Reinaldo, Julgamento: 25/03/1998.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 12762/DF**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 28/05/2008, Publicação: 16/06/2008.

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 396-397.

manutenção do seu inteiro teor e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e do extrato na imprensa oficial local e em jornal diário de grande circulação, impondo a mais ampla publicidade do seu conteúdo e critérios, que vincularão as partes interessadas. De outra forma não seria possível, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, exigir que os termos do edital fizessem lei tanto para a Administração que está a ele vinculada, quanto aos interessados que a ele aderem com o intuito de, ao final, contratar com a Administração Pública. Desde a disputa entre os interessados, de acordo com os critérios definidos, passando pelo julgamento da proposta, até a execução do contrato terão como base os termos nele definidos, daí porque a importância da elaboração de um bom edital.

4.1.9 Princípio do julgamento objetivo

Este princípio pode ser apontando como o corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. As especificações do objeto, os critérios de habilitação e de qualificação dos interessados e os fatores seletivos devem estar todos previstos no edital, como acima já tratado, e serão adotados rigorosamente para o julgamento, de modo a afastar eventuais surpresas para os participantes da competição.

Hely Lopes Meirelles assevera que o julgamento de toda licitação deve confrontar a oferta apresentada pelos proponentes com os fatores concretos pedidos pela Administração e limitados no edital, afastando o discricionarismo na escolha dos interessados e delimitando a margem de valoração subjetiva do julgador.

A objetividade é a qualidade daquilo que é direto e assertivo, sem margem para interpretação e subjetividades. Sendo assim, o princípio do julgamento objetivo implica na definição, pela administração, de critérios que permitam uma observação imparcial, independente das preferências individuais, da mesma forma que o julgamento deve se ater objetivamente a tais critérios, sem espaços para entendimentos ou opiniões particulares sobre o interessado ou sua proposta.

Marçal Justen Filho²⁰² explica que a objetividade implica na aplicação da lei, do edital e demais regulamentos, ou seja, de uma norma preexistente, sem espaço para inovações ou para concepções pessoais da autoridade julgadora.

O princípio do julgamento objetivo está presente em diversas passagens da Lei nº 14.133/21, como no art. 59, em seus incisos II e IV que apontam a obrigatoriedade de identificação das propostas com as especificações técnicas e exigências previstas no edital, ou como nos arts. 33 a 39 que especifica os critérios de julgamento possíveis para as modalidades de licitação previstas na Lei.

A jurisprudência já apontou que a previsão de critérios definidos com expressões vagas, deixando a definição a cargo da comissão de julgamento, ou a utilização de atribuição de pontos para fins de classificação, de forma diversa daquela prevista no edital, fere o princípio do julgamento objetivo, eivando de vício a licitação²⁰³.

É por conta do princípio do julgamento objetivo que, na hipótese de haver empate, tem cabimento a aplicação apenas dos critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei nº 14.133/21 ou, persistindo o empate, o disposto no § 1º do mesmo dispositivo, havendo espaço apenas para a regulamentação de tais critérios pela administração, sem se afastar dos objetivamente impostos pela Lei de Licitações.

Como se pode notar, a objetividade do julgamento está em contraposição, justamente, a qualquer tipo de subjetividade dos agentes que atuam no processo de licitação, que estarão, durante todo o seu desenvolvimento e mesmo na fase de execução contratual, vinculados a normas preexistentes.

4.1.10 Princípio da economicidade

Determina o art. 70 da CF/88 que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 265.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 30049/GO - 2009/0144671-2**, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 21/09/2010. Publicação: 13/10/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 613262/RS - 2003/0216504-2**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 01/06/2004, Publicação: 05/08/2004.

Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder²⁰⁴.

Isso, referindo-se diretamente à economicidade como um dever da Administração Pública ao lidar com o erário. E, embora o art. 37 da CF/88 não se refira expressamente, a economicidade é decorrência lógica da eficiência expressamente destacada, que exige do Administrador que utilize os recursos públicos de maneira produtiva, otimizando os recursos econômicos e produzindo os melhores resultados.

Também decorre da exigência de licitar, prevista no art. 37, XXI, que estabelece como regra de contratação pela Administração Pública, a deflagração de procedimento licitatório onde se pressupõe a existência de concorrência entre os interessados, vencendo aquele que apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A Lei nº 14.230/21 inova ao referenciar expressamente, em seu art. 5º, a economicidade como um dos princípios norteadores das licitações e contratações públicas, referindo-se em diversos dos seus dispositivos à demonstração de economicidade, protegendo ainda a qualidade do objeto licitado e contratado, de forma a indicar que o “princípio da economicidade, que preconiza dever a Administração contratar a proposta mais vantajosa em seu conjunto”²⁰⁵.

Tem-se que do princípio da Economicidade, decorre a busca pelos resultados mais satisfatórios no que se refere ao custo-benefício das atividades da Administração Pública. Ainda com relação à economicidade o que se busca é a obtenção do melhor resultado estratégico possível para determinada destinação de recursos financeiros ou patrimoniais, conforme as condições fáticas existentes. Afinal, as reservas administrativas são finitas e as necessidades e interesses públicos são infinitos, de modo que a boa gestão dos recursos é indispensável para que se possa atingir o maior número de interesses possível. Como afirma Paulo Soares ao tratar do tema, o princípio da economicidade implica na “busca permanente pelos agentes públicos da melhor alocação possível dos escassos

²⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1918029/BA - 2021/0185331-3**, Segunda Turma, Relator: Min. Francisco Falcão, Julgamento: 26/09/2022. Publicação: 28/09/2022.

recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes”²⁰⁶, que deve ser observado sempre em consonância com o princípio da eficiência já que ambos se dedicam a aperfeiçoar a utilização dos recursos públicos nas contratações e definir opções mais vantajosas do ponto de vista econômico. Considerando que o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa, do ponto de vista financeiro e técnico, a inobservância de qualquer dos dois pode afetar seu resultado.

Agora citado expressamente na Lei de Licitações e Contratações Públicas, a economicidade enquanto princípio informador, colhido dos ramos do sistema jurídico, sempre norteou a definição dos interessados que contratariam com o Poder público, uma vez que a licitação garante a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa (e econômica) para a Administração Pública.

4.1.11 Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável, que não se encontrava expressamente presente no texto da Lei nº 8.666/93, especialmente nas últimas décadas passou a fazer parte da preocupação não só dos agentes e gestores públicos, como também de toda a sociedade.

Foi na década de 80, em uma Comissão²⁰⁷ criada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que o termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado pela primeira vez, para designar “o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”²⁰⁸ de modo a compatibilizar os padrões de consumo com os limites das possibilidades ecológicas. Implica na compatibilidade do crescimento econômico, com o desenvolvimento humano e a qualidade ambiental.

No Brasil, a CF/88 prevê expressamente no art. 225 que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

²⁰⁶ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 129.

²⁰⁷ Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) presidida por Gro Harlem Brundtland, então primeira-Ministra da Noruega.

²⁰⁸ BRUNDTLAND, G. H. *et al.* **Our common future; by world commission on environment and development**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações²⁰⁹.

O texto constitucional impõe, portanto, uma série de incumbências que devem referenciar os atos administrativos no que se refere à preservação do meio ambiente.

Entretanto, no Brasil, a ideia que permeou as origens do princípio do desenvolvimento sustentável relacionava-se muito mais com o aspecto econômico do que efetivamente com o social ou ambiental, já que estava fundamentada em uma preocupação de evitar uma economia cíclica, visando o uso do poder de compra do Estado como ferramenta para um desenvolvimento econômico mais estável, permanente.

Como mencionado, o desenvolvimento sustentável como objetivo das contratações públicas, foi inserido na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010, que por sua vez resultou da Medida Provisória nº 495/10. Sua exposição de motivos destaca o importante papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, especialmente no que se refere ao incentivo à pesquisa e à inovação. As alterações propostas pela edição da MP 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/10, tinham a finalidade de promover o direcionamento do poder de compra do Estado, para estimular a produção doméstica, na esteira do que já vinha sendo aplicado em países desenvolvidos, como Estados Unidos e China²¹⁰.

A modificação proposta para o art. 3º da Lei nº 8.666/93, incluindo a “promoção do desenvolvimento nacional” como um dos objetivos da licitação, significou a utilização do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno. Isto porque, a Administração Pública apresentava potencial de demanda de bens e serviços de produção, que tinham larga escala de produção no mercado doméstico e o incentivo da utilização do poder de compra do Estado como fomentador desse consumo, representa efeito multiplicador sobre o

²⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

²¹⁰ Exposição de motivos da proposta de edição de Medida Provisória nº 495, publicada em 19 de julho de 2010, convertida, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, em 15 de dezembro de 2010 na Lei nº 12.349 (BRASIL. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o §1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm Acesso em: 19 nov. 2024).

nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.

O objetivo de promover o desenvolvimento nacional, imposto no art. 3º da Lei 8.666/93, evoluiu na esteira de outros países do mundo, dando lugar não só ao aspecto econômico relacionado ao fomento do mercado interno, como também ao seu uso de maneira sustentável no aspecto social e ambiental. Impõe a todos e também ao Poder Público, portanto, inclusive no âmbito das contratações públicas, que na garantia do desenvolvimento sustentável estejam atentos para problemas relacionados à eliminação da pobreza, à alimentação básica e saudável da população, a questões de saúde e habitação, à alteração da matriz energética e inovação tecnológica, ou seja, explorando os recursos materiais e direcionando seus investimentos, para o atendimento das necessidades humanas presentes e futuras.

Dessa forma, no contexto das licitações e contratações públicas, o princípio do desenvolvimento sustentável impõe a adoção de medidas, a tomada de decisões, a prática de atos administrativos no âmbito dos procedimentos licitatórios e contratações públicas, a implantação de políticas públicas desenvolvidas com a finalidade de aliar o desenvolvimento social ao econômico e preservar o meio ambiente.

O STF, em julgamento da ADI 3937 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, definiu que Desenvolvimento sustentável é o:

[...] crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras²¹¹.

Isso, firmando a tese que em termos de garantia do desenvolvimento sustentável, é possível aos entes federativos legislar regulamentando a matéria, desde que de forma mais garantista.

Destaca o STF ainda que o desenvolvimento sustentável propõe o equilíbrio entre as exigências da economia e o meio ambiente:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3937**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 24/08/2017, Publicação: 01/02/2019.

em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações²¹².

Nesse contexto, ao homenagear o desenvolvimento sustentável na Lei de Licitações e contratos pretendeu o legislador que a interpretação das normas a incidir sobre as contratações deve garantir a melhor e mais eficaz proteção ao meio ambiente natural e ao meio ambiente artificial, em cumprimento ao disposto no art. 225 e ao art. 170, VI, da CF/1988 o que demandará a realização de mais estudo com desiderato de se preservar o meio ambiente, a implementação de projetos capazes de gerar impactos positivos na economia local e no desenvolvimento sustentável da área e a proteção da indústria nacional e o desenvolvimento equilibrado e sustentável do país.

4.2 O novo regramento sobre licitações e contratos administrativos instituído pela lei nº 14.133/2021

Após mais de 30 anos de aplicação da Lei nº 8.666/93 às licitações e contratações públicas, a sua revogação e a edição de nova legislação para regulamentar tais processos (Lei nº 14.133/21) representou um novo marco no que se refere às compras públicas.

O novo regramento sobre Licitações e Contratos Administrativos instituído pela Lei nº 14.133/2021 trouxe uma série de inovações, tais como a exclusão das modalidades de carta-convite e tomada de preços, modalidades que atraíam as maiores críticas relativamente à sua fragilidade, e a inclusão de uma nova modalidade: o diálogo competitivo. A nova legislação estabelece ainda a utilização preferencialmente dos meios digitais conforme determina o art. 12, VI, da Lei nº 14.133/21, transformando as licitações presenciais em exceção, devidamente justificadas e registradas em ata e gravadas em áudio e vídeo.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 3540/DF**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Publicação: 03/02/2006.

Também estabeleceu, como visto acima, a observância de novos princípios, corolários daqueles já previstos na CF/88, conferindo-lhes maior potência na incidência sobre a aplicação das normas de licitação.

Em resposta à constante preocupação e críticas dirigidas ao texto legal anterior relativamente à sua incapacidade de conferir segurança ao processo de contratação e impor obstáculos efetivo à prática de corrupção, a nova redação evidencia maior preocupação do legislador com regras de governança tanto dirigidas à atuação dos agentes públicos que atuam no processo, quanto aos interessados em contratar com o Poder Público que se apresentam para participar de procedimento licitatório.

Embora a quantidade de dispositivos legais possa indicar o contrário, o legislador se preocupou em simplificar o processo de contratação, aglutinando na mesma lei as regras atinentes às contratações gerais que estavam previstas na Lei nº 8.666/93, com parte substancial das regras que dirigiam o Pregão (Lei nº 10.520/02) e o RDC (Lei nº 12.462/12), revogando as respectivas leis ou mesmo permitindo que órgãos utilizem o sistema de registro de preços em processos de dispensa e inexigibilidade de licitar. Outra novidade que implica em facilitação e agilidade para as contratações públicas é a previsão de procedimentos auxiliares como a pré-qualificação positivando entendimento já sedimentado na jurisprudência do TCU.

A preocupação com o desenvolvimento social sustentável e com a defesa ampla do meio ambiente está presente na nova Lei com a ampliação dos critérios de sustentabilidade e equilíbrio social privilegiando interessados que tenham como prática políticas públicas afirmativas e de relevância para o desenvolvimento social equilibrado.

Evidenciando o reconhecimento da globalização e do avanço tecnológico constante como características do mundo atual, a nova redação da Lei de Licitações e Contratos prevê regras de licitações internacionais, que processada em território nacional admite que licitantes estrangeiros interessados apresentem propostas, inclusive considerando a definição de preços em moeda estrangeira ou mesmo que o objeto licitado seja executado no todo ou em parte em território estrangeiro conforme estabelece o art. 6º, XXXV, da Lei nº 14.133/21.

A maior transparência e segurança jurídica também estão refletidas na Lei nº 14.133/21, com novas regras de publicação, previsões mais objetivas sobre sanções

e implantação de programas de integridade na estrutura organizacional das empresas licitantes. Também prevê a definição de riscos e responsabilidades (matriz de risco) entre as partes, importante para o estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato.

A Nova Lei de Licitações define em seu art. 17 as fases que deverão ser observadas no processo de licitação, que podem ser separadas em interna (desenvolvida no âmbito interno da administração) ou preparatória e externa (que prevê atos destinados aos interessados na contratação com a Administração Pública) que contempla a divulgação do edital, a apresentação de propostas ou lances no caso do leilão, o julgamento, a habilitação, os recursos e a homologação. Outra inovação é a possibilidade de inversão da ordem da fase de propostas e de habilitação, mediante ato motivado e previsão no edital de licitação.

Como se pode notar, as alterações trazidas pela Lei nº 14.133/21 para o processo licitatório tiveram como finalidade assegurar que a Administração Pública alcance a seleção da melhor proposta, apta a gerar o resultado mais vantajoso, conferindo tratamento isonômico e estimulando a justa concorrência entre os interessados. Há evidente preocupação com o incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável, em consonância com o que ocorre em grande parte do mundo, bem como com a inovação tecnológica e a agilidade da sua ocorrência. Todas essas medidas com a finalidade de dinamizar o processo de contratação, com forte preocupação em prevenir o sobrepreço e o superfaturamento nos contratos, bem como a prática de atos de corrupção e privilégios.

O que se pode notar das inovações trazidas na Nova Lei de Licitações é a preocupação em tornar o processo mais seguro para todos os envolvidos, a Administração Pública, os licitantes e a sociedade, ampliando os instrumentos de gestão de riscos e de controle preventivo pelos próprios servidores, ampliando e fortalecendo a necessidade de assessoramento jurídico e controle interno e favorecendo a transparência como forma de permitir maior atuação dos órgãos de controle interno. Conclui-se que a lei trouxe dispositivos legais mais garantidores de um processo licitatório mais justo para os interessados, mais célere para a Administração e mais seguro relativamente a práticas de corrupção e fraudes.

4.2.1 Fase preparatória e instrução das licitações

É inegável que uma boa preparação é indispensável para a viabilização e para o bom resultado de qualquer projeto. Na Administração Pública não é diferente. Os atos que preparam uma contratação pública são de extrema importância para a definição adequada do objeto, para a definição dos meios adequados para alcançá-lo, as exigências indispensáveis para sua realização de acordo com o interesse público, tempo para sua realização e os valores que serão despendidos pela administração para viabilizar o interesse público envolvido.

A Lei nº 8.666/93, como já mencionado anteriormente, tratava muito timidamente desta etapa do processo de contratação. Já a nova redação trazida pela Lei nº 14.133/21, não só é mais detalhada e exigente relativamente a esta etapa do processo de contratação, como também alçou o planejamento ao *status* de princípio, decorrente do princípio da eficiência previsto no art. 37 da CF/88. Tratava-se de uma etapa procedimental que não recebia muita dedicação, contudo, a partir da redação atual, exigirá dos administradores maior dedicação, já a sua inexecução ou execução deficiente (com dolo ou erro grosseiro) pode definir eventual responsabilização do servidor responsável por sua realização.

Como já mencionado anteriormente, ao pretender uma contratação, qualquer que seja, deve a Administração Pública instaurar um processo administrativo, onde serão praticados os atos administrativos indispensáveis para a regularidade da contratação. E é importante que se diga que mesmo nos casos de dispensa (art. 72 da Lei nº 14.133/21) ou de inexigibilidade de licitação (art. 74 da Lei nº 14.133/21), esse processo administrativo é exigido, com a observância de toda a etapa preparatória para fundamentar a decisão pela contratação direta.

A Lei traz em sua redação as etapas que envolvem a contratação pública, que se inicia com a etapa preparatória, que se desenvolve nos termos do art. 18, e segue com a instrução, até culminar com o julgamento e definição daquele que será enfim contratado pela Administração Pública. Tais etapas não são independentes, mas estão vinculadas umas às outras, de modo que o sucesso da contratação (e até mesmo da sua execução) dependerá sempre da boa execução das etapas anteriores.

Embora alguns autores não considerem a etapa preparatória parte integrante da licitação, não parece uma solução adequada, especialmente a partir da nova

redação imposta pela Lei nº 14.133/21, que indica no art. 17 da Lei de Licitações²¹³ as “etapas”²¹⁴ que compõem “o processo de licitação”, iniciam o “processo”²¹⁵ pela etapa preparatória.

Não se pode negar o forte vínculo entre esta etapa inicial e as demais etapas, uma vez que esta servirá de base para a elaboração do edital, para a definição das exigências e elementos da instrução, os critérios objetivos que serão levados em consideração na etapa de julgamento das propostas e, por fim, a própria execução contratual, de modo que as conclusões da etapa preparatória permeiam e interferem em todas as demais etapas da licitação.

Partindo daí temos que o art. 18 da Lei nº 14.133/21, inaugura o “processo” de licitação com a etapa (ou fase) preparatória, que se caracteriza pelo planejamento. O planejamento, portanto,

[...] constitui sua viga-mestra e figura como uma das etapas de sua fase preparatória, desembocando na abertura de sua fase externa, com a consequente instauração do procedimento licitatório e subsequente formalização do ajuste ou eventualmente na celebração de uma contratação direta²¹⁶.

Nota-se, pois, que na redação atual, ao revés, a etapa de elaboração de projeto mereceu maior destaque, maior detalhamento, o que se mostra coerente com a exigência da observância do princípio da eficiência contido no art. 37 da CF/88. Isso faz crer que o legislador, ao optar pela previsão expressa do dispositivo, pretendeu dar ênfase ao planejamento como importante mecanismo de melhores resultados, aferível objetivamente a partir dos dispositivos que o concretizam.

Edgar Guimarães, afirma que:

²¹³ “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

²¹⁴ O termo “etapa” na língua portuguesa é o substantivo feminino que significa: “Término de cada fase ou período que compõe um processo (ou negócio, obra, campanha etc.)” ou “Cada um dos tempos de um jogo ou competição esportiva.”, indicando que os atos preparatórios são parte de um todo (DICIONÁRIO MICHAELLIS. **Etapa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/etapa> Acesso em: 07 mar. 2024).

²¹⁵ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, processo (ou procedimento): “É uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 366).

²¹⁶ FECURI, Ana Cristina. **Lei nº 14.133/2021: projetos básicos e defeituosos sob a ótica da nova lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2023, p. 45.

[...] a Administração Pública tem graves deficiências de planejamento das contratações e especialmente de controle na execução contratual, gerando significativos riscos para a entidade pública e para os agentes envolvidos no processo - risco de responsabilização por erros e ilegalidades²¹⁷.

E isso se vê a olhos nus pelas ruas, especialmente pelos inúmeros exemplares de grandes obras paralisadas por mal planejamento, pelos diversos serviços ineficientemente prestados, causando mais prejuízos aos administrados, em evidente desperdício de verba pública.

Planejar significa desenvolver a planificação de algo, planejar, descrever de forma pormenorizada as etapas e objetivos, programar, demonstrar em etapas um propósito para realizar alguma coisa, uma intenção ou objetivo. É a ação de administrativa de pré-definir os objetivos a serem alcançados (interesse público), sua viabilidade e os planos e estratégias (elemento racional) para que esse intento seja alcançado, minimizando o risco de surpresas no decorrer do processo.

Nessa linha, nas contratações públicas, o planejamento pressupõe a necessidade de pesquisa de preços, especialmente nos casos de contratações diretas, a adoção de boas práticas de contratação, respeitando-se as fases e etapas do processo, apontamento dos principais documentos técnicos, elaboração pormenorizada de projeto básico e termos de referência, Estudo Técnico Preliminar (ETP), ampla análise de mercado. Nota-se que tais estudos são indispensáveis para a melhor organização dos trabalhos da Administração Pública, melhor definição das exigências técnicas a serem estabelecidas pela Administração, tudo isso no intento de alcançar o melhor resultado (interesse público), com economicidade, celeridade, efetividade e moralidade.

Marçal Justen Filho²¹⁸ afirma que em razão do princípio do planejamento os administradores têm o dever de previsão futura, mesmo aqueles não relacionados à própria atuação administrativa, compreendendo outras ações realizadas de modo organizado e sistêmico. Segundo o autor, cabe ao gestor a eleição de ações e omissões indispensáveis aos resultados perseguidos, bem como em termos de causalidade antever aquelas ocorrências que podem impedir os objetivos estabelecidos. O princípio do planejamento, segundo o autor, não implica em tornar

²¹⁷ GUIMARÃES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**: inovações da Lei nº 14.133 de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 82.

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

estático o curso e o desencadeamento das ações planejadas mas, ao contrário, prever opções diante de ocorrências no decorrer do desenvolvimento do procedimento licitatório. O que se pretende é minimizar tais ocorrências.

O STJ, embora não se refira expressamente ao “princípio do planejamento”, reconhece a sua incidência ao exigir dos administradores rigor na definição dos aspectos objetivos que definem a licitação como indispensáveis ao resultado útil e para a proteção do erário. Em decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 2444810, o Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do feito, afirmou que:

[...] as normas definidas para a licitação na modalidade pregão exigem que a especificação do objeto seja precisa, suficiente e clara, devendo constar, no procedimento, a justificativa das definições escolhidas, assim como o orçamento. [...] inexistiu também qualquer termo de referência - diga-se, documento obrigatório no procedimento - necessário para examinar os veículos disponíveis no mercado os quais pudessem atender às necessidades da Secretaria de Educação. Assim, deveria ter sido definido um planejamento, de acordo com um preço médio de mercado e o valor de compra do veículo, para garantir ampla concorrência e obter a proposta mais vantajosa, conforme dita a lei²¹⁹.

Como dito, na redação trazida pela Lei nº 14.133/21, há maior preocupação com os atos administrativos que fazem parte do planejamento da contratação, com a estruturação de uma fase preparatória (art. 17 e arts. 18 ao 52). Tanto é assim que o art. 5º faz referência expressa ao princípio do planejamento que tem maior incidência na fase interna da licitação, especialmente na realização dos procedimentos preparatórios, como destaca Joel Menezes Niebuhr²²⁰, conforme os dispositivos legais previstos na Lei nº 14.133/21, sendo que as contratações devem estar em consonância com o planejamento, proporcionando eficiência, eficácia e efetividade aos contratos públicos, sob pena de, nos termos do art. 11 da Lei 14.133/21²²¹, responsabilizar os integrantes da “alta administração do órgão ou

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 2444810**, Relator. Min. Sebastião Reis Júnior, Julgamento: 01/02/2024. (decisão monocrática).

²²⁰ NIEBUHR, Joel Menezes *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 28.

²²¹ Art. 11 da Lei nº 14.133/21. “Parágrafo único. **A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela** governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, **assegurar o alinhamento das**

entidade”. Como afirma Jacintho Câmara²²², uma vez escolhido determinado modelo de licitação, a Administração se obriga a observar ao regramento previsto para sua efetivação, que vinculam e influenciam todas as etapas da contratação, desde a definição do objeto, até a definição das possibilidades financeiras do Poder Público.

O princípio do planejamento, como já mencionado impõe à Administração Pública o dever de planejar de maneira adequada e suficientemente, nos termos da lei, os aspectos técnicos, materiais e formais, conforme a complexidade do objeto (interesse público) envolvido, que vincularão o processo de licitação e o contrato administrativo dele decorrente, como forma de concretizar a eficácia, a eficiência e os melhores resultados da licitação.

Componente inovador decorrente da redação trazida pela Lei nº 14.133/21 é a necessária compatibilização da fase preparatória com o Plano Anual de Contratações (PAC), que vem referenciado no art. 12, VII, da Lei de Licitações e que institui instrumento de racionalização das contratações, de acordo com o planejamento estratégico e orçamentário do órgão ou entidade, que poderá ser elaborado pelos entes federativos. Segundo Renata Fiori Puccetti e Felipe Falwichow Estefam, a elaboração do PAC não é uma opção colocada à disposição do administrador, mas sim um dever a ser realizado pelo ente federativo para viabilizar as licitações²²³, conclusão com a qual não concordamos em função da própria redação do art. 12 da Lei nº 14.133/21, que utiliza o verbo transitivo “poderá” que significa “ter a faculdade de”, bem como da redação do art. 18 da Lei, que determina a compatibilização do planejamento com o PAC, “sempre que elaborado”, ou seja, admitindo a hipótese de não elaboração.

O PAC, quando existente, portanto, deve ser divulgado pela imprensa oficial e, ainda, mantido a disposição para leitura nas páginas institucionais, como forma de garantir a observância do princípio da publicidade, sendo que com ele devem ser

contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (grifos nossos) (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

²²² NOHARA, Irene Patricia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 6, p. 488.

²²³ PUCCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Título II – Das licitações – Capítulo I – Do Processo Licitatório. In: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 139.

compatíveis os planejamentos de todos os processos licitatórios deflagrados pelo ente federativo.

Da mesma forma é necessário que esteja de acordo com as definições contidas nas leis orçamentárias, que indicam quanto e como gastar o dinheiro público no período de um ano, com base no valor total arrecadado pelos impostos, conforme proposta elaborada pelo chefe do Poder Executivo e aprovação do Poder Legislativo que a transforma em lei.

É nesta fase que serão definidos os aspectos técnicos, como a descrição do objeto e a definição de sua utilidade em prol do interesse público, o termo de referência e se o caso projetos (básico e executivo) que definem as características essenciais do objeto licitado, os aspectos mercadológico que envolvem a existência de fornecedores, valores de mercado, composição de preços regime de cumprimento, modalidade de licitação, análise de riscos, critérios de julgamento, planejamento contratual, dados de gestão, tudo com a finalidade de proporcionar para a Administração Pública contratante o resultado de contratação mais vantajoso.

Percebe-se que o § 1º do art. 18 pormenoriza os elementos que devem estar presentes no estudo técnico, não só para viabilizar a definição do processo de contratação com o melhor resultado, como também para permitir a “avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” por parte dos órgãos externos de fiscalização. Exceção a esse rigor contido na Lei se dá apenas relativamente a contratação de obras e serviços comuns de engenharia, quando possível análise de desempenho e qualidade, quando se exige apenas termo de referência ou projeto básico, dispensando os demais elementos.

O art. 19 da Lei de Licitações e Contratos Públicos se preocupa em impor aos órgãos da Administração mínima regulamentação relativas aos atos de licitação e contratação, especialmente voltada à centralização dos procedimentos, criação de mecanismos eletrônicos padronizados de fornecedores, de gestão de contratos, de instrumentos contratuais com a adoção gradativa de tecnologias e integrações processuais, visando atingir o maior grau possível de racionalização do processo de contratação.

O art. 20 da referida Lei se preocupa em estabelecer critérios garantidores da concorrência ampla, da impessoalidade no processo de escolha e da economicidade com o dispêndio da verba pública, cabendo aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário regulamentar pormenorizando os critérios previstos em Lei.

Outro aspecto inovador que se extrai da nova lei está no estímulo da participação popular nas variadas etapas da licitação, especialmente na etapa preparatória. O art. 21, entre outros, coloca à disposição da Administração a audiência pública como instrumento de adequação dos termos da licitação, preparados em ambiente interno, aos interesses públicos, ouvindo os interessados sobre os aspectos técnicos estabelecidos e recebendo sugestões prévias acerca do objeto que se pretende licitar, incentivando a participação popular. Como afirmam Mateus Bertoncini e Joice Bontorin²²⁴, as políticas públicas são indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais e refletem o movimento estatal em atender a população na maior medida possível conforme determina a CF/88. Mas quando inexistentes ou mal executadas refletem diretamente na qualidade de vida do cidadão que não encontra outra solução que não seja pleitear seus direitos. Daí porque garantir a participação social, com a realização de audiências públicas se reflete como um potente instrumento de proteção do resultado da licitação e de boa gestão do patrimônio público.

Esta é uma fase, como se pode notar, que se desenvolve no âmbito interno das Administrações Públicas, com a definição dos critérios iniciais que envolverão a contratação, bem como auxiliando e sustentando as decisões que serão tomadas pelo administrador responsável pela autorização da licitação, e pelos gestores e comissões envolvidas na tramitação do processo do procedimento licitatório e responsáveis pelo julgamento das propostas e conferência da execução contratual. Como afirma Marcio Cammarosano, “o processo licitatório consiste numa sucessão encadeada de atos, como elos de uma corrente, em que a validade do ato precedente condiciona a validade dos demais”²²⁵, dessa maneira, a qualidade na condução dessa fase processual (interna), interferirá diretamente em todas as demais fases do contrato, para o bem ou para o mal, sendo, portanto, indispensável que as Administrações dispensem especial tratamento ao planejamento.

²²⁴ BONTORIN, Joice; BERTONCINI, Mateus. 4. A inteligência artificial, princípio da responsabilidade e combate à corrupção. In: CRISTOVAN, José Sergio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de (Org.). **Direito Administrativo em Transformação**. Florianópolis: Habitus Editora, 2021, p. 77.

²²⁵ CAMMAROSANO, Márcio. In: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21**. 1. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 297.

É o edital, enquanto ato convocatório da concorrência, que abre a fase externa e, conseqüentemente, encerra a fase interna. Nele estarão definidas as regras e condições a serem observadas pelos interessados na contratação.

4.2.2 Fase externa (da divulgação do edital à homologação)

O art. 17 indica expressamente as fases obrigatórias do processo licitatório. Como dito anteriormente, o dispositivo legal prevê uma fase preparatória, que se caracteriza por se desenvolver, regra geral, no ambiente interno da Administração, com atuação de servidores e equipe técnica designada para planejar e definir os critérios do objeto e da própria licitação e contrato que ao final será firmado. Trata-se de etapa que optamos por denominar interna. Por outro lado, o mesmo dispositivo legal, prevê fases que se caracterizam, em regra, pela interação entre o ambiente interno da Administração (seus órgãos e servidores) e o ambiente externo, especialmente os interessados em, ao final contratar com a Administração Pública. Trata-se do que optamos por denominar de fase externa.

Nessa fase estão previstas algumas etapas, individualizadas porém vinculadas umas às outras, uma vez que a realização da próxima etapa só se sustenta com a conclusão da imediatamente anterior. São elas: “II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação”.

Após a etapa preparatória, com a definição do objeto, da necessidade da contratação e do interesse público envolvido, das condições de execução e pagamento, das garantias a serem eventualmente exigidas, do valor estimado e a composição dos preços, dos termos do edital de licitação, da minuta de contrato e das condições de execução do contrato, a licitação em termos de ser efetivamente divulgada com o início da fase externa do processo.

A primeira etapa desta fase é a de divulgação do edital de licitação. O Edital inaugura a interação entre a Administração Pública e os administrados, apresentando o objeto que pretende contratar e o tipo de contrato (alienação e concessão de direito real de uso de bens, compra, locação, concessão e permissão de uso de bens públicos, serviços e obras), com as suas especificações, convidando aqueles que estejam interessados e aptos, a participar da concorrência para contratação da proposta mais vantajosa para a administração.

Antes de ser divulgado, os termos do edital passam pela análise jurídica acerca da sua legalidade, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica, conforme determina o art. 53 da Lei nº 14.133/21²²⁶.

Após a emissão do referido parecer jurídico e efetuadas eventuais alterações necessárias, aprovados os termos do edital, ele estará apto a ser divulgado nos termos do art. 54 da Lei de Licitações, mediante publicação de extrato no Diário Oficial, bem como de jornal diário de grande circulação, de divulgação de inteiro teor no PNCP e na página oficial do ente responsável pela licitação, dando-lhe a mais ampla publicidade.

Com a publicidade do edital os administrados tomam ciência da intenção da Administração de contratar e em quais termos. Com isso terão condições de avaliar as condições e critérios impostos pela Administração e, se interessados, apresentarem-se como interessados em participar da concorrência. É nesse momento que se inicia a etapa de apresentação de propostas da fase externa. Vale mencionar que no caso de modificação do edital por determinação dos órgãos de controle, do Poder Judiciário ou por decisão da própria Administração, fundamentada em critérios de conveniência e oportunidade, nova publicação deverá ser providenciada, com a reabertura de oportunidade de apresentação de propostas., tendo como exceção os casos em que a alteração realizada seja indiferente para a formulação da proposta e, portanto, incapaz de influenciar na sua apresentação.

O art. 55 da Lei de Licitações estabelece prazos mínimos a serem observados, entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, de modo a permitir ampla análise dos interessados e preparação da proposta e da documentação de habilitação, sem prejuízo da celeridade da contratação e do

²²⁶ O § 5º do art. 53 dispensa o parecer jurídico em situações específicas: “É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”, entretanto parece razoável que tal ocorra apenas de maneira excepcional e motivadamente, já que a análise jurídica confere segurança para a Administração Pública, para os agentes envolvidos e para o interessado (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

atendimento ao interesse público. Os prazos variam entre 8 (oito) e 60 (sessenta) dias úteis conforme a complexidade do objeto e do contrato.

Observados os prazos mínimos ou aqueles dispostos no Edital, conforme a necessidade da Administração Pública, inicia-se a etapa de apresentação de propostas. Esta etapa está regulamentada pelo disposto nos arts. 55 a 58 da Lei nº 14.133/21.

O art. 56 da Lei de Licitações permite que a Administração Pública, motivadamente, defina o modelo de disputa que pretende impor aos interessados, se por meio de lances públicos na forma de disputa ou se mantidas as propostas em sigilo até o momento da sua abertura e divulgação aos demais concorrentes, com a definição daquela mais vantajosa. É importante que se tenha em mente que por expressa disposição legal, ao licitar sob o critério de menor preço ou de maior desconto a Administração não poderá utilizar exclusivamente a disputa fechada, mantendo em sigilo as ofertas para abrir no julgamento, impondo nesses casos o uso combinado (disputa aberta e fechada) ou o uso da disputa pública com lances sucessivos. Da mesma forma veda o uso exclusivo dos lances públicos (disputa aberta) quando o critério de julgamento seja o de técnica e preço, entretanto, impondo nesses casos apenas uso da disputa fechada, mantendo em sigilo as propostas até o momento da abertura (art. 56, §§ 1º e 2º, da Lei nº 14.133/21) .

Ao tratar da fase de propostas, a nova redação define critérios mais objetivos para a classificação das ofertas apresentadas pelos interessados, de modo que o art. 56 nos §§ 3º e 4º estabelecem quais serão considerados os lances intermediários, conforme os critérios de julgamento definidos pela Administração, bem como permitindo a possibilidade de reinício da disputa quando a diferença entre a melhor proposta e a segunda colocada for de pelo menos 5% (cinco por cento) para definir a classificação das demais colocações. O art. 57 permite que a Administração imponha intervalos mínimos entre os lances, mesmo entre os intermediários e para aquele que cobrirá a melhor oferta.

Outra definição importante relativamente às propostas oferecidas em licitações de obras ou serviços de engenharia, que envolvem em geral o custo com matérias e peças, cujo valor unitário compõe o preço, é o dever de adequação das planilhas de custos elaboradas antes do julgamento, ao valor definido como vencedor em casos de alteração do valor final, especialmente para fins de alteração de cronograma físico-financeiro ou eventual e excepcional aditamento posterior.

A Administração pode exigir que dos interessados o depósito de garantia não superior a 1% do valor estimado para a contratação, entre aquelas previstas no art. 96, no momento da apresentação da proposta, como requisito pré-habilitação, que deverá ser devolvida em até 10 (dez) dias úteis após a assinatura do contrato ou da declaração do fracasso da licitação ou será executado em caso de não comparecimento para assinar o contrato ou não apresentar os documentos exigidos para firmar a contratação conforme estabelece o art. 58 da Lei de Licitações.

Como se pode notar, a Lei nº 14.133/21 preocupou-se em definir objetivamente o momento da apresentação de propostas, deixando pouca margem de escolha para a Administração Pública relativamente à forma de apresentação das propostas, bem como à definição de valores e garantias, sendo que as características das propostas e sua composição serão fixadas de acordo com a dinâmica de cada modalidade de licitação a ser adotada no caso concreto, de modo a trazer mais segurança jurídica aos envolvidos e transparência para a disputa entre os interessados.

Entregues as propostas, a Administração Pública precisa proceder à sua análise conforme os critérios de escolha estabelecidos no edital, procedendo ao julgamento e definindo a melhor proposta, bem como a classificação dos demais interessados, que poderão ainda ser contemplados em caso de desistência ou inabilitação do mais bem colocado. Passa-se, agora, portanto, para a fase de julgamento das propostas.

A fase de julgamento das propostas vem contemplada entre os arts. 59 e 61 da Lei nº 14.133/21, considerando os critérios previstos para cada modalidade de licitação e no edital. É na fase de julgamento que pode ocorrer a desclassificação do interessado, sempre que a proposta apresentada contenha vícios insanáveis, não atenda às especificações técnicas contidas no edital, sejam inexequíveis ou estejam acima do valor estimado, conforme estabelece o art. 59 da Lei de Licitações, o que será auferido relativamente à melhor proposta, sendo possível a realização de diligências para verificação de eventual alegação ou dúvidas do órgão a respeito da inexequibilidade do proposta, cabendo ao licitante demonstrar a sua viabilidade numericamente, sendo que o § 4º do art. 59 traz definido um parâmetro para a inexequibilidade nas contratações de serviços de engenharia e obras, que se presume aquela oferta inferior a 75% do valor estimado pela Administração Pública.

Há na legislação definição de critérios de solução de empate entre duas ou mais ofertas apresentadas. O art. 60 da Lei de Licitações estabelece que os casos de empate devem ser resolvidos por critérios sucessivos, cuja ordem deve ser observada, considerando (i) a possibilidade de apresentação de nova proposta, (ii) a atuação pregressa dos licitantes, desde que registrados e atestados o cumprimento das obrigações, (iii) utilização de ações que promovam a igualdade de gêneros e (iv) a promoção de políticas de integridade, os dois últimos em consonância com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Permanecendo a condição de empate, mesmo após o uso dos critérios mencionados, o Administração Pública deverá prestigiar as empresas que produzam ou prestem serviços estabelecidas no Estado onde esteja localizado o ente licitante, sucessivamente empresas brasileiras, que invistam em tecnologias nacionais ou por fim, aquelas que invistam em mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, ou medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros. É importante que se diga que todos os critérios apresentados devem ser aplicados após a observância da Lei Complementar (LC) nº 123/06²²⁷, que determina que em contratações públicas seja dirigido tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Observadas todas essas condições e critérios, a Administração chegará a um resultado final da competição, com o julgamento pela escolha da melhor proposta para a Administração Pública, aquela que melhor atenda ao interesse público. Mas ainda assim, com a definição do vencedor, a Administração não só pode, como deve buscar melhorar a oferta já escolhida pela Administração, negociando, o agente de contratação, com o primeiro colocado, desde que preserve a exequibilidade do contrato, sendo possível, inclusive, em caso de desclassificação, que a negociação seja feita com os demais classificados, segundo a ordem estabelecida.

Superada a etapa de julgamento e definida a melhor proposta, segue-se a etapa de habilitação, onde serão verificadas as capacidades técnica, jurídica, fiscal e econômico-financeira do vencedor, para cumprir o contrato. E os critérios e

²²⁷ BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006** (Republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

informações úteis para tal demonstração não são definidos livremente pela Administração Pública contratante, mas também estão definidas e limitadas pela Lei de Licitações, de forma a evitar excessos e exigências que restrinjam a concorrência.

O concorrente deve prestar declaração de que atende às exigências de habilitação impostas no edital, bem como de que observa as regras legais de reserva de cargo, sendo responsável, administrativa, civil e criminalmente pelo conteúdo de suas declarações.

Também é importante ter em conta que ao apresentar as propostas econômicas, os licitantes devem considerar entre os custos que compõem o preço ofertado, aqueles atinentes a direitos trabalhistas previstos em todas as normas que regulamentam, o que restará declarado expressamente, de modo que eventual argumento contrário não será admitido a título de revisão de preço futura. Essa exigência de constar expressamente do edital, sob pena de nulidade.

As condições físicas indispensáveis para a execução do contrato também devem ser franqueadas aos interessados, sendo possível que a Administração exija ateste dos licitantes relativamente ao conhecimento e aprovação do local e condições, garantindo segurança relativamente a eventuais argumentos de culpa exclusiva da Administração contratante em eventual descumprimento de contrato, decorrente de más condições ou impedimentos físicos impostos pela contratante.

Apenas ao licitante vencedor é imposto o dever de apresentar os documentos de habilitação, medida que veio para desburocratizar e dar celeridade ao procedimento, já que não se justifica a verificação de condições de habilitação de todos os participantes, onerando o setor ou servidor responsável pela análise, sem o posterior aproveitamento do ato praticado. Trata-se de alteração muito bem-vinda, mais racional diante da inversão das fases de habilitação e julgamento da forma como previstas na redação da Lei nº 8.666/93.

O princípio da isonomia impõe aos licitantes o dever de atender integralmente, no mesmo momento e da mesma forma, às exigências previstas no edital. Contudo, por previsão contida no art. 64 da Lei nº 14.133/21, em equilíbrio da isonomia com a eficiência, a despeito de vedar a substituição ou a apresentação de novos documentos (por óbvio intempestivos), permite a transformação da análise de habilitação em diligência para complementar as informações e atualizar informações contidas nos documentos já entregues, garantindo a continuidade do processo. Na

mesma toada é possível a correção de erros ou falhas que não afetem a sua substância, sendo aplicável a preclusão no caso de inversão de fases (habilitação/julgamento), acerca do decidido na fase anterior, garantindo a segurança jurídica dos interessados.

Todas as exigências de habilitação deverão constar expressamente no edital de licitação, sendo impostas, inclusive, as empresas interessadas que sejam recentes, ampliando o universo de competidores sem abrir mão da segurança da Administração de contratar empresa idônea, nos termos do art. 66 da Lei de Licitações.

Na intenção de garantir a concorrência, o legislador impôs certas limitações ao poder de exigir a demonstração de capacidade técnica dos interessados em contratar com a Administração Pública. Conforme determina o art. 67 da Lei nº 14.133/21, a qualificação técnico-profissional e técnico-operacional podem ser demonstradas, desde que previsto no edital, pela indicação de profissional habilitado, acompanhada dos respectivos atestados e certidões de conselhos de classe, inclusive acerca da capacidade operacional, com equivalência ou superior àquela que seja objeto do contrato, indicando pessoal técnico com as respectivas qualificações e registros, instalações, aparelhos, máquinas, úteis para a execução do objeto licitado, prova dos requisitos previstos em legislação especial, acompanhado de declaração de ciência e cumprimento de toda as necessidades e condições em que correrá o cumprimento da obrigação, evitando alegação de surpresa ou de desconhecimento.

É importante que se diga que todas as exigências objetivamente previstas na Lei devem ser impostas de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que não impliquem em restrição à competitividade ou direcionamento a determinado interessado. Limitações de tempo e de espaço capazes de impor obstáculos à ampla participação dos interessados, não são admitidas, sendo, entretanto, possível solicitar uma relação de contratos assumidos, como forma de constatar se a interessada, no cumprimento de suas obrigações, continuará com capacidade de atender ao novo objeto.

A Administração Pública, para fins de licitação, deve exigir dos interessados a apresentação de documentos que comprovem a regularidade fiscal, social e trabalhista, obrigações impostas, por lei, às empresas, sejam elas tributária federal,

estadual, municipal, de seguridade social e de fundo de garantia por tempo de serviço.

Outro aspecto a verificado na habilitação se refere à condição econômico-financeira da empresa licitante, se a mesma possui capacidade para cumprir o contrato que será firmado com o órgão público, conforme a complexidade que se apresenta, e, portanto, fornecer adequadamente o objeto licitado. Os coeficientes e índices necessários para a verificação das condições financeiras da empresa interessada serão de livre escolha da Administração, devendo estar expressamente contido no edital, de acordo com a justificativa constante no processo, entretanto, se limita à documentação expressamente contida no art. 69 da Lei nº 14.133/21.

Todas as exigências feitas na etapa de habilitação do licitante têm a finalidade de levar ao órgão que pretende a contratação maior segurança relativamente à própria existência da empresa e o atendimento das obrigações legais a que está submetida, às condições da empresa para o cumprimento do objeto do contrato, de maneira razoável e proporcional, sem que isso implique em excesso de burocracia, tão pouco em restrição ao universo de competidores.

Da decisão proferida na etapa de habilitação é possível interpor recurso nos termos do art. 165 da Lei de Licitações, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa que deve nortear também os processos administrativos. Os prazos e pressupostos para os recursos devem ser expressamente indicados no edital.

Superada esta fase, o que se constata é a inabilitação ou habilitação do candidato a contratar com o Poder Público. Estando habilitado o vencedor, a próxima etapa a ser observada é a fase de recursos. Em caso de inversão de fases, em que a habilitação ocorre antes do julgamento das propostas, será o caso de analisar a oferta das empresas habilitadas.

A etapa de homologação é a derradeira do processo de licitação, encerrando a fase externa. Ocorre após a apreciação de todos os recursos interpostos, onde já se definiu a proposta vencedora e já se analisou acerca da sua habilitação para contratar.

Nesta fase o processo de licitação será encaminhado para a autoridade competente, nos termos da lei, para aprovar o procedimento e os atos praticados, relativamente à sua legalidade e mérito, para que produzam os efeitos jurídicos necessários. É o último ato que antecede a contratação propriamente dita.

Nesta etapa, a autoridade competente poderá, motivadamente, de ofício ou mediante provocação, (i) identificar vício sanável e determinar o saneamento da irregularidade e se insanável proceder à anulação da licitação e determinar a apuração de responsabilidades, (ii) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade ocorrido após o início da licitação, ou (iii) adjudicar o objeto ao licitante vencedor e homologar a licitação. Em todos os casos a manifestação dos interessados é medida de rigor.

É preciso destacar que o TCU tem entendimento firmado no sentido de que o ato de homologação confere à autoridade competente responsabilidade relativamente a posterior identificação de ilegalidades:

A autoridade homologadora é responsável solidariamente pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre todos os atos praticados na respectiva licitação. Esse controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização ao homologar o certame a autoridade competente atesta que todo o processo licitatório aconteceu de forma regular, sem vícios de legalidade, como um ato de fiscalização de tudo que foi feito²²⁸.

Isto porque, pelo ato de homologação a autoridade competente confirma a regularidade e a inexistência de ilegalidades em todo o processo licitatório em verdadeiro ato fiscalizatório do seu desenvolvimento, exceção feita aos casos de vícios imperceptíveis ou ocultos.

Contudo, é preciso analisar tal interpretação no contexto de cada órgão licitante, especialmente considerada a realidade completamente dispare entre os municípios, existente em todo o território nacional. É possível apontar que certos municípios não dispõem de estrutura técnica-operacional capaz de levar a cabo um procedimento licitatório, identificando com rigor eventuais irregularidades, de maneira que eventual responsabilização do servidor responsável pela homologação

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 505/2021**, Plenário, Relator: Min. Marcos Bemquerer, Processo 000.306/2012-6, Sessão: 10/03/2021, Número da Ata 7/2021. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2659/2014**, Plenário, Relator: Min. José Mucio Monteiro; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3294/2014**, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3389/2010**, Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes.

da licitação, frente ao posterior reconhecimento de vício, deverá passar pela verificação de questões locais incidentes, como determina o art. 22 da LINDB²²⁹.

4.2.3 Contratos administrativos na nova lei de licitações

Tema que sempre gerou debates no âmbito do Direito Administrativos, os contratos administrativos, embora não seja objeto do presente estudo, devem ser ao menos mencionados em seus aspectos mais elementares, especialmente para que algumas reflexões possam ser melhor desenvolvidas ao tratarmos das modalidades de licitação à luz dos princípios constitucionais.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Contrato é o acordo de vontades, perfazendo ato jurídico único, entre partes correlatas e contrapostas, sobre objeto jurídico diverso, relativo a direitos e obrigações das que nele participam. Esses direitos e obrigações são livremente dispostos pelas partes, ou uma adere livremente ao prefixado pela outra. Estabelecem vínculos entre elas, como se fossem leis, a que se sujeitam sutis vontades. por todo o prazo estabelecido para a respectiva vigência²³⁰.

Aponta, portanto, como características elementares dos contratos a liberdade de se vincular a uma relação jurídica e a autoridade do vínculo estabelecido. E tendo como base estas premissas, afirma que “inexiste o contrato de Direito Público, ou o contrato administrativo, com regime Jurídico diferente do contrato de Direito Privado, ou de Direito Civil, quanto aos elementos que especificam sua natureza”, ainda que comportem a adoção de regras jurídicas especiais, previstas em leis, cláusulas e

²²⁹ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

²³⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. I, p. 482-492.

editais aos quais o particular adere e passam a fazer parte do acordo de vontades firmado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltando sua posição no sentido da inconveniência do uso do termo “contratos administrativos” uma vez que “as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos”, conceitua contratos administrativos, conforme admitido pela maioria da doutrina e jurisprudência, como:

[...] tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado²³¹.

Parte da doutrina entende que a Administração Pública pode firmar contratos tanto sob o regime de Direito público, como contratos regidos pelo Direito Privado²³², nesse sentido afirma Hely Lopes Meirelles que a Administração direta, ou centralizada, e indireta, ou descentralizada, pode realizar contratos sob as normas exclusivas do Direito Privado, em posição de igualdade com o particular contratado, que denominávamos contratos privados da Administração, para distingui-los dos contratos administrativos propriamente ditos, regidos pelo Direito Público²³³.

Há ainda, aqueles que entendem que o contrato administrativo ocorre apenas sob a égide do Direito Público, sem a possibilidade de aplicação do regime jurídico de Direito Privado. Nesse caso, como afirma Lúcia Valle de Figueiredo²³⁴, não seria possível abrir mão das prerrogativas públicas, agindo a Administração Pública como mero particular, descabendo em absoluto o nivelamento com o particular, uma vez que a competência para contratar e o próprio contrato, como instrumento para tanto, decorrem justamente do regime jurídico administrativo, para atingir a finalidade de realizar o interesse público.

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 577.

²³² Nesse sentido lecionam Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Odete Medauar.

²³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 218.

²³⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21-22.

Para Marçal Justen Filho, a expressão contrato administrativo, indica o gênero que comporta pelo menos três espécies: os contratos administrativos propriamente ditos, os contratos de Direito Privado praticados pela Administração e os contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas. Nessa mesma linha é o entendimento do STF²³⁵, que define os contratos administrativos como negócio jurídico complexo, entabulado pela Administração Pública e um particular ou outro ente público, regido pelas normas de direito administrativo.

José Cretella Jr.²³⁶, conceitua os contratos como o acordo de vontades em que uma das partes é a Administração Pública, regido pelo regime jurídico de Direito Público, cujo objeto é a satisfação de um ou mais interesses públicos.

Independentemente da natureza atribuída aos contratos administrativos, o que se pode afirmar é que representam acordos realizados entre o particular (pessoas físicas ou pessoas jurídicas) e a Administração Pública, que definem um acordo recíproco de vontade, que estabelece certas obrigações, igualmente recíprocas, entre as partes envolvidas.

E não se pode negar que a maneira mais comum de viabilizar as contratações públicas é por meio de contratos celebrados sob a regência da Lei Geral de Licitações, Lei nº 14.130/21, que segundo Jacintho Arruda Camara²³⁷, por suas características, coloca o Poder Público como protagonista na definição do projeto e suas particularidades, cabendo à contratada tão somente a execução das suas decisões.

Deve ser formalizado por instrumento, exceto nos casos em que a lei expressamente preveja a hipótese de substituição por outro meio idôneo para comprovar a avença, como por exemplo notas de empenho, autorização de compra expedida pela autoridade competente ou ordem de execução de serviço. O instrumento é dispensado, por exemplo, nos casos de dispensa de licitação para

²³⁵ “Não há dúvidas de que o negócio jurídico entabulado entre as partes e que reveste o formato de cessão onerosa de crédito, envolve operação jurídica complexa entre pessoas jurídicas de Direito Público, razão pela qual devem incidir, com prioridade, as regras e princípios informadores do regime jurídico de Direito Público. Isto é, ainda que se trabalhe com o conceito único de negócio jurídico, do qual a cessão onerosa de direitos é espécie, há que se dar ênfase aos vetores que informam o regime jurídico de Direito Público, com destaque para os princípios da soberania, moralidade, legalidade e da supremacia do interesse público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 3.119/PR**, Relator: Min. Alexandre de Moraes).

²³⁶ CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 391.

²³⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações Públicas para projetos de infraestrutura. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Orgs.). **Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 59-95.

compras de itens de pequeno valor ou em compras de entrega imediata e integral, onde tal burocracia certamente representaria entrave para a realização.

Certo é que uma vez encerrado o processo licitatório, a Administração poderá convocar o licitante vencedor para proceder à assinatura do termo contratual ou o instrumento que seja a ele equivalente, nos termos da lei, dentro do prazo que tenha sido estabelecido no edital e cumprindo eventuais condições que também dele decorram, sob pena de decair o direito à contratação.

É possível que a empresa vencedora não atenda ao chamado da Administração e não compareça no momento marcado para a assinatura do contrato. Nesse caso a Administração tem a possibilidade de convocar os demais licitantes que participaram do certame, conforme a ordem de classificação dele decorrente, para que, em querendo, assumam o contrato nas mesmas condições da proposta vencedora. É importante mencionar que os demais classificados não estão obrigados a firmar o contrato nos termos oferecidos pela primeira colocada.

Havendo negativa por parte dos demais classificados, de modo a evitar prejuízos econômicos decorrentes tanto da realização de nova licitação, quanto da demora na obtenção do bem ou serviço licitado, observando o valor estimado acrescido de eventual atualização, a Administração poderá buscar negociação com demais participantes, com vistas a conseguir o melhor preço, ainda que superior àquele oferecido pelo primeiro colocado desistente, ou adjudicar e firmar contrato pelos valores apresentados nas propostas dos licitantes remanescentes, conforme a ordem de classificação.

Os contratos firmados devem atender a aspectos formais impostos pela Lei nº 14.133/21, em seu art. 89, ficando submetidos pelas disposições contidas em suas cláusulas, bem como no regime jurídico de Direito Público e princípios gerais.

Devem observar a forma escrita e conter o nome das partes contratantes, a sua finalidade e ato autorizativo, referência ao processo administrativo que lhe deu origem, bem como à legislação aplicável à espécie.

Suas cláusulas devem estabelecer claramente as condições de execução do objeto, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e a divisão de responsabilidades entre as partes, de acordo com o que já tenha sido previamente estabelecido no edital de licitação e nos termos da distribuição de riscos, considerados para elaboração da proposta vencedora.

É imperioso que tal instrumento, que faz lei entre as partes, traga expressa e claramente a especificação do objeto com todas as suas minúcias, indispensáveis para eventual fiscalização sobre a sua execução. Também deve advertir os contratantes quanto à vinculação das partes ao edital e à proposta, bem como quanto à legislação e regime de execução do objeto. Todas as especificidades relativas à verificação de cumprimento, medição, forma de pagamento, prazos e etapas de execução.

Outra importante definição que deve estar contida nas cláusulas contratuais, quando definida entre as partes, é a da matriz de risco, definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, que exerce influência direta na elaboração da proposta e serve de parâmetro para eventual requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os prazos de manifestação das partes envolvidas, inclusive para a Administração responder a requerimentos formulados pela contratada devem constar expressamente do contrato, de modo a garantir segurança jurídica decorrente do atendimento às demandas e necessidades das partes em tempo razoável, evitando prejuízos que impliquem em impossibilidade de cumprir a avença e desatendimento ao interesse público.

Questões atinentes à execução do contrato também devem constar de forma clara do termo contratual, definindo o oferecimento de garantias, os direitos e reponsabilidade de cada qual relativamente ao objeto do contrato, com a clara definição de sanções para o descumprimento, consideradas as prerrogativas da Administração previstas em Lei, o dever da contratada de manter, durante a execução do contrato, as condições de habilitação que lhe foram exigidas, índices e taxas aplicáveis em caso de contratações internacionais, os deveres de atender a demandas atinentes à reserva de cargos e programas de inclusão, fazendo valer o princípio do desenvolvimento sustentável, enfim, todas as condições que, de alguma maneira, implicam na execução do objeto contratado.

Por fim, mas não menos importante, o contrato deve prever expressamente os casos de extinção do contrato, bem como eventuais consequências decorrentes da extinção.

É certo que os contratos firmados pela Administração Pública em geral serão regidos pelos termos da Lei nº 14.133/21, inclusive conferindo à Administração certas condições diferenciadas, indispensáveis para a garantia do interesse público e as características que envolvem as relações firmadas pelo Poder Público, especialmente a mutabilidade do interesse público. Nesse contexto, para que a Administração Pública possa gerir com eficiência o erário, concretizando os interesses públicos que são de sua competência, os órgãos contratantes podem modificar a avença adaptando seu conteúdo às necessidades que se apresentam, extinguir as avenças unilateralmente, fiscalizar seu cumprimento, inclusive aplicando sanções no caso de não atendimento, podendo inclusive apropriar-se de maneira provisória de bens e pessoal pertencentes ao contratado, sempre que houver riscos à descontinuidade de serviços públicos essenciais ou para a apuração de faltas contratuais, mesmo extinto o contrato. É importante destacar neste caso que os direitos do contratado serão sempre preservados, de modo a não inviabilizar contratações públicas impondo prejuízos insuportáveis para os particulares. Daí porque a Nova Lei de Licitações prevê situações de reajuste e repactuação para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, garantia constitucional que socorre o particular ao contratar com o Poder Público.

O Reajuste (art. 25, § 7º, e art. 92) ocorre mediante a aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deve refletir a efetiva variação do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Já a repactuação (art. 135), utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, deve estar prevista no edital e se dá por meio da avaliação concreta da variação dos custos contratuais, tendo como termo inicial a data da apresentação das propostas ou do acordo a depender de se tratar de custos decorrentes do mercado, ou de convenção coletiva e dissídio coletivo quando se tratar de mão de obra.

Como mencionado, a duração dos contratos na Nova Lei de Licitações deve estar prevista em edital, cabendo à Administração, ao defini-la, considerar a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro, com prazo de até 5 anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos.

Vale lembrar que a regra é a renovação contratual a cada exercício, cabendo à autoridade competente demonstrar a observância do princípio da vantajosidade,

indicando a vantagem econômica decorrente da contratação plurianual, ainda assim vinculando ao dever de indicar a cada exercício a existência dos créditos orçamentários que farão frente ao contrato e as vantagens de sua manutenção. Identificada a ausência de vantagem econômica decorrente da manutenção do contrato plurianual, ou mesmo diante da ausência de créditos orçamentários que possam fazer frente à sua continuidade, a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, observados os direitos dos contratantes.

No que se refere aos serviços e fornecimentos contínuos, que se caracterizam para habitualidade e essencialidade do objeto contratual²³⁸, é permitido que a Administração Pública os prorogue sucessivamente, dentro de um prazo não superior a 10 anos, com previsão expressa no edital de tal possibilidade e demonstração objetiva da vantajosidade da continuidade do contrato após desejável negociação com o contratado, sendo possível a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes envolvidas.

A administração tem a prerrogativa de exigir garantia contratual para o particular contratado, de modo que seja alcançado o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, ou em caso de descumprimento atender a eventuais multas, prejuízos e indenizações decorrentes do inadimplemento, observado prazo de vigência da garantia compatível com o do contrato celebrado, validade da garantia independente do adimplemento do prêmio pelo contratado, renovação a cada renovação nos contratos contínuos, em todos os casos observando-se as especificidades de cada cobertura, conforme a contratação realizada.

Outra inovação dos contratos na Nova Lei de Licitações é a obrigatoriedade de sua publicação no PNCP nos prazos estabelecidos no art. 94 da Lei Geral de Licitações. O PNCP é um sítio eletrônico oficial, destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cuja finalidade é conferir maior transparência para as compras e gastos públicos, com a disponibilização de documentos usados nas contratações públicas. Ademais, também contribui com a eficiência de outros órgãos já que terão

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 766/2010**, Plenário, Relator: Cons. José Jorge, Processo nº 006.693/2009-3, Sessão: 14/04/2010: “[...] 31. Conforme precedente deste Tribunal, ao qual farei referência adiante, as características necessárias para que um serviço seja considerado contínuo são: essencialidade, execução de forma contínua, de longa duração e possibilidade de que o fracionamento em períodos venha a prejudicar a execução do serviço [...]”.

acesso às informações de outros processos, como a ata de registro de preços por exemplo, facilitando as decisões.

Como se pode notar, no que se refere aos contratos propriamente ditos, cujo tema demandaria um estudo mais aprofundado e dedicado, haja vista a sua importância para o cotidiano da Administração Pública, a Nova Lei de Licitações e Contratos também trouxe importantes alterações, muitas delas destinadas a facilitar as atividades administrativas, agilizando os procedimentos e impondo maior transparência às informações e documentos envolvidos nas contratações públicas, de modo a permitir a fiscalização pela sociedade e pelos órgãos de controle.

Com essas rápidas considerações sobre os contratos públicos previstos na Lei nº 14.133/21, é possível ter uma visão, ainda que resumida, das principais características e inovações propostas pela nova Lei geral de Licitações, para a partir dessas considerações ser possível uma análise mais detalhada acerca das modalidades de licitações nela previstas, conforme os princípios da Administração Pública, impostos pelo art. 37, caput da CF/88.

5 AS NOVAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO (ART. 28 DA LEI Nº 14.133/21) ANALISADAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Como já amplamente demonstrado acima, o regime de contratação pública no Brasil consagra o dever de licitar como regra, visando conferir maior transparência e integridade do patrimônio público, de modo que a licitação pública objetiva muito mais do que a escolha da proposta mais vantajosa para a administração, mas também garante um procedimento integro fundamentado em valores constitucionais que orientam para a obtenção do interesse público.

Nesse sentido leciona Adilson de Abreu Dallari²³⁹, que nos tempos mais recentes o modelo gerencial de administração substituiu a desconfiança pela confiança nos agentes que serão cobrados por seus resultados, alcançados a partir de processos submetidos a menos controles, permissivos de competências delegadas e parcerias com a iniciativa privada, com maior tendência à consensualidade, focando suas ações no cidadão, destinatário das ações administrativas.

Como se extrai de tudo quanto foi tratado até o presente momento, é possível concluir que a aplicação do Direito considera os princípios consagrados na CF/88 e no sistema como um todo, e as circunstâncias de fato que se apresentam no caso concreto para, após interpretação sistemática, definir a norma que terá incidência.

Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando”²⁴⁰, representa, pois, violação do próprio sistema. Sendo assim, ante a gravidade contida na violação dos princípios é que se propõe que as novas modalidades de licitação, introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 14.133/21, sejam analisadas e interpretadas conforme os princípios acima tratados.

É de suma importância que se tenha *consciência principiológica* na interpretação das normas previstas na Lei nº 14.133/21, que regulam a condução dos procedimentos licitatórios, para que não sejam impostas exigências

²³⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41.

²⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 46.

desnecessárias ou para que não haja negligência relativamente a exigências indispensáveis para a garantia da legitimidade do procedimento e atendimento ao interesse público nele envolvido. É preciso garantir que o “espírito” da norma seja observado, por meio da sua interpretação conforme os princípios da Administração Pública.

Em termos práticos, é preciso verificar, a partir dos princípios constitucionais, quando mera formalidade burocrática significará apenas empecilho à realização de interesse público, devendo ceder lugar à economicidade e razoabilidade ou à eficiência, ou quando é indispensável para a regularidade da contratação. Isso não significa que o administrador está autorizado a desrespeitar a lei, mas sim que a legalidade e a eficiência, dois princípios da Administração Pública, devem conviver harmoniosamente.

O administrador deve, portanto, agir em conformidade com a lei, no sentido da obtenção dos melhores resultados para o atendimento do interesse público, entretanto a lei deve ser interpretada conforme os valores que devem ser prestigiados, definidos pelos princípios da Administração Pública previstos expressamente no art. 37 da CF/88. É o que se extrai da dinâmica do sistema jurídico em vigor e do texto constitucional e o que foi reforçado pelos novos dispositivos legais (arts. 20 a 29) que passaram a fazer parte da LINDB, a partir da Lei nº 13.655/18²⁴¹.

Como afirmou o Ministro André Mendonça em seu voto proferido nos autos da ADI 6421:

[...] ao estabelecer expressamente a insuficiência da invocação retórica de valores abstratos como fundamento de decisões estatais, exigindo a consideração das consequências práticas do que se estiver decidindo, o legislador equilibra a responsabilidade da instância decisória, tornando-a mais compatível com tamanho do seu poder²⁴².

²⁴¹ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2018/2018/Lei/L13655.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁴² Voto visto proferido pelo Min. André Mendonça nos autos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC na ADI 6.421/DF**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgamento: 02/10/2023).

Esta é a proposta desta etapa do trabalho. A partir da natureza e finalidade dos princípios da Administração Pública já expostos no estudo, bem como do conceito de cada um daqueles previstos no art. 37 da CF/88 e daqueles derivados, previstos na Lei nº 14.133/21, conferir interpretação aos dispositivos que regulam as modalidades de licitação previstas no art. 28, quais sejam, (i) o pregão; (ii) a concorrência; (iii) o concurso; (iv) o leilão e o (v) diálogo competitivo, sendo vedada, nos termos do § 2º, a criação de outras modalidades ou a combinação das previstas.

Outro ponto a ser abordado é o quanto a correta aplicação dos princípios é relevante para a condução dos certames licitatórios. É indispensável a ponderação entre princípios capazes de conduzir a decisões diversas. A sua incidência na definição da formalidade aplicável ao caso concreto, indispensável para a defesa do interesse público, para a eficiência e a economicidade, ponderados frente aos princípios da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Como afirma Hely Lopes Meireles, a Licitação é o gênero do qual as modalidades apontadas são as espécies, de modo que os preceitos genéricos relativos à licitação se aplicam a todos as espécies, além daqueles específicos, relativos a cada uma delas²⁴³.

É importante mencionar que a Lei nº 14.133/21 prevê como procedimentos auxiliares o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral, significativos instrumentos previstos no art. 78, colocados à disposição da Administração Pública para agilizar suas contratações, de modo a garantir maior eficiência e economicidade aos procedimentos. Contudo, não serão objeto de análise nesse estudo, que se limitará a interpretar as modalidades de licitação previstas no art. 28 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à luz dos princípios da Administração Pública, previstos no texto constitucional, acima enumerados.

5.1 Pregão

O pregão, como modalidade de licitação, foi mencionado pela primeira vez na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.742/97), como procedimento próprio de

²⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67.

contratações em geral, com exceção das obras e serviços de engenharia civil, a ser regulamentado pela própria Agência Nacional de Telecomunicações.

No âmbito Federal, a modalidade pregão foi instituída pela Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. Essa Medida Provisória foi regulamentada pelos Decretos Federais nº 3.555, de 8 de agosto de 2000²⁴⁴ e nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000 que tratavam do pregão na forma presencial e eletrônica, respectivamente.

Em 17 de julho de 2002, essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.520, posteriormente regulamentada pelo Governo Federal com o Decreto nº 5.450/2005²⁴⁵, dirigida, especificamente, para a aquisição de bens e serviços comuns de qualquer valor, nos casos em que a disputa dos interessados pelo contrato é feita em sessão pública, presencial ou eletrônica, mediante a apresentação de propostas e lances, ampliando o âmbito de aplicação da modalidade de licitação para todos os entes federativos.

A Lei nº 10.520/02 foi revogada a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, que reuniu em um mesmo corpo as principais modalidades de licitação utilizadas pelo Poder Público em suas contratações gerais, inclusive o pregão, na sua forma presencial ou eletrônica. Nos termos do art. 6º, XLI, da Lei nº 14.133/21, o pregão se define como “a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”, mantendo a essência da modalidade nos termos da Lei nº 10.520/02.

Nos termos da Lei nº 14.133/21, o pregão vem assim definido:

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e

²⁴⁴ BRASIL. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.** Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm?origin=instituicao Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁴⁵ BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei²⁴⁶.

Atendendo ao princípio da legalidade, portanto, em razão da maior objetividade na disputa, bem como da economicidade e celeridade da sua realização, têm cabimento especialmente para os casos em que a Administração Pública tenha como objetivo a contratação de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou de maior desconto. Como afirma o TCU:

O Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias para os gestores frente o Poder Público. Ele representa total subordinação do Poder Público à previsão legal, visto que, os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei. Assim, o administrador público não pode, mediante mero ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos²⁴⁷.

Como bens e serviços comuns, devem ser entendidos aqueles que possam ser adquiridos apenas com base na análise de preço, cujas características de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidas no edital, por meio de especificações de uso corrente no mercado. A escolha pode ser feita apenas com base nos preços ofertados, tendo em vista que as características comuns permitem comparação entre os ofertados sem avaliação minuciosa, apenas com base nas especificações necessárias, apontadas no termo de referência. Incluem-se nesta categoria as peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, combustíveis e material de escritório e serviços, tais como limpeza, vigilância, conservação, locação e manutenção de equipamentos, bens e serviços de informática não específicos, transporte e seguro saúde.

Por expressa disposição legal, não se trata de modalidade de licitação possível para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, bem como para obras e serviços de engenharia (parágrafo único do art. 29 da Lei nº 14.133/21).

Os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, por óbvio, não podem ser padronizados objetivamente ou ter valores

²⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4423/2024**, 1ª Câmara, Processo 037.224/2023-9, Relator: Weder de Oliveira, Sessão: 25/06/2024.

atribuídos objetivamente de acordo com o mercado uma vez que os elementos que integram o conteúdo do projeto ou serviço, analisados isoladamente, demonstram uma significativa carga intelectual em suas atividades. E neste ponto é importante mencionar que o art. 5º, XVIII²⁴⁸, que lista os serviços considerados como especializados de natureza predominantemente intelectual, não parece ser taxativo, mas sim exemplificativo, sendo possível ao órgão licitante a análise do objeto para a verificação de outros casos em que sejam identificados significativa carga intelectual, ou mesmo entender entre os ali listados a inexistência da predominância de carga intelectual, conforme o princípio da razoabilidade, cabendo a escolha pela modalidade pregão.

Já as obras e serviços especiais de engenharia, em geral não caracterizados por ações objetivamente padronizadas, exigem que o projeto seja tecnicamente avaliado, exigindo, portanto, o julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, incompatível com as características próprias do pregão, cujos lances se definem pela apresentação e disputa de preços objetivamente ofertados pelos interessados. O critério de julgamento por técnica apresenta-se com maior complexidade. Há exceção expressa para os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei²⁴⁹, que se refere aos serviços comuns de engenharia, que não exigem projetos tecnicamente complexos, a exemplo da construção de uma calçada, uma guarita ou um muro simples, sem grandes variações técnicas, permitindo a definição objetiva de valores para os lances.

Esta modalidade de licitação pode ser realizada no formato presencial, onde os interessados se apresentam fisicamente no local previamente agendado, portanto os documentos exigidos no edital e apresentam seus lances até que seja definida a

²⁴⁸ XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias; d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso; [...] (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

²⁴⁹ O art. 6º, inciso XXI, alínea “a” define o que seria o serviço comum de engenharia como “todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

melhor proposta, ou no formato eletrônico, com o uso de sistemas ou plataformas onde os candidatos se apresentam eletronicamente, enviam os documentos previstos no edital e suas propostas, sendo que toda a negociação ocorre em ambiente virtual, com a participação dos concorrentes.

Trata-se de modalidade de licitação que permite a presença de todo e qualquer cidadão, licitante ou não, já que ocorre em sessão pública conduzida por um pregoeiro. Nessa oportunidade todos têm acesso ao conteúdo das propostas, aos lances e negociações, aos resultados, às decisões tomadas pelo pregoeiro, o que dá pleno cumprimento ao princípio da publicidade e da transparência, já que aqueles que acompanham têm acesso a toda a movimentação do processo de escolha do licitante com a melhor proposta e embora não possam atuar diretamente no processo, na ocorrência de eventual conduta irregular podem denunciar às autoridades competentes para que seja apurada.

Diante de tais premissas, o que se conclui é que:

O pregão é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos²⁵⁰.

É, pois, uma modalidade de licitação que atende plenamente aos princípios da transparência, da impessoalidade e da eficiência, em virtude de se caracterizar especialmente pela ampla acessibilidade, pela adaptação a compras e serviços comuns, pela ausência de limite de valor para sua utilização pelos órgãos da Administração Pública, pela maior agilidade própria do seu procedimento de menor complexidade e pela existência de única fase de recurso, impondo maior celeridade e rápida finalização do processo de contratação.

Como nas demais modalidades, o pregão também deve seguir um procedimento formal previamente definido, entretanto não deve impor uma burocracia descabida, dando lugar a um processo mais eficaz e eficiente. A existência de um procedimento formal é indispensável para segurança da contratação, a lisura do processo, a fiscalização interna e externa da adequada utilização do erário. O formalismo, entretanto, fere os princípios da eficiência e da

²⁵⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. **Sistema de Registro de Preços, Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 455.

economicidade, sem dar lugar a outros princípios que sopesados pudessem justificar a postura rígida.

A fase interna ou preparatória do pregão, inicia-se com a abertura do processo licitatório pela autoridade competente, nos termos dos arts.18 e seguintes da Lei nº 14.133/21, que nos termos do princípio da legalidade deve ser atendido tanto quanto possível pelo órgão interessado na contratação, indo além da simples elaboração do termo de referência, como ocorria antes da edição da Nova Lei de Licitações, mas incluir justificativa e motivação acerca da necessidade da contratação, caracterizando o interesse público envolvido, bem como acerca das próprias condições do edital, das suas exigências, critérios de julgamento, valores, análise de riscos e regras que limitem ou ampliem a participação de empresas (em consorcio por exemplo).

Como se pode notar, a nova redação da Lei de Licitações se apresenta muito mais dedicada e exigente relativamente ao desenvolvimento da fase preparatória, impondo cuidados aos agentes envolvidos em prol da eficiência que deve nortear os atos e decisões administrativas. Como já mencionado em momento anterior do presente estudo, um projeto adequado é indispensável para o sucesso da execução do contrato, evitando inúmeros prejuízos para a Administração Pública.

Nas palavras de Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio, enfatizando a potência da fase de planejamento na efetivação do princípio da eficiência previsto no art. 37 da CF/88:

A fim de que o agir administrativo seja efetivo, ou seja, de que a Administração Pública tenha a capacidade de realizar de forma exitosa uma ação (eficácia) e da melhor maneira possível (eficiência), julgamos indispensável o prévio e adequado planejamento para esse agir²⁵¹.

O termo de referência, documento obrigatório a ser desenvolvido na fase preparatória do pregão, é o documento que deverá conter todos os elementos relativos objeto licitado, capazes de propiciar uma eficiente avaliação do custo do contrato pela Administração Pública, mediante a solicitação de orçamentos detalhados, considerando os preços praticados no mercado. É recomendável, inclusive, que a planilha de custos adotada pela Administração Pública, na

²⁵¹ GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 21.

elaboração dos orçamentos, seja parte integrante como anexo do edital, adotando uma padronização e tornando mais eficiente a análise das propostas pelo pregoeiro em termos de aceitabilidade.

É importante que a elaboração do termo de referência, bem como a planilha de custos sejam preparadas em conjunto com as áreas técnicas envolvidas conforme objeto licitado, de forma a agregar as informações indispensáveis para que as especificações estejam de acordo com aquelas praticadas no mercado, sem excessos ou requisitos que não guardem relação com a funcionalidade e desempenho do que se pretende contratar.

O termo de referência deve identificar de maneira clara a necessidade da Administração e o interesse público a ser atendido com a contratação, conforme determina o princípio da motivação e do interesse público, conferindo transparência às razões que levaram o órgão responsável pela futura contratação a levá-la adiante. Municia a sociedade civil e os órgãos de controle das informações indispensáveis para a análise da legalidade do procedimento, se de acordo com as necessidades ou se existente eventual desvio de finalidade. Nunca é demais mencionar que a licitação não é um fim em si mesma, mas é o meio pelo qual o Poder Público seleciona a proposta mais vantajosa para atender ao interesse público.

Nas palavras de Bernardo Strobel Guimarães²⁵², ainda que seja possível certa margem de vontade do agente na realização da função pública, conferida em razão da discricionariedade ou de conceitos indeterminados por exemplo, ainda assim o princípio da impessoalidade conformará a função administrativa na medida em que as suas considerações pessoais estarão dirigidas pelo interesse público, que é o fim de todo ato administrativo praticado.

Na fase preparatória, ainda, será definida a matriz de risco que nos termos do art. 103 da Lei nº 14.133/21, identificará nos termos do contrato os riscos definidos para cada um dos contratantes, de forma que em consonância com o princípio da segurança jurídica e da boa-fé administrativa, o equilíbrio econômico-financeiro estará garantido sempre que respeitada a alocação de riscos estabelecida por aquiescência das partes, exceto no que se refere às alterações unilaterais previstas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/21 e aos aumentos decorrentes da incidência de

²⁵² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Reflexões acerca do princípio da impessoalidade. *In*: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 170.

novos tributos a serem pagos pelo contratado (art. 103, § 5º, I e II, da Lei nº 14.133/21). E a definição dos riscos atribuídos a cada qual também interferirá, futuramente, na elaboração das propostas que serão oferecidas à Administração.

Se o termo de referência for desenvolvido com falhas de concepção, será a Administração Pública responsável por eventuais erros de execução contratual, conforme se extrai da dicção do art. 124, § 1º, da Lei nº 14.133/21, devendo ser apurada a responsabilidade daqueles técnicos envolvidos na definição do objeto contratado.

Marçal Justen Filho afirma que caberá ao contratado arregar apenas aqueles riscos ordinários do objeto contratado, conforme esteja definido no projeto (básico/executivo)²⁵³ ou no termo de referência.

E entre as informações indispensáveis nessa fase da licitação está a demonstração de que o objeto licitado está adequado à modalidade de licitação proposta, haja vista que o pregão, eletrônico e presencial, não é modalidade adequada a toda e qualquer contratação, mas é expressamente dirigido a licitações para a contratação de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles que podem ser descritos no edital (seus padrões de qualidade e desempenho) e que tenham a possibilidade de serem substituídos uns por outros com o mesmo padrão de qualidade, o que afasta determinados serviços de engenharia de maior complexidade, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

A partir da correta, clara e precisa identificação do objeto a ser licitado, bem como da importante apresentação das razões que impõe a contratação é que se tem a requisição do objeto, que será avaliada pela autoridade competente para a autorização do início do processo licitatório. A partir da demonstração da necessidade da contratação, afirmada pelo agente público solicitante, e na definição de questões indispensáveis como a razão da contratação, a quantidade necessária, onde será utilizado o serviço ou produto, o tempo necessário, a autoridade competente, é capaz de decidir pela continuidade ou não do procedimento licitatório.

Embora seja aparentemente singela e menos importante, a decisão que autoriza o início de um procedimento licitatório deveria ser encarada como ato de extrema importância, especialmente após a inclusão do princípio da eficiência entre os princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública e seus agentes, nos

²⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 595.

termos do art. 37 da CF/88. Ora, na prática se sabe que um procedimento licitatório, do mais simples aos mais complexos, exigem importante dispêndio financeiro e de pessoal. Todo o plexo de exigências, contidas na Lei de regência destes procedimentos, exige atuação de diversos setores e dedicação especial de certos servidores na sua conclusão, razão pela qual autorizar um procedimento licitatório sem que de fato seja preciso implica em evidente violação ao princípio da eficiência, podendo gerar prejuízos ao erário.

Veja que o art. 18 da Lei nº 14.133/21 descreve um rol extenso de exigências a serem cumpridas pelos agentes públicos na fase preparatória, especialmente voltada à melhor definição técnica do objeto, melhor estabelecimento das necessidades da Administração, objetivamente definidas nessa etapa, evitando a aquisição de bens qualitativamente imprestáveis para as finalidades expostas pela administração ou quantitativamente insuficientes ou superdimensionados frente às necessidades da Administração Pública. A eficiência neste ponto parece ser o objetivo principal, daí porque o rol extenso de exigências feitas pelo legislador. É importante que se diga que o rol estabelecido no art. 18 da Lei de Licitações não é exaustivo, podendo ser ampliando ou mesmo reduzido justificadamente pelos agentes públicos envolvidos na preparação do procedimento.

Na mesma toada, de fazer valer o princípio da eficiência, mas também em imprimir maior impessoalidade e publicidade aos processos de licitação, o art. 19 da Lei nº 14.133/21 prevê a centralização do procedimento em órgão tecnicamente preparado, bem como a padronização dos instrumentos e atualização de sistemas eletrônicos, o que no caso do pregão, que deve ser preferencialmente eletrônico, é de extrema importância.

Como o pregão eletrônico se destina a contratação de produtos e serviços de natureza comum, é de grande valia a observação contida no art. 23 da Lei Geral de Licitação, já que estabelece como critérios de definição do valor estimado da contratação, a busca em bancos de dados públicos e as quantidades necessárias, considerando a influência da economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. No caso do pregão, onde o preço é o principal critério de julgamento, sendo a melhor proposta aquela definida pelo menor preço apresentado nos lances pelos participantes, é de suma importância que todas as condições específicas relativas ao objeto, como economia de escala, condições de execução e

quantidade sejam minuciosamente definidas e consideradas, uma vez que impactarão positivamente ou negativamente na definição das propostas.

Definidos os critérios relativos ao objeto (qualitativo e quantitativo) e estimados os valores da contratação, será definida a modalidade de licitação a ser adotada. Com isso o edital de licitação será elaborado e, nos termos do art. 25 da Lei de Licitações, apresentará a todos que interessados forem, a intenção da Administração em contratar determinado objeto, as características necessárias, as condições e qualidades exigidas do contratante, os valores estimados e todas as demais informações indispensáveis para que as pessoas físicas ou jurídicas, que pretendam contratar com a administração, elaborem suas propostas e colham os documentos de habilitação, e modo a se apresentarem como licitantes na data previamente definida.

O edital, assim elaborado, deve conter cláusulas e requisitos que viabilizem a melhor contratação possível para o Poder Públicos, bem como que promovam a maior segurança e garantia acerca da futura execução contratual, desde que tais cláusulas não impliquem em prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato. É imperioso, que todos os elementos e documentos que componham o edital estejam à disposição dos interessados, bem como que sejam publicados no site oficial do órgão interessado na contratação, sem qualquer condição imposta para acessá-los, dando plena publicidade do seu conteúdo e garantindo a transparência relativamente aos seus termos.

O legislador, ao definir as cláusulas obrigatórias a serem observadas no edital, não deixou de garantir a observância do princípio da economicidade ao determinar que as questões relativas ao reajustamento de preços sejam expressamente previstas no edital, assim como prazos de duração e responsabilidades atribuídas ao contratado, de modo que tais questões afetarão diretamente na definição dos preços e proporcionar economia e garantir a execução contratual.

O princípio do desenvolvimento sustentável, previsto expressamente no art. 5º da Lei de Licitações, corolário dos princípios da isonomia e da eficiência, também encontra morada nos dispositivos legais que preveem as cláusulas do edital, permitindo que a Administração Pública preveja condições que impliquem benefícios ou exigências a serem cumpridas, no futuro, pelo licitante vencedor, que impliquem em favorecimento das minorias, políticas de inclusão ou proteção do meio ambiente.

É bom salientar que em razão da previsão expressa do princípio do desenvolvimento sustentável, aliado ao princípio da eficiência, a Administração tem o dever de buscar, sempre que possível, a inclusão de cláusulas que prestigiem contratados que tenham políticas de desenvolvimento sustentável em vigor, implicando em tratamento desigual decorrente da desigualdade positiva para a sociedade e para o interesse público.

Todo esse arcabouço documental, formulado na fase preparatória, será encaminhado à apreciação da assessoria jurídica do órgão responsável pela contratação. Nessa etapa será elaborado parecer jurídico que avaliará a legalidade do procedimento, nos termos do art. 53 — e respectivos parágrafos —, bem assim o art. 10, todos da Lei nº 14.133/2021.

No que se refere a essa temática, a nova redação da Lei de Licitações parece dar maior ênfase e até mesmo nova perspectiva acerca do papel do advogado parecerista nos autos da licitação. A manifestação jurídica obrigatória, nos termos do art. 53 da Lei de licitações, alça seu conteúdo da posição de mera opinião jurídica, para manifestação mais densa, ultrapassando a mera verificação formal, seguindo até mesmo pelas questões “de fato e de direito” que foram consideradas na sua manifestação.

E não é demais considerar que o art. 10 da Lei nº 14.133/21 vincula o parecerista à defesa dos atos praticados de acordo com a opinião por ele emitida em parecer, de modo que ainda que não tenha caráter decisório, pode fazer parte da decisão proferida pela autoridade competente com base em seus apontamentos.

Ao fim da fase preparatória, realizada a análise da legalidade do procedimento, nos termos do art. 53 da Lei de Licitações, cabe ao órgão da Administração Pública responsável pela contratação, dar publicidade ao edital, com a maior amplitude possível. O edital é o instrumento que faz lei entre as partes, que vincula tanto a Administração Pública, quanto os fornecedores interessados na concorrência, cabendo apenas a sua interpretação conforme os princípios norteadores das atividades da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF/88 e no art. 5º da Lei nº 14.133/21. Como firmou o STJ:

O procedimento licitatório materializa-se por meio de uma sucessão ordenada de atos com o objetivo final de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Tais atos devem estar previamente estabelecidos no instrumento convocatório, cujo teor vincula tanto os

agentes públicos quanto os participantes, a fim de que todos observem suas determinações e saibam antecipadamente como agir no decorrer da licitação, preservando-se, assim, a isonomia e a moralidade. Por este motivo, a lisura de uma licitação depende da total observância às regras do edital, sob pena de se anular qualquer ato contrário ao que foi nele previsto²⁵⁴.

Daí porque o art. 54 estabelece o dever de divulgar e manter disponível o teor do edital e os anexos que o acompanham, no PNCP, destinado a centralização de padronização de contratações, visando maior celeridade e eficiência na identificação de processos licitatórios em andamento, ampliando consideravelmente o horizonte de interessados. Pela redação impositiva presente na lei, parece que o reconhecimento da publicidade do edital está efetivamente condicionado à sua divulgação no PNCP²⁵⁵.

O PNCP, como já referenciado anteriormente, é uma grande inovação trazida pela Nova Lei de Licitações, com a finalidade de empregar maior velocidade aos processos de licitação, unifica-os no território nacional. O edital de licitação, na modalidade pregão, também deve ser divulgado e colocado à disposição nesse portal, conforme regulamentação de operacionalização contida no Decreto nº 10.764²⁵⁶.

Sem prejuízo dessa imposição, o mesmo dispositivo legal, em atendimento ao princípio da impessoalidade e da isonomia, que determina tratamento igualitário a todos os cidadãos, afastadas todas e quaisquer inclinações de interesse pessoais, uma vez que os poderes da Administração Pública devem estar dirigidos em seus atos para as reais finalidades públicas²⁵⁷, o edital deve ser divulgado por outros meios que permitam igual ou maior publicidade dos seus termos, como jornais de grande circulação e sites oficiais.

Como afirma o STF:

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1688226/RJ**, Relator: Min. Francisco Falcão, Sessão Virtual de 01/12/2022 a 07/12/2022, Publicação: 13/12/2022.

²⁵⁵ Veja que o art. 54 determina: “A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)”, onde o verbo “será”, na terceira pessoa do singular do futuro do presente do indicativo, implica na ação de ser, no futuro, como condição para que a publicidade do ato convocatório seja reconhecida para operar seus efeitos (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

²⁵⁶

²⁵⁷ COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 120.

A interpretação do princípio da publicidade não pode desconsiderar o atual estado da arte tecnológico para consagrar uma percepção unidimensional da transparência dos atos administrativos. [...] Afigura-se razoável, portanto, a ponderação realizada pelo Legislador federal, no sentido de priorizar métodos mais baratos e efetivos de publicidade dos editais (i.e. publicação em sítio eletrônico oficial centralizado), mercê da crescente informatização, automatização e digitalização das comunicações, nos dias atuais²⁵⁸.

É importante destacar que o edital não pode conter exigências que configurem formalismos inúteis para a conclusão da licitação. A jurisprudência e mesmo a doutrina têm se posicionado no sentido de que as decisões do gestor, relativamente às exigências legais, que extrapolam a razoabilidade pela ampla utilização do rigor formal são irregulares, como se extrai do seguinte julgado do TCU:

A irregularidade foi caracterizada a partir da inabilitação do instituto em virtude da apresentação de cópias não autenticadas. É pacífico o entendimento do tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à comissão julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame²⁵⁹.

No mesmo sentido vem se firmando ao longo dos anos a jurisprudência do C. STJ:

2. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que, “nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93, ‘A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’” (MS 17.361/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 1/8/2012).

3. A despeito da necessária vinculação aos instrumentos convocatórios, “rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir à interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º)” (REsp 797.170/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 7/11/2006). Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1.620.661/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/8/2017²⁶⁰.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

²⁵⁹ TCU – Acórdão 3340/2015 – Plenário.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 62.150/SC**, Relator: Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgamento: 8/6/2021, Publicação: 21/6/2021.

O pregão, como já dito, pode ser realizado no formato eletrônico ou presencial. No âmbito da União, a regra já era a utilização preferencial do pregão no formato eletrônico. Entretanto, especialmente no âmbito dos municípios, especialmente nos menores, o pregão presencial ainda era utilizado como modalidade de licitação mais comum. Contudo, com o advento da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 – o pregão eletrônico vira regra. Tal imposição observa plenamente o princípio da impessoalidade, já que amplia o universo de participantes, amplia a concorrência permitindo a participação a partir de qualquer lugar, também dá lugar ao princípio da publicidade, já que permite a ampla participação e fiscalização pela sociedade e órgãos de fiscalização e dá transparência aos documentos, valores envolvidos, decisões e lances apresentados pelos interessados. O princípio da moralidade também está contemplado, já que o uso de sistemas eletrônicos permite o acompanhamento direto pelos participantes, registra imediatamente os atos praticados e evita artifícios por vezes adotados com a finalidade de favorecer este ou aquele participante.

Trata-se de entendimento que vem ao longo dos anos permeando o Tribunais de Conta da União e o Superior Tribunal de Justiça, que implica em verdadeira ponderação de princípios, aplicando no caso concreto um formalismo moderado, dando maior peso ao princípio da razoabilidade e da eficiência, privilegiando a proposta mais vantajosa, em detrimento do princípio da legalidade, ao da vinculação ao instrumento convocatório e ao do julgamento objetivo.

Contudo, a adoção do formalismo moderado nem de longe pode implicar em prejuízos a terceiros ou em favorecimentos sob pena de violar o princípio da impessoalidade e da moralidade.

No âmbito público, a aplicação de tecnologias na atuação estatal visa a melhor gestão dos serviços e da gestão pública em geral. Essa atuação comumente designada por “e-Governança” tem como áreas: (i) a e-Administração Pública, que pressupõe a melhoria dos processos governamentais e do trabalho interno do setor público com a utilização de TICs; (ii) os e- Serviços Públicos, que têm como objetivo a melhoria na prestação de serviços ao cidadão; (iii) a e- Democracia, que visa maior

e mais ativa participação do cidadão por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação no processo democrático²⁶¹.

Isso não significa, contudo, que de forma justificada e excepcional não possa, o Poder Público, adotar o pregão na forma presencial. Considerando a amplitude do nosso território e a disparidade estrutural entre as Administrações Públicas dos diversos territórios, havendo justa razão pode o órgão contratante adotar a modalidade presencial. Atende ao princípio da legalidade a decisão justificada, fundamentada em razões de fato e de direito que impeçam a utilização da modalidade eletrônica, que adota o pregão na forma presencial.

O pregão presencial, modalidade mais comum durante a vigência da Lei nº 8.666/93, embora a forma eletrônica já existisse, é um procedimento utilizado para aquisição de bens e serviços pelos órgãos públicos onde os fornecedores, interessados em participar do certame, se reúnem presencialmente em um local e hora determinados e realizam lances verbais com a finalidade de oferecer o melhor preço.

Ainda que menos segura e transparente do que versão eletrônica, é uma modalidade de licitação utilizada no contexto das compras públicas, que foi introduzida no país pela Lei nº 10.520/02, com o objetivo de promover a competitividade, a transparência e a eficiência em uma licitação.

Embora na prática as duas formas do pregão, eletrônico e presencial, sejam diferentes, é certo que possuem substancialmente semelhanças. Ambas, guardadas as devidas proporções, se caracterizam pela agilidade, já que o procedimento adotado é mais célere comparativamente às outras modalidades de licitação. O procedimento, menos complexo (não menos seguro), prevê a possibilidade dos interessados em determinado dia e hora realizarem lances verbais ou eletrônicos e a dinâmica da competição que acontece de forma imediata, permitem que todo o processo de contratação ocorra em um espaço de tempo que pode ser considerado curto na prática da Administração Pública.

A competição é outra característica estimulada no procedimento licitatório na modalidade pregão, seja ele eletrônico ou presencial. Os fornecedores interessados têm apenas uma oportunidade de oferecer lances que superem em vantajosidade os

²⁶¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209–242, 2020.

demais, levando-o ao arremate do objeto. Há uma disputa direta entre os presentes, estimulada pelo agente condutor do certame, com a finalidade de obter os preços mais vantajosos para a Administração Pública.

É das modalidades de licitação mais transparentes, uma vez que os principais atos decisórios, são realizados pelo pregoeiro, responsável por sua condução, às vistas dos fornecedores participante e de quem mais tenha interesse em acompanhar as sessões. Há pleno atendimento ao princípio da publicidade na sua vertente da transparência, na medida em que os licitantes estão presentes fisicamente ou eletronicamente, acompanhando as ofertas dos concorrentes, garantindo a clareza das negociações.

O princípio da economicidade está contemplado também nesta modalidade de licitação. Ora, o pregão, eletrônico ou presencial, além de dificultar a manipulação de resultados, graças à sua transparência, possibilita que os interessados ofertem seus lances verbais e reduzirem seus preços a medida em que se acirra a competição, permitindo ao Poder Público alcançar resultados mais econômicos para atender aos seus objetivos.

É certo que uma oferta mais econômica não pode representar uma proposta inexecutável. A Administração Pública deve buscar um equilíbrio entre efetivar a contratação mais vantajosa e ter segurança qualitativa e quantitativa do atendimento e cumprimento do objeto contratado. De todo modo a sua finalidade é a otimização dos recursos financeiros e a maximização do uso dos recursos públicos. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles²⁶² disciplina que:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A simplicidade do procedimento previsto para a realização do pregão, especialmente o eletrônico, é responsável pelo vasto universo de empresas que se apresentam nas licitações que são diariamente deflagradas. A prescindibilidade de aparato técnico complexo ou dispendioso permite a participação de empresas dos

²⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98.

mais variados perfis, desde que estejam de acordo com as exigências de habilitação previstas no edital. É uma modalidade, portanto, que se caracteriza pela ampla participação e competitividade.

Isso evidentemente contribui para a concretização do princípio da concorrência, corolário do princípio constitucional da impessoalidade, já que amplia consideravelmente o universo de administrados, a concorrência e a diversidade de fornecedores, promovendo a inclusão de pequenas e médias empresas nas contratações públicas.

Nesse mesmo segmento de valores, trata-se de um procedimento relativamente simples e de fácil compreensão, tanto para os fornecedores que participam dos certames, quanto para a Administração Pública ou sociedade que interessada busca acompanhar as sessões.

Como já mencionado, o Brasil é um país de muitas disparidades, de modo que o pregão se apresenta como uma modalidade de licitação apropriada para garantir a lisura da contratação, a moralidade, a economia, a isonomia, podendo ser conduzida por órgãos públicos de quaisquer estruturas, desde as mais simples, àquelas mais bem estruturadas. Permite também, em razão da dinâmica do processo e da clareza das regras, a participação de empresas dos mais variados portes, mesmo aquelas que não têm experiência prévia em licitações.

A diferença fundamental entre o pregão presencial e o pregão eletrônico está na forma como são realizados. O primeiro de maneira física, em um local determinado, e o segundo por meio de uma plataforma eletrônica na internet. Na forma presencial, em data e hora determinados, há o recebimento de envelopes contendo as propostas, seguidas da apresentação de lances verbais nas negociações, para, posteriormente à definição do concorrente vencedor, proceder à análise do segundo envelope, destinado à habilitação da empresa vencedora, nos termos do edital. No pregão eletrônico, todo o procedimento mencionado ocorre na forma online, por meio de uma plataforma eletrônica de licitações, onde todos os atos e manifestações dos participantes ficam registrados em atas virtuais, e os documentos são enviados na forma de arquivos, para posterior análise pelos agentes competentes. Os licitantes têm acesso à plataforma eletrônica de qualquer lugar com acesso à internet, permitindo a participação remota e eliminando a necessidade de deslocamento físico e os custos.

Como se pode notar, embora existam diferenças na forma de realização, na essência, tanto o pregão presencial quanto o pregão eletrônico seguem as mesmas regras e princípios estabelecidos pela legislação brasileira de licitações. E como já dito anteriormente, o Poder Público, ao optar pelo pregão como modalidade de licitação a ser adotada, deve optar como regra pelo pregão na forma eletrônico, como determina a Nova Lei de Licitações em seu art. 17, § 2º, positivando entendimento que já era compartilhado pelos Tribunais de Contas.

Todo procedimento licitatório deve ser conduzido por agentes públicos que ficarão responsáveis pela totalidade ou por parcelas dos atos realizados com a finalidade de levar a aba o procedimento licitatório e ao final chegar à contratação desejada.

Determina o princípio da segregação das funções que as principais fases do procedimento licitatório, bem como seus principais atos decisórios, sejam atribuídas como competência para agentes públicos diversos. O TCU define a segregação de funções como o ato de “repartir funções entre os agentes públicos cuidando para que um mesmo indivíduo não exerça funções incompatíveis entre si, de modo a reduzir o risco de erro ou fraude”²⁶³. Consiste, portanto, na separação das funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização, como atribuição para servidores diferentes, como forma de evitar conflitos de interesses e ampliar o controle, já que impede que exerçam atividades incompatíveis, como executar e fiscalizar uma mesma atividade.

E o § 1º, do art. 7º, da Lei nº 14.133/21 define como fazer esta divisão, uma vez que prescreve que é “vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”.

Dispõe o art. 8º da Lei nº 14.133/21 que:

A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial Básico de Governança**: Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. Versão 2. Brasília, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/governanca/entendendo-a-governanca/referencial-de-governanca/> Acesso em: 15 jul. 2024.

impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação²⁶⁴.

Isso, excepcionando, entretanto, no § 5º, a modalidade de licitação pregão, onde a condução do procedimento licitatório ficará a cargo do pregoeiro.

Desta forma, interpretando os dois dispositivos mencionados, e consagrando o princípio da segregação das funções, é preciso considerar quatro grandes fases do procedimento de contratação pública, quais sejam: (i) planejamento, (ii) seleção do fornecedor, (iii) gestão e fiscalização do contrato administrativo e (iv) pagamento.

Então deve ser designado um pregoeiro, preferencialmente não atuante nas fases de planejamento, gestão e pagamento, que será o responsável pela seleção do fornecedor, desde a publicação do edital, até a homologação do vencedor, cabendo a servidores distintos a condução das demais etapas da licitação. Esta identificação funcional, com a individualização da conduta de cada agente atuante no certame, é de suma importância para eventual responsabilização por vícios identificados no procedimento licitatório.

Não se pode olvidar que toda violação à ordem jurídica, mesmo por agentes públicos, está sujeita a responsabilização, conforme a natureza da infração (se administrativa, se cível, se criminal), entretanto, nem toda ilegalidade ocorrida na prática dos atos administrativos, necessariamente leva à responsabilização e sanção do agente responsável. Por vezes a anulação do ato atinge o objetivo de sanar o problema.

Importa lembrar, neste ponto, que o art. 28 da LINDB determina expressamente que a responsabilização dos agentes públicos por atos de violação ao ordenamento jurídico, só ocorre em casos em que os agentes atuem com dolo ou erro grosseiro, sendo que nos termos do § 6º do art. 37 da CF/88, a responsabilização civil, com o respectivo dever de reparar o dano, pode decorrer de ato praticado com dolo ou culpa, ainda que não seja grave.

No caso de eventual responsabilização por ato de improbidade, nos termos do que dispõe muito claramente a Lei nº 14.230/21, a configuração do ilícito exige ofensa à ordem jurídica especialmente qualificada pelo legislador como improbo, nos

²⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

termos do que tipificam os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Como afirma Marcio Cammarosano:

Ora, na medida em que o pressuposto comum de toda e qualquer responsabilização reside numa ofensa à ordem jurídica, numa ilegalidade, não basta que constatada esta, no setor público, se possa concluir ipso facto, pela ocorrência de improbidade. [...] em sendo a moralidade uma moral jurídica – valores morais juridicizados – pode haver ilegalidade sem ofensa à moralidade, mas ofensa à moralidade pressupõe ofensa à ordem jurídica, ofensa agravada, portanto²⁶⁵.

Como se pode notar, os agentes que atuam no procedimento licitatório, em todas as suas etapas, são de fato responsáveis pelos resultados dos seus atos e pelos vícios sanáveis ou insanáveis decorrentes de sua atuação, que deverá estar objetivamente definida entre as diversas etapas percorridas no decorrer do procedimento. É a aplicação do princípio da segregação das funções na prática, uma vez que impõe a divisão dos principais atos em diferentes agentes, permite a individualização das condutas e a correta responsabilização pelos atos violadores da ordem jurídica, conforme a gravidade e o aspecto subjetivo presente na conduta.

O pregoeiro será designado pela autoridade superior entre os integrantes do quadro de servidores do órgão ou entidade responsável pela licitação, como determina a Lei nº 14.133/21 em seu art. 8º. As atribuições do pregoeiro, portanto, como agente condutor do processo de escolha do fornecedor, uma vez designado pela autoridade superior, é dirigir a sessão de julgamento, o processo de apresentação das propostas, oferta de lances pelos interessados, a habilitação do vencedor, até o momento da adjudicação do objeto vencedor do certame. E é importante que se diga que da redação do art. 8º, § 5º, da Lei nº 14.133/21, é o único agente responsável por esta fase, ainda que seja possível receber auxílio técnico de outro agente ou comissão.

Suas atribuições, de modo geral, incluem a condução da sessão pública do pregão, seja ela presencial ou eletrônica, receber impugnações ou consultas, examinar e decidir sobre os pedidos de esclarecimentos ao edital e anexos, podendo dialogar com os setores responsáveis pela elaboração, analisar as propostas de acordo com os requisitos do edital, coordenar e julgar as condições de

²⁶⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **Inovações na tipificação do ato de improbidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

habilitação, proceder ao saneamento de vícios que não alterem a substância das propostas, receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão, definir o vencedor do certame e por fim adjudicar o objeto, encaminhando o processo devidamente instruído para a autoridade competente para a homologação.

Extraí-se das atribuições, portanto, que cabe ao pregoeiro a função de coordenar todo o processo licitatório, desde a sessão de pregão na data designada em edital até a homologação do resultado pela autoridade competente, para que ele seja concluído com sucesso. E embora deva ter conhecimento sobre o objeto licitado, de forma a ter uma boa atuação, por conta do princípio da segregação de funções não deve atuar na fase preparatória, como já decidiu o TCU:

9.4.1. a previsão, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às atribuições de sua estrita competência, [...] afronta o princípio de segregação de funções adequado à condução do pregão, inclusive o eletrônico, e não encontra respaldo nos normativos legais que regem o procedimento²⁶⁶.

E, por consequência, *prima facie*, não são responsáveis por erros de planejamento ou exigências excessivas contidas no edital, provenientes da fase de preparação, conforme já definiu também o TCU²⁶⁷.

Como dito, o edital é o instrumento que define os termos e condições da licitação, bem como estabelece expressamente os marcos temporais a serem observados pela Administração e pelos fornecedores interessados em contratar com o Poder Público. Os prazos mínimos previstos no art. 55 da Lei de Licitações, entre a divulgação do edital e a apresentação das propostas e lances, conforme o critério de julgamento a ser adotado no pregão eletrônico deve ser rigorosamente observado em atendimento ao princípio da isonomia, conferindo a todos os interessados tempo suficiente para a preparação cuidadosa das respectivas

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3381/2013**, Plenário, Processo 016.462/2013-0, Relator: Cons. Valmir Campelo, Sessão: 04/12/2013.

²⁶⁷ Nesse sentido são os precedentes do TCU: “Exigências para habilitação são inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não devem ser imputadas a pregoeiro ou a membros de comissão de licitação, designados para a fase de condução do certame” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3213/2019**, 1ª Câmara, Processo 005.848/2015-6, Relator: Benjamin Zymler, Sessão: 16/04/2019).

“O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.389/2006**, Plenário, Processo 020.747/2005-3, Relator: Ubiratan Aguiar, Sessão: 06/12/2006).

propostas que possam refletir condições possíveis de serem cumpridas, reduzindo os riscos da administração.

O objeto deve estar bem definido no edital, com todos os pormenores que venham a atuar de forma determinante no custo do produto ou serviço a ser fornecido, como determina a Súmula 177 do TCU, ao enfatizar que:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demanda uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão²⁶⁸.

Na sessão de julgamento, presencial ou eletrônica, designada previamente no edital, os licitantes entregam os envelopes ou arquivos contendo suas propostas comerciais e os documentos de habilitação, devidamente lacrados e identificados. A comissão de licitação realiza a abertura dos envelopes ou arquivos contendo as propostas dos licitantes e são lidos e registrados os valores das propostas apresentadas.

Em seguida, terá início a etapa de lances verbais ou eletrônicos, onde os licitantes têm a oportunidade de fazer ofertas na forma de lances sucessivos com a finalidade de redução dos seus preços originariamente apresentados, de forma clara e audível, conforme as regras previamente estabelecidas no edital. É possível que os lances sejam estimulados pelos agentes na forma de negociação com os proponentes, estimulando a redução saudável dos valores das ofertas, o que pode ocorrer mediante ajustes nas propostas, eventual esclarecimento sobre as condições de contratação ou outros fatores que possam atuar diretamente na montagem do preço contido nas propostas. Entretanto, tal negociação não pode nem de longe implicar em alteração substancial dos termos do edital, ao qual estão vinculados tanto os fornecedores quanto a Administração.

Ponto que invariavelmente levanta questionamentos é o que refere a eventual presença de apenas um interessado na sessão de julgamento do pregão. Considerando tratar-se de modalidade que se baseia na existência de uma

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 177**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-177-tcu/> Acesso em: 05 ago. 2024.

competição baseada na oferta de lances, estaria prejudicada a sua legitimidade ante a ausência de mais de um competidor? Em casos que tais, dada a impossibilidade da realização da fase de lances, a negociação será o instrumento adequado para o pregoeiro negociar com esse único participante visando buscar condições ainda mais vantajosas para a Administração. Mesmo no caso de restar infrutífera a negociação, desde que a oferta desse único licitante se encontre dentro dos parâmetros do mercado e reflitam vantajosidade para o Poder Público, já que o princípio da competitividade previsto no art. 5º da Lei de Licitações deve ser observado em consonância com o princípio constitucional da eficiência administrativa²⁶⁹.

No mesmo sentido é a doutrina de Adilson de Abreu Dallari²⁷⁰ para quem “a qualidade da proposta independe do número de proponentes”, de maneira que na presença de apenas uma proposta que satisfaça plenamente o objeto licitado, a invalidação do certame pode altamente danosa para a Administração, em razão do tempo perdido e das despesas com a sua renovação, não havendo garantias de alteração do cenário relativamente ao número de licitantes. Havendo apenas uma proposta viável pode-se, imediatamente, passar à fase seguinte.

E nesse ponto é importante mencionar que o pregão admite como critérios de julgamento da proposta o menor preço e o maior desconto, previstos no art. 33, I e II, da Lei nº 14.133/21. A definição do critério de julgamento deve considerar o objeto licitado e as particularidades do contrato e enseja a vinculação da Administração Pública no momento da seleção das propostas.

O menor preço é o critério mais tradicional e utilizado em contratações cujo objeto pode ser claramente definido em suas especificações técnicas. Por este critério o vencedor será aquele que apresentar o valor mais baixo e nos termos do art. 34, atender aos parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital. Vale mencionar que a Lei nº 14.133/21 inova ao determinar em seu art. 23 que o valor previamente estimado da contratação deve guardar compatibilidade com os valores praticados pelo mercado, de acordo com bancos de dados públicos e as

²⁶⁹ Esse é o entendimento firmado pelo TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2529/2021**, Plenário, Processo 037.472/2021-6, Relator: Min. Cons. Raimundo Carreiro, Sessão: 20/10/2021.

²⁷⁰ DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos das licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 135-136.

quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Já o critério de maior desconto, cabível principalmente para a compra de bens ou contratação de serviços que disponham de preço de referência ou tabela de preços estabelecidas no mercado, seleciona o interessado que oferece o maior desconto sobre os preços de referência. Terá como sempre como valor de referência o preço global fixado no edital (art. 24, parágrafo único) e o desconto será adotado também para eventuais termos aditivos, conforme determina o art. 34, § 2º, da Lei nº 14.133/21, vinculando o proponente até o encerramento do contrato. No que se refere à melhor interpretação dos termos do art. 34, parece ser compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entender que se eventos futuros indicarem desvirtuamento considerável dos valores praticados no mercado, o desconto deve ser reconsiderado, sob pena de tornar excessivamente oneroso o cumprimento do contrato para o fornecedor.

O art. 59 da Lei de Licitações e Contratos prevê os casos em que a proposta se apresenta em desacordo com o edital, razão pela qual deve ser desclassificada. São elas i) a presença de vícios insanáveis; ii) a desobediência às especificações técnicas pormenorizadas no edital; iii) que forem inexequíveis, não demonstrarem a exequibilidade quando solicitado ou estiverem acima do orçamento estimado para a contratação; v) estiverem em desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A mais comum delas é que merece detida atenção do pregoeiro, na condução de seus trabalhos é a exequibilidade da proposta, ou seja, aquela se a proposta se mostra capaz de apresentar alguma compensação financeira, levando em consideração custos e encargos contratuais, sustentando o contrato. O contrário disto é a proposta inexequível, ou seja, aquela que não traz compensação financeira para o proponente, de modo que a médio ou longo prazo, não será capaz de sustentá-la, deixando de cumprir o contrato. Nesse caso haverá prejuízo para a Administração, porque o que ela quer é que o serviço seja prestado a um preço justo. Aceitar uma proposta inexequível implica em desobediência ao princípio da economicidade e da vantajosidade.

O art. 59, em seus parágrafos, traz critérios objetivos capazes de definir se a proposta é inexequível. Contudo, equilibrando o princípio da economicidade, positivado em tais dispositivos, com os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, também incidentes sobre os processos licitatórios, o STJ firmou posição no sentido de que tais critérios não são absolutos:

A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecuibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecuibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível²⁷¹.

E a redação do art. 59 da Lei nº 14.133/21 parece sedimentar este entendimento na medida em que, no inciso IV, aponta como razão de desclassificação a não comprovação da exequibilidade, nos termos determinados pela Administração, abrindo espaço portanto para que o órgão licitante, na existência de dúvidas sobre o valor da proposta, diligencie em termos de confirmar se poderá ser cumprido em sua integralidade pelo proponente.

Finalizada a etapa de lances, passa-se, então, para a etapa de habilitação, onde a toda a documentação de habilitação do licitante que ofereceu o menor preço ou daquele que tenha apresentado a proposta mais vantajosa, de acordo com os critérios estabelecidos no edital será verificada pelo pregoeiro e por sua equipe de apoio.

Nesta etapa serão apreciados critérios de habilitação também descritos no edital, visando avaliar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, no seu aspecto (i) jurídico; (ii) técnico; (iii) fiscal, social e trabalhista e (iv) econômico-financeiro.

A Lei nº 14.133/21 limita, nos arts. 66 a 88, o universo de exigências ao alcance da Administração para a verificação de tais capacidades, sendo que a Súmula TCU 263²⁷² estabelece que a comprovação da capacidade técnico-

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 965.839/SP**, Primeira Turma, Relator: Min. Denise Arruda, Julgamento: 15/12/2009, Publicação: 02/02/2010.

²⁷² Súmula 263: “Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a

operacional das licitantes deve limitar-se às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado. Os critérios de habilitação também devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado e a duração do contrato²⁷³, sendo seu objetivo minimizar os riscos de a administração contratar empresas que acabem não conseguindo cumprir o contrato durante todo o seu período, e não reduzir o universo de empresas capazes de atender a Administração Pública com imposições restritivas sem fundamento, em clara violação ao princípio da concorrência.

O art. 64 da Lei Federal nº 14.133/21 prevê a possibilidade de complementação de informações e atualização de documentos, dando margem para que a comissão de licitação saneie vícios ou falhas identificadas nessa fase que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, evidenciando uma vontade legislativa de prezar pela verdade material ao rigorismo formal.

Esta previsão está de acordo com as novas perspectivas da jurisprudência no sentido de afastar o formalismo desnecessário mantendo apenas o procedimento formal indispensável para a boa contratação. A nova lei de licitações consagrou expressamente o formalismo moderado no art. 12, inciso II, ao dispor que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:
(...) III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

Uma análise sistemática dos dispositivos legais acima mencionados, art. 12 e art. 64 da Lei de Licitações, impõe a prevalência do princípio da eficiência e da

dimensão e a complexidade do objeto a ser executado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 263**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/sumula/*/NUMERO%253A263/sinonimos%253Dtrue Acesso em: 05 ago. 2024).

²⁷³ A jurisprudência do TCU é no sentido de que a exigência de tempo de experiência deve ser compatível com a complexidade do objeto e com a vigência contratual (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 503/2021**, Plenário, Processo 029.273/2020-0, Relator: Min. Cons. Augusto Sherman Sessão: 10/03/2021; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.870/2018**, Plenário, Processo 040.330/2018-4, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Sessão: 05/12/2018; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.785/2019**, Plenário, Processo 027.553/2019-1 Relator: Raimundo Carreiro, Sessão: 20/11/2019.

economicidade, sobre a legalidade estrita. Nesse caso a exigência de formalismo deve ser analisada diante das características do caso concreto, considerando os princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa.

As exigências relativas à capacidade técnica devem guardar relevância e coerência com o objeto e com os riscos decorrentes da licitação, devendo ser rigorosamente justificadas pelo órgão, com a demonstração de que o requisito escolhido é de fato indispensável para o sucesso da contratação, em função da vigência contratual e das peculiaridades do objeto, bem como do seu impacto na competitividade do certame.

Insta salientar que relativamente à etapa de habilitação é permitido que seja diligenciado para, eventualmente, sanar vícios nos documentos apresentados pelo licitante vencedor, nos termos do art. 64 da Lei de Licitações, com a finalidade de (i) complementar informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame e (ii) atualizar documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas. Tal diligência deve ter a nítida finalidade de sanar erros ou falhas, sem alteração da substância dos documentos e sua validade jurídica, conforme decisão acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

Com a declaração do licitante vencedor pelo pregoeiro, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, apresentando a proposta com suas razões no prazo de 3 dias ou mais, se previsto no edital. No mesmo prazo, os licitantes que ficam intimados desde logo, pode apresentar contrarrazões, contados a partir do término do tríduo concedido ao recorrente, sendo-lhes assegurado vista dos autos para tanto, os termos do art. 165 da Lei nº 14.133/21.

Vencida a etapa de habilitação, com a definição do licitante detentor do melhor preço e habilitado para contratar com a administração, nos termos do edital, é feita a adjudicação, ou seja, a declaração de que o licitante vencedor é o fornecedor escolhido para a contratação. Por fim, a autoridade competente homologa o resultado da licitação para posterior contratação do fornecedor vencedor.

Relativamente à identificação de irregularidades formais no procedimento licitatório na modalidade pregão, o STF já firmou entendimento ao julgar o RMS 23.714 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence²⁷⁴, que mera irregularidade formal, mesmo na proposta, passível de ser sanada sem alteração substancial do seu conteúdo, não implica em desclassificação da proposta vencedora.

Convém mencionar que a Nova Lei de Licitações traz em seu conteúdo diversos dispositivos legais que reflete uma maior preocupação em fazer valer o princípio do desenvolvimento sustentável, com a adoção de medidas capazes de promover o desenvolvimento de segmentos sociais que foram, ao longo da história, desprestigiados em termos de relações jurídicas firmadas com o Poder Público.

Entre essas posturas podemos indicar como significativamente importante em procedimentos licitatórios que adotam a modalidade pregão, aquela que visa beneficiar as MEs e EPPs. Como mencionado acima, por se tratar de modalidade de licitação menos complexa, menos custosa e mais célere, o pregão se apresenta como uma porta de entrada de grande interesse para empresa dos mais variados portes. E nesse aspecto pode ser uma excelente oportunidade para o maior desenvolvimento das MEs e EPPs.

A Lei nº 14.133/21, em seu art. 4º prevê a aplicação a todas as modalidades de licitações e contratos nela disciplinados as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da LC nº 123/06, que estabelece normas relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às MEs e EPPs no âmbito do Poder Público, sempre que a licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços tenha valor estimado inferior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte e em se tratando de contratação de obras e serviços de engenharia, o valor estimado seja inferior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Consideram-se MEs ou EPPs a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, dentro dos limites

²⁷⁴ “EMENTA: Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 23714/DF**, Primeira Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Publicação: 05/09/2000).

estabelecidos no art. 3º da LC nº 123/06, entre critérios que envolvem desde a atividade desenvolvida até a receita bruta da empresa auferida no exercício.

Nas contratações públicas as MEs e EPPs, portanto, farão jus a alguns benefícios, previstos expressamente na Lei, que implicam em tratamento diferenciado e simplificado, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social especialmente em âmbito municipal e regional, a aumentar a eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Nessa toada temos que as MEs e EPPs, no processo licitatório, dispõe do benefício de receberem o pagamento devido sem a observância da ordem cronológica das obrigações conforme determina o art. 141, § 1º, II, da Lei nº 14.133/21, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao Tribunal de Contas competente, com a demonstração do risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato.

Outra vantagem prevista, dispõe que no caso da participação, em certame licitatório, de consórcios compostos, em sua totalidade, de Microempresa e Empresas de pequeno porte, não se aplica o acréscimo de 10% a 30% sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, conforme distingue o art. 15, § 2º, da Lei Geral de Licitações.

O Poder Público deverá, ainda, estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de MEs e EPPs. E em caso de subcontratações, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às MEs e EPPs subcontratadas.

Entretanto, diferentemente do que ocorria na redação anterior da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Nova Lei de Licitações traz limitações para o acesso a tais benefícios, impondo a não aplicação quando os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as MEs e EPPs não forem expressamente previstos no instrumento convocatório, quando no ano-calendário de realização da licitação, a Microempresa ou empresa de pequeno porte tenha celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das MEs e EPPs somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, sendo possível apresentar a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição, sendo assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da sua declaração como vencedor do certame, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. A condição de MEs e EPPs também é critério de desempate, tendo preferência de contratação.

Como se pode notar, há critérios que beneficiam e estabelecem vantagens para as MEs e EPPs, nos processos de licitação deflagrados pelo Poder Público em geral, sendo que no pregão a participação de tais segmentos se faz cada vez mais comum, de forma que o desenvolvimento sustentável se reflete no maior desenvolvimento social especialmente em âmbito regional e municipal.

Em razão das características próprias dos objetos que podem ser licitados pela modalidade pregão, na forma eletrônica ou presencial, especialmente por serem bens e serviços comuns, comparáveis entre si e possíveis de serem escolhidos somente com base nos preços ofertados e não necessitarem de avaliação complexa, é possível que o órgão interessado se utilize do sistema de registro de preços²⁷⁵.

Ademais, a conclusão do pregão com a homologação do certame pela autoridade competente, não vincula o órgão licitante ao vencedor, de modo que a autoridade pode anular ou revogar a licitação. A anulação terá vez em caso de vício insanável, já que os vícios sanáveis permitem o retorno dos autos para saneamento das irregularidades constatadas, já a revogação ocorrerá por conveniência e oportunidade, resultante de fato superveniente, justificado e comprovado, garantido o direito de defesa dos interessados.

Nesse sentido decidiu o STJ:

²⁷⁵ Art 6º, inciso XLV – “sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras; [...]” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

Consoante se depreende dos excertos reproduzidos do aresto vergastado, o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos constantes dos autos, dentre eles o edital do Pregão Eletrônico n. 93/2008, concluiu pela legalidade e regularidade da decisão da UFBA de revogação do procedimento licitatório, porquanto a adjudicação do objeto do certame à recorrente redundaria em flagrante desatendimento ao interesse público, uma vez que a administração não estaria contratando a proposta mais vantajosa economicamente, mormente porque já teria ciência que outras empresas poderão ofertar preços melhores e mais condizentes com o do mercado²⁷⁶.

O pregão vem se somar às demais modalidades previstas na Lei nº 14.133/21, e por se apresentar como um procedimento dirigido a contratações de objetos menos complexos, mais democrático e aplicado a qualquer valor estimado de contratação, constitui alternativa a todas as modalidades sempre que se tratar de bem e serviço comum, justificada a sua opção sobre as demais em razões de economicidade, proporcionalidade e razoabilidade, que tragam vantajosidade para o Poder Público contratante.

Vale mencionar que a jurisprudência majoritária caminha para o entendimento de que o controle de legalidade dos atos administrativos é mais amplo, de modo que a discricionariedade administrativa não é imune ao controle judicial, especialmente diante da prática de atos que impliquem restrições a direitos dos administrados, cabendo à Justiça reapreciar os aspectos vinculados do ato administrativo (competência, forma e finalidade, além da razoabilidade e da proporcionalidade)²⁷⁷, universo que se expande com a inclusão dos princípios que regem a Administração Pública, expressamente dispostos no art. 5º da Lei nº 14.133/21.

5.2 Concorrência

A concorrência é modalidade de licitação que já estava contemplada na Lei nº 8.666/93 (art. 22) e que está também prevista na nova redação da Lei de Licitações e Contratos, contendo, entretanto, algumas disposições distintas da redação anterior. Como as demais modalidades de licitação, deve ser realizado

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1918029/BA - 2021/0185331-3**, Segunda Turma, Relator: Min. Francisco Falcão, Julgamento: 26/09/2022. Publicação: 28/09/2022.

²⁷⁷ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.806.617**, Segunda Turma, Relator: Min. Og Fernandes, por unanimidade, Julgamento: 01/06/2021, Publicação: 11/06/2021.

preferencialmente na forma eletrônica, sendo a modalidade presencial exceção à regra, que exige justificativa para ser adotada.

Conforme a definição legal, a concorrência é a modalidade de licitação colocada à disposição de quaisquer interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Como se pode ver, pela descrição do universo de interessados, nota-se que uma das características do procedimento é a universalidade, sendo vedado ao órgão responsável pela deflagração da licitação exigir qualquer tipo de credenciamento ou inscrição preliminar para o concorrente participe da licitação. Isso implica na conclusão de que concorrência se apresenta como a modalidade de licitação mais ampla uma vez que por conta de admitir a maior variação de tipo de licitação, abrange a maioria dos objetos.

Na redação anterior da Lei Geral de Licitações e contratações públicas, Lei nº 8.666/93, atualmente revogada, a concorrência se destinava, grosso modo, às contratações de valores mais elevados. Na nova redação, contida na Lei nº 14.133/21, não é exatamente este o objetivo desta modalidade, já que sua indicação se refere muito mais a objetos com maior complexidade em suas características, de modo a impossibilitar a comparação entre itens apenas com base no preço.

Eros Grau afirma que “a universalidade da lei e os procedimentos legais – embora sempre relativizados em sua aplicação, como eu mesmo anteriormente observei – são conquistas da humanidade das quais não se pode impunemente abrir mão”²⁷⁸, sendo assim, a adoção da modalidade de concorrência para as contratações especiais e relativas a objetos mais complexos, deve observar estritamente o princípio da legalidade, de maneira a indicar rigoroso procedimento, mais cauteloso, impondo uma contratação mais segura e mais garantidora relativamente ao erário.

O art. 6º da Lei nº 14.133/21, no inciso XXXVIII, define a concorrência como a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia”²⁷⁹, alterando o universo de objetos a serem contratados a partir desta modalidade de licitação, afastando-se do critério

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

²⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

econômico e aproximando-se da qualidade do objeto: no caso de bens e serviços, para esta modalidade, devem ser especiais; no caso de serviços e obras de engenharia, podem ser comuns ou especiais, atendendo àquele universo não atendido pela licitação na modalidade pregão.

Sendo assim, em obediência ao princípio da legalidade, a Administração Pública, ao optar por esta modalidade de licitação em suas contratações, deve motivar a escolha identificando o caráter especial do bem ou serviço que pretende contratar, adequando-o ao inciso XIV do art. 6º que conceitua os bens e serviços especiais como “aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante; [...]”²⁸⁰.

Isso significa dizer que são especiais os serviços que possuem natureza desigual ou que apresentam diferenças de estrutura, função, distribuição ou, ainda, que sejam de tal forma complexos em suas qualificações, que impeçam uma comparação direta com outro objeto, apenas baseada no preço de mercado. Veja que a nova redação da Lei de Licitações se apresenta mais alinhada com os princípios da eficiência, da economicidade e da eficácia, já que o valor elevado da contratação, nem sempre implica na impossibilidade de comparação direta entre os produtos com base unicamente no preço, que permite o uso do pregão. As qualidades do objeto, sua complexidade e variáveis é que justificam o emprego da modalidade concorrência, que permite o uso de variados tipos de licitação.

No caso das obras e serviços comuns de engenharia²⁸¹ a Administração poderá adotar tanto a concorrência quanto o pregão, sempre que o critério de julgamento for o de menor preço. Afirmam Celso Antonio Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun e Mauricio Zockun, que:

A lei confere portanto, discricionariedade ao gestor para que ele, diante do caso concreto, escolha qual a melhor solução para atendimento do interesse público no caso da contratação de serviço comum de engenharia: se licitar pela modalidade pregão ou licitar

²⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁸¹ O mesmo não ocorre relativamente às obras e serviços especiais de engenharia, que nos termos do art. 6º, XXXVIII da Lei nº 14.133/21 que impõe o uso da modalidade concorrência, cujos critérios de julgamento são mais amplos.

pela modalidade concorrência, devendo, pois, apresentar justificativas que embasam sua opção²⁸².

Vale acrescentar, neste ponto, que por força da redação do art. 29 da Lei nº 14.133/21, o pregão é a modalidade de licitação obrigatória para a contratação de bens e serviços comuns, e preferencial para as contratações de obras e serviços comuns de engenharia, definidos na alínea “a” do inciso XXI do art. 6º da Lei nº 14.133/21, ainda que outras possam atender ao objeto. Nesse caso a discricionariedade estaria vinculada à demonstração da vantajosidade decorrente da utilização da concorrência em detrimento do pregão, o que, por força do princípio do planejamento, deve ser bem definido na fase preparatória da licitação.

No caso da escolha pela concorrência se fundamentar na imperiosidade de adoção de critérios não afetos ao pregão, também deve cuidar, o condutor do procedimento, de demonstrar efetivamente o a importância do uso dos demais critérios, a indicar a concorrência como melhor opção a disposição do administrador, sob pena de incidir em violação ao princípio da legalidade e ao princípio da eficiência.

Embora o procedimento do pregão e da concorrência seja o mesmo, previsto no art. 17 da Lei nº 14.133/21, algumas características próprias da concorrência (como a possibilidade de condução por uma comissão de licitação) permitem a análise de objetos mais complexos. Não é por outra razão que para a modalidade de licitação concorrência, o legislador adotou uma gama maior de tipos de licitação, ou seja, de critérios de julgamento, que permitem uma comparação mais adequada dos bens e serviços, considerando não só preço oferecido, como também outras qualificações como melhor técnica, melhor conteúdo e outras variações necessárias à melhor contratação, já que o princípio da eficácia, corolário do princípio da eficiência, implica que a vantajosidade da contratação não está apenas na proposta economicamente melhor, como também naquela que representa a melhor satisfação do interesse público por meio da contratação levada a termo. Tem relação, portanto,

²⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN Mauricio. Título II – Das Licitações. Capítulo II – Da Fase preparatória. Seção II – Modalidades de Licitação. In: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 197.

com a qualidade do bem e serviço de atender ao fim pretendido pela administração da maneira mais satisfatória²⁸³.

Daí porque parece coerente que o legislador tenha permitido a junção de critérios no julgamento da concorrência, prevendo como tipos de licitação permitidos na concorrência a) o menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto, o que evidentemente amplia o rol de objetos que podem ser contratados por esta modalidade. E se coaduna com o princípio da eficiência e da celeridade, a interpretação do art. 29 da Lei nº 14.133/21 que indica o pregão como a modalidade de licitação padrão, exatamente em função da objetividade do julgamento, sendo a concorrência a exceção, aplicável aos casos de contratação de bens e serviços especiais e serviços de engenharia e obras, comuns e especiais.

Conforme determina o art. 29 da Lei de Licitações e contratações públicas, a concorrência segue o rito processual revisto no art. 17 do mesmo diploma legal. Isso significa dizer que a concorrência e o pregão seguem o mesmo procedimento, entretanto com as peculiaridades próprias de cada modalidade.

Diferentemente do que decorria da redação contida na Lei nº 8.666/95 que previa a participação de quaisquer interessados na concorrência, vedando a exigência de serem cadastrados previamente no órgão, limitando o universo apenas pela habilitação, afastando aqueles que não atenderem aos requisitos. Pela nova redação, que não traz a expressão “entre quaisquer interessados” que possuam os requisitos mínimos exigidos no edital, a administração pode exigir credenciamento prévio dos licitantes, o que pode significar economia de tempo no processo de contratação.

É possível, além da pré-qualificação técnica, que a Administração se utilize dos instrumentos auxiliares previstos nos arts. 78 e seguintes da Lei nº 14.133/21, como o sistema de registro de preços, o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse e o registro cadastral, o que não significa que não tenha de haver a habilitação do interessado melhor classificado.

A concorrência não se define a partir de lances, como no caso do pregão, mas a partir das propostas apresentadas pelos concorrentes, que serão apresentadas em dia e hora previamente definidos.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 144.

Ao contrário do pregão, que é dirigido pelo pregoeiro, será designado pela autoridade superior um agente de contratação, conforme preceitua o art. 8º da Lei nº 14.133/21, entre os servidores ou empregados da Administração, que será o responsável pelas decisões e pela condução do processo, dando movimento ao procedimento e praticando os atos necessários até a conclusão do certame. Em nome do princípio da eficiência, bem como do planejamento, o agente de contratação contará com o auxílio de uma equipe de apoio, sendo, entretanto, responsável pelas suas decisões, exceto quando induzido a atuar em desacordo com a legislação pela equipe de apoio.

Em se tratando de concorrência, modalidade indicada para a contratação de bens ou serviços especiais, é possível que o procedimento seja conduzido por uma comissão, formada por três membros, que assumirão solidariamente a responsabilidade pelas decisões e atos de movimentação, ressalvados os casos em que a posição contrária do servidor seja expressamente exposta em ata onde conste a decisão. O princípio da segregação das funções, corolário do princípio da impessoalidade e do princípio da eficiência, permite, justamente, a identificação da responsabilidade dos servidores competentes pelos principais atos decisórios praticados no decorrer do procedimento.

É importante que as regras que conduzirão atuação do agente de contratação e os demais servidores atuantes no processo de licitação deverão constar de regulamentos, com a atuação da assessoria jurídica e da controladoria interna em apoio dos servidores no desempenho de suas funções, de maneira que suas decisões sejam adotadas para que a contratação tenha seu melhor desempenho.

Como as concorrências envolvem bens e serviços especiais e objetos de maior complexidade, é possível que a Administração se valha da contratação de empresas ou profissionais técnico-especializados para auxiliar os agentes que conduzem a licitação. Trata-se de medida indispensável para o bom desenvolvimento especialmente da fase de preparação da licitação, já que garante que o processo esteja tecnicamente instruído, de modo a realizar a melhor contratação também no que se refere à qualidade. Ademais, por vezes, para proceder ao bom julgamento baseado em critérios técnicos é preciso deter conhecimentos técnicos específicos, que nem sempre estão no rol de atribuições dos servidores.

No exercício de suas atribuições de condução da licitação, o agente de contratação ou os componentes da Comissão de contratação devem zelar pela lisura do procedimento e da contratação, cabendo-lhes, conforme o princípio da moralidade e da probidade administrativa, atuar no sentido de impedir atos tendentes a frustrar o caráter competitivo da licitação, discriminatórios ou protetivos relativamente a determinado competidor, que não tenham relevância para a contratação, contrários à lei ou que impliquem em atraso na conclusão do processo.

O princípio da moralidade e o princípio da probidade administrativa recomendam também a vedação de participação direta ou indiretamente, na concorrência, de agentes que façam parte dos quadros do órgão ou da entidade licitante. Por se tratar de um dispositivo que busca a garantia da segurança da contratação e em virtude da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, há que se encontrar um equilíbrio entre o princípio da moralidade e a proteção do interesse público, com a liberdade de atuação profissional, de modo que existindo capacidade de influência no resultado da concorrência ou, ainda, ainda que não se enquadre objetivamente na condição de servidor do órgão licitante, o impedimento de participar dever ser imposto.

É possível afirmar que, não se tratando de agente público do órgão licitante e não havendo conflito de interesse ou influência na contratação ou não, a presença de interposta pessoa, ainda que relacionada a agente público do órgão, eventualmente, nos quadros societários, ou como colaborador, de pessoa jurídica interessada em licitar, não fere o princípio da moralidade e mantém ampla a disputa. É o que parece indicar o trecho final do § 1º do art. 9º ao afirmar que:

Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria²⁸⁴.

Não se pode perder de vista que a Licitação é o processo obrigatório de contratação de bens e serviços pelos órgãos públicos que tem como principal função garantir a transparência e a lisura dos gastos públicos em todas as suas esferas

²⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

governamentais, daí porque, especialmente em pequenos municípios, a participação de concorrentes deve ser criteriosamente avaliada se nos seus quadros contar com colaboradores que sejam ocupantes de cargos na administração, de modo a evitar o direcionamento da contratação.

Por adotar o procedimento previsto no art. 17 da Lei de Licitações, assim como o pregão, a concorrência contempla as seguintes fases: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.

A fase preparatória, da mesma forma que o pregão, deve ser bem desenvolvida, de modo a garantir a uma satisfatória execução e cumprimento do contrato. Nesta fase é que será demonstrado a ausência de padrão de mercado ou a complexidade, que caracterizam o bem ou serviço como especial, bem como devem ser objetivamente estabelecidos as qualificações técnicas que serão objeto de avaliação. A inexistência de padronagem ou a complexidade do objeto não afastam o dever do órgão que pretende a contratação de definir critérios objetivos, a serem objeto de apreciação pelos responsáveis pelo julgamento. Apenas com critérios bem definidos é possível garantir os princípios da isonomia e da concorrência, não deixando margem para a atuação da subjetividade dos agentes competentes para julgar conforme o tipo de licitação a ser adotado.

A Comissão de contratação, como dito, que está definida no art. 6º como o “conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares”²⁸⁵, na concorrência deverá ser formada por no mínimo três pessoas (ou seja, a comissão poderá ser maior), sendo recomendável que tenham alguma afinidade com o objeto a ser licitado, até porque há previsão expressa de que serão solidariamente responsáveis por suas decisões e recomendações durante o procedimento, exigindo que tenham afinidade com o tema.

É possível notar que apesar da modalidade concorrência constar tanto na Lei de 1993 quanto na de 2021, o seu funcionamento passou por alterações

²⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

significativas. Passou, portanto, a ser a modalidade destinada às contratações de bens e de serviços especiais, bem como de obras e serviços comuns e especiais de engenharia. Sua aplicação não mais se refere ao valor da contratação. Como as demais modalidades de licitação, deve observar especialmente a forma eletrônica, dando mais agilidade ao procedimento.

Além disso, a modalidade pode ser adotada para contratações de concessão de serviço público, de contratação de serviço público precedida da execução de obra pública e na celebração de contratos de PPPs, valendo considerar que nos dois últimos casos, a (nova) modalidade de diálogo competitivo também pode ser utilizada, de modo que não são contratações exclusivamente vinculadas à modalidade de concorrência.

Uma das mais significativas alterações é a disposição contida no art. 29 da Lei nº 14.133/21, que estabelece que o rito procedimental da Concorrência será o mesmo do Pregão Eletrônico. Significa dizer que a Concorrência permite, a partir da nova lei, a inversão de fases, isto é, a habilitação passa a ser uma fase posterior ao julgamento. Trata-se de alteração que coaduna o procedimento da modalidade ao princípio da eficiência já que desburocratiza e acelera o processo licitatório, trazendo economia e celeridade uma vez que os agentes públicos analisarão as condições de habilitação e todas as questões técnicas, bem como a conformidade com os critérios do edital apenas da empresa vencedora, de modo que a fase de habilitação deixa de ser excludente.

Outra mudança importante se refere à fase de recursal, já na nova redação há uma fase específica para a apresentação de recurso, acelerando o procedimento e evitando recursos procrastinatórios. O recurso se restringe a uma única fase ao longo do processo todo, posicionada na parte final do processo.

O processo deve observar as sete fases listadas no art. 17 da Lei de Licitações contratações públicas. Na fase preparatória, que se identifica por ser uma fase interna, apenas os agentes públicos participam, realizando detalhado estudo técnico, com análise e motivação da pertinência da licitação, quantificação e qualificação do objeto, com todas as suas exigências, elaborando o edital.

Também nesta modalidade o edital é um dos atos administrativos essenciais para o processo licitatório. É lei entre as partes envolvidas no processo de contratação, daí porque é importante que a Administração tenha elevada atenção na sua elaboração, e defina os critérios e exigências de maneira clara e objetiva, de

forma a garantir um processo isonômico, sendo vedada a utilização de critérios que possam representar a dirigibilidade da contratação ou a restrição da concorrência. Do lado dos interessados em contratar com a Administração é de elevada importância o amplo conhecimento de seus termos, para que possa elaborar o preço que constará da proposta, bem como organizar toda a documentação necessária, de acordo com as suas exigências e prazos previstos no edital, que é o documento que rege as regras do processo e dá publicidade à licitação.

A Fase de julgamento é onde ocorre a apresentação das propostas pelos concorrentes. E nos termos do art. 55 da Lei nº 14.133/21, os prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são mais amplos haja vista que a concorrência se destina a contratação de bens e serviços especiais e obras e serviços de engenharia, de maior complexidade e valor econômico na maioria das vezes. A não observância dos prazos mínimos, sem amparo em justificativa compatível com a complexidade do objeto pode implicar, inclusive, em frustração à concorrência, como afirma Diógenes Gasparini:

Frustrar significa enganar, baldar, tornar inútil, no caso, a competitividade da licitação. É conduta comissiva. Há que haver uma ação. Frustra-se o caráter competitivo da licitação, por exemplo, quando o servidor, em razão do ajuste efetivado com um certo concorrente, prevê, no edital, exigência que poucos podem satisfazer, ou fixa no instrumento convocatório prazo legal para a apresentação das propostas de técnica e preço incompatível com a sua complexidade de elaboração²⁸⁶.

Como concorrência compreende-se a ação de competir com outro pela prioridade sobre alguma coisa. Na economia pressupõe a circunstância em que há várias ofertas competindo umas com as outras e na área comercial a existência de disputa entre produtores e comerciantes pelo comércio de um produto. No regime jurídico administrativo a concorrência une os conceitos, implicando no levantamento de preços para compra e venda de serviços e/ou materiais, mediante a disputa de ofertas apresentadas por cada um deles com base nos critérios previstos no edital. A competição deve o mais ampla possível, consideradas as características do objeto²⁸⁷.

²⁸⁶ GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001, p. 101.

²⁸⁷ É o que determina a Súmula 247: "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de

É nesta fase em que os licitantes apresentam suas propostas, conforme o tipo de licitação adotada pelo órgão público contratante, que, posteriormente, serão julgadas. Como já mencionado, a concorrência admite como critério de julgamento o menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, técnica e preço, maior retorno econômico, maior desconto, segundo as disposições do art. 6º, XXXVIII, da Lei nº 14.133/21.

Se a licitação adotada pelo órgão ou ente público contratante, for do tipo menor preço, como salta do próprio nome, a partir das propostas apresentadas pelos concorrentes, com base nos critérios e termos de referência contidos no edital, o julgamento será pela vitória daquela que apresentou o menor preço, desde que exequíveis, nos termos do art. 59, III, da Lei nº 14.133/21, cabendo à comissão de contratação ou ao agente de contratação aferir a exequibilidade da proposta apresentada.

É importante mencionar que os parágrafos do art. 59 apresentam alguns critérios objetivos para conduzir os agentes na constatação da exequibilidade ou não das propostas apresentadas. Contudo, como já se firmava a jurisprudência anterior, parece que mesmo na nova redação cabe aos agentes concederem ao vencedor a oportunidade de demonstrar a exequibilidade do preço oferecido, invertendo o ônus da prova, transferindo ao concorrente o dever de provar que conseguirá cumprir com a avença²⁸⁸.

Essa postura amplia a participação de interessados reverenciando o princípio da competitividade, é mais razoável do que a presunção de inexecutabilidade já que ao concorrente é garantido a livre negociação dos seus bens e serviços, é mais proporcional já que dá ao proponente a oportunidade de demonstrar a viabilidade do preço ofertado, evita os custos operacionais de uma nova licitação, promovendo o

economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 247**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tc.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/Objeto-divis%C3%ADvel.-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-por-item.-S%C3%BAmula-TCU-247.pdf> Acesso em: 05 ago. 2024).

²⁸⁸ Nesse sentido são os precedentes do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 965.839/SP**, Primeira Turma, Relatora: Min. Denise Arruda, Julgamento: 15/12/2009, Publicação: 02/02/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1840113/CE - 2019/0287783-0**, Relator: Min. Og Fernandes, Julgamento: 23/09/2020, Publicação: 23/10/2020. Nesse sentido também a jurisprudência no TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3240/2010**, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.857/2011**, Plenário, Relator Min. André de Carvalho.

princípio da economia e da eficiência, bem como garante que a Administração contratará pelo menor preço do mercado, cabendo a ela outros mecanismos de garantir o cumprimento contratual.

A licitação do tipo melhor técnica ou melhor conteúdo artístico, assevera Marçal Justen Filho "não se confunde com a disciplina contemplada na Lei nº 8.666/93 sob a denominação de 'melhor técnica'"²⁸⁹, sendo apropriado para a seleção de trabalhos artísticos ou técnicos, especialmente quando a contratação envolve atividades intelectuais, como projetos, pareceres, gerenciamento, consultorias e outras atividades em que a criatividade e a racionalidade humana sejam indispensáveis para a execução contratual. Nesse caso, nos termos do princípio da vinculação ao edital e da impessoalidade, o julgamento estará vinculado às regras claras e objetivas constantes do Edital, conforme parâmetros rígidos, verificáveis objetivamente, em consonância com o nível de qualidade requerido pela Administração, mas desassociado do critério de ordem econômico, embora o seu resultado tenha valores agregados. Deve ser avaliada a predominância da atividade intelectual nas contratações realizadas por este critério de julgamento, conforme julgamento do TCU²⁹⁰, garantindo a observância do princípio da eficiência por meio do emprego do tipo melhor técnica ou conteúdo artístico.

O julgamento pelo critério da melhor técnica e preço não considera exclusivamente o preço oferecido pelo concorrente na proposta, ou seja, o valor econômico envolvido. A proposta será composta por duas partes, uma contendo a propositura técnica e outra contendo a propositura econômica, conforme a técnica proposta. A nota será obtida na média entre as propostas, que poderão ter pesos distintos, conforme fórmula prevista no edital. Importa mencionar que o legislador definiu alguns objetos que serão licitados sob esse critério de julgamento, quais sejam, serviços (i) técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, (ii) majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, (iii) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação, (iv) obras e serviços especiais de engenharia, (v) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade,

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 482.

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1217/2024**, Plenário, Processo 039.061/2023-0, Relator: Augusto Sherman, Sessão: 19/06/2024.

produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação, exigindo-se, em todos os casos, que tais circunstâncias estejam justificadas e demonstradas previamente na fase de planejamento. Nesse critério nem sempre a proposta mais vantajosa será a de menor valor, já que a proposta técnica pode representar, proporcionalmente, peso maior do que o preço. Vale mencionar que o julgamento do aspecto técnico não deve ser subjetivo:

Os editais de licitações do tipo "técnica e preço" que não englobam o máximo detalhamento possível nos critérios de avaliação ferem o princípio do julgamento objetivo. Referido detalhamento visa diminuir o grau de subjetividade nas pontuações das propostas técnicas a serem apresentadas pelos licitantes, além de ser necessário a apresentação, após o julgamento das propostas técnicas, de relatório circunstanciado com o detalhamento dos motivos pelos quais foram dadas as notas pela comissão julgadora²⁹¹.

O julgamento pelo critério do maior retorno econômico, regulamentado pelo art. 39 da Lei de Licitações, tem aplicação específica para as contratações de eficiência, consideradas aquelas que têm como objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, que tenham como objetivo proporcionar economia ao contratante, reduzindo despesas correntes, cujo percentual de economia servirá de base para a sua remuneração. Essa redução de despesas correntes pode vir a partir da introdução de novas tecnologias, atualizações estruturais constantes ou de novos serviços agregados, motivando o contratado à constante inovação. Vem de encontro não só com o princípio da eficiência como também do desenvolvimento sustentável. Será escolhida como vencedora a proposta que apresentar, deduzida a remuneração pretendida, ofertar o maior benefício para a Administração, conforme critérios objetivamente previstos no edital, valendo mencionar que o não fornecimento do retorno econômico proposto torna o contratado inadimplente e sujeito a sanções.

As contratações pelo critério do maior desconto não constavam da Lei nº 8.666/93, entretanto há muitos anos já vinha sendo reconhecida pelo TCU, que já tinha firmado entendimento no sentido de que "a utilização, como critério de aferição

²⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1257/2023**, Plenário, Processo 021.656/2019-3, Relator: Benjamin Zymler, Sessão: 21/06/2023.

do menor preço, o maior desconto incidente sobre as tarifas"²⁹², era regular. Na lei nº 14.133/21 está expressamente previsto no art. 33, II, e determina que, com base no parâmetro definido pela Administração (tabela de mercado ou catálogo previsto no art. 19 da Lei nº 14.133/21), os licitantes ofereçam descontos percentuais sobre eles. As O edital definirá a forma a ser adotada pelos licitantes para oferecerem suas ofertas com base no parâmetro adotado, que pode ser uma tabela ou cadastro já existente, ou se inexistente, pode decorrer de cotação feita pela Administração sendo que nesse caso será “exigível a utilização dos menores valores cotados, ao invés das medianas das cotações realizadas”²⁹³ de forma a garantir a contratação pelo menor valor possível.

Adotando um dos tipos de licitação mencionados, conforme critérios objetivos previstos no edital, aos quais estarão vinculados a Administração e os concorrentes, serão apreciadas as propostas apresentadas e será definido um vencedor, que passará para a fase de habilitação.

Mais uma vez a inversão das etapas vem para facilitar a atuação dos agentes de contratação, já que restringe o trabalho de análise dos documentos àquele licitante, em tese, vencedor. A habilitação é uma fase fundamental para a Administração Pública, já que tem a finalidade de verificar “o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação”²⁹⁴. A empresa que venceu a fase de julgamento das propostas, deve apresentar todos os documentos, atestados e certificados previamente exigidos no edital.

A decisão acerca da habilitação deve se fundamentar exclusivamente nos documentos e requisitos exigidos no edital e na Lei, não havendo espaço para subjetividade do agente ou comissão de contratação, tampouco vinculação com o aspecto econômico envolvido. Isso significa dizer que, ainda que tenha apresentado a proposta financeira mais vantajosa para a Administração, se não atender aos critérios definidos no edital e na lei, estará a concorrente inabilitada.

²⁹² Precedentes do TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão n. 592-994**, Plenário, Processo TC 007.913-94-0 e TC-009.802-94-0, Relator: Min. Bento José Bugarin, Julgamento: 14/09/94, Publicação: 28/09/94, p. 14742. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC-007.9134-94-0 e TC-009.802-94-0**, Relator: Min. Carlos Átila Álvares da Silva, Julgamento: 24/05/94, Publicação: 05/06/95, p. 8021.

²⁹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 8514/2017**, 2ª Câmara, Processo 014.565/2017-0, Relator: José Mucio Monteiro, Sessão: 12/09/2017.

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 8514/2017**, 2ª Câmara, Processo 014.565/2017-0, Relator: José Mucio Monteiro, Sessão: 12/09/2017.

A natureza restritiva desta fase levou o legislador a prever limitações para a Administração impor exigências aos licitantes, determinando que elas se contenham no âmbito do estritamente necessário e suficiente para demonstrar sua capacidade. Os requisitos de habilitação estão previstos no art. 62 da Lei de licitação e não podem ser ampliados²⁹⁵. Assim já considerou o STF:

LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro²⁹⁶.

No caso da concorrência, que se destina a bens e servidos especiais, é de se esperar que os critérios sejam mais rigorosos e em maior quantidade, entretanto, em observância ao princípio da legalidade e da competitividade, deve se restringir ao mínimo necessário para demonstrar a capacidade técnica. Ou seja, é preciso considerar as exigências contidas nos arts. 63 a 70 da Lei de Licitações como referência máxima a ser observada pela Administração, que deverá avaliar a necessidade de impor algumas ou todas aos concorrentes, conforme o objeto²⁹⁷.

A Administração deve observar o princípio da proporcionalidade ao impor as exigências a título de habilitação, tanto no que se refere aos critérios, quanto no que se refere à quantidade a ser objeto de comprovação. A imposição de critérios excessivos e desligados do objeto licitado implica em restrição indevida ao universo de licitantes, enquanto a insuficiência dos critérios pode levar insegurança para a contratação, sendo contrária ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse equilíbrio só pode ser encontrado a partir de um criterioso trabalho de planejamento, conforme o caso concreto, onde motivadamente a Administração

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2375/2015**, Plenário, Relator: Min. Guilherme Palmeira.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3583**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgamento: 21/02/2008, Publicação: 14/03/2008.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 402.711/SP - 2002/0001074-0**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 11/06/2002.

deve referir os critérios a serem atendidos e a sua necessidade como determina o art. 18, IX, da Lei nº 14.133/21.

Vale mencionar que nos termos do princípio da legalidade, a Administração Pública “só poderá aplicar o que a lei determina, de modo que os administrados somente podem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo caso lei adequada assim o determine”²⁹⁸, razão pela qual “[...] à luz do princípio da legalidade, é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)”²⁹⁹.

Seguindo a tendência de agilizar as contratações e torná-las mais econômicas, a Lei nº 14.133/21 prevê a utilização do sistema de registro de preços para a concorrência, que nada mais é do que um processo auxiliar, formado por um conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

Após a habilitação, das decisões proferidas pelo agente de contratação ou pela comissão de contratação é direito da parte interpor recurso, apresentando as razões de sua indignação, fundamentando em questões de fato e de direito que possam alterar a decisão proferida. É, portanto, a fase em que aqueles que não foram declarados vencedores podem contestar o resultado.

É importante que se diga que, embora a redação contida no art. 165, inciso I da Lei nº 14.133/21, pareça indicar a possibilidade de apresentação de dois recursos, em fases diferentes do procedimento (um contra o julgamento das propostas, outro contra a decisão de habilitação), a interpretação sistemática, considerando o previsto em seu § 1º e em consonância com os princípios da celeridade e da razoabilidade, impõe que se reconheça o direito de recorrer uma única vez, manifestada imediatamente após a intimação da ata (i) de habilitação, na tramitação regular, que poderá impugnar questões relativas ao julgamento ou

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1959824/SP - 2021/0291873-4**, Tema Repetitivo 1149, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 08/03/2023, Publicação: 25/04/2023.

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 309.867/ES**, Primeira Turma, Relator: Min. Gurgel de Faria, Julgamento: 26/06/2018, Publicação: 08/08/2018.

à habilitação ou (ii) de julgamento, se invertidas as fases, que também poderá impugnar a decisão de habilitação e a de análise das propostas.

A razão de indignação do concorrente deve ser apresentada no prazo de 3 (três) dias, e se o recurso de qualquer dos interessados for julgado procedente, não inviabilizará *prima facie* a totalidade do procedimento, mas tão somente o ato invalidado. Ao recorrido caberá o mesmo prazo para apresentar as razões de direito e de fato pertinentes para a defesa de seus interesses, valendo lembrar que:

[...] no procedimento, e juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais³⁰⁰.

Isso, nos termos do que dispõe o art. 64 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos³⁰¹. De outra forma, caso o recurso seja improvido, o procedimento passará para a sua fase final, a da homologação.

É interessante destacar que, ao contrário da Lei nº 8.666/93, a nova redação da Lei de Licitações não prevê expressamente o ato de “adjudicação”, praticado pelos agentes responsáveis pela licitação, anterior à homologação. A única menção ao termo está referida no art. 71, que atribui a competência para a prática do ato, conjuntamente com a homologação, à autoridade superior. Contudo, parece ser um ato de extrema importância na evolução do processo de licitação, e que deveria ter sido mantido nas mãos dos agentes que conduziram o processo, por se tratar de ato em que é indicada à autoridade instauradora a proposta vencedora e habilitada em total compatibilidade com a solicitação do edital de licitação e da legislação vigente.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 5418/DF - 1997/0066093-1**, Relator: Min. Demócrito Reinaldo, Julgamento: 25/03/1998.

³⁰¹ Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024).

Transferir o ato de adjudicação para o rol de competências da autoridade superior parece, inclusive, contrariar o disposto no art. 6º, LX, que define o agente de contratação como:

[...] a pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação³⁰².

O que incluiria, como último ato, a adjudicação do objeto ao licitante.

Entretanto, o legislador entendeu por bem “aglutinar” a adjudicação e a homologação nas mãos da autoridade competente. Sendo assim, a homologação será a fase que finalizará o processo reconhecendo o vencedor da licitação, e a conformidade da sua proposta e habilitação com as exigências do edital, devendo ainda ratificar todo o procedimento licitatório, dando aprovação aos atos licitatórios para que produzam efeitos jurídicos. Nesta fase, disciplinada no art. 71, a autoridade superior poderá (i) determinar o saneamento de irregularidades; (ii) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; (iii) anular a licitação, de ofício ou mediante provocação, no caso ilegalidade insanável.

Como visto, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) implementou significativas alterações na modalidade de concorrência, aproximando-a do pregão e ampliando os tipos de licitação a disposição da Administração nesta modalidade. Parece claro que a intenção do legislador foi dar concretude ao princípio da eficiência e da publicidade, trazendo mais transparência nas contratações públicas, maior celeridade e menos burocracia para o procedimento, reconhecendo o dinamismo das inovações tecnológicas e a necessidade de fomentar o desenvolvimento sustentável, sem abrir mão da supremacia do interesse público sobre o privado e da segurança jurídica nas relações firmadas pela Administração Pública, que devem estar de acordo com o princípio da moralidade e da probidade administrativa.

³⁰² BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

5.3 Concurso

Inovação trazida pela Lei nº 14.133/21, a licitação na modalidade concurso vem regulamentada especialmente no art. 30:

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:

I - a qualificação exigida dos participantes;

II - as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III - as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes³⁰³.

Embora não se trate de concurso nos termos previstos no art. 37 da CF/88, como regra para ingresso nos quadros de servidores da Administração Pública, baseado na realização de provas para a seleção dos melhores colocados, na essência traz a mesma intenção. O concurso é o ato ou efeito de concorrer, onde duas ou mais pessoas pretendem acesso ao mesmo local ou direito.

Se no concurso para ingresso os interessados realizam provas visando a melhor classificação para acesso aos cargos disponibilizados pela Administração Pública, no concurso previsto no regime jurídico das contratações públicas, conforme define o inciso XXXIX do art. 6º, é a “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor; [...]”³⁰⁴. Como já afirmou o STJ, os regimes jurídicos aplicáveis são distintos:

O concurso ali disciplinado trata de modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos

³⁰³ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

vencedores, e não de certame exigido como condição prévia ao ingresso no quadro funcional estatal³⁰⁵.

Sua aplicação é restrita às contratações de trabalhos científicos, técnicos ou artísticos, referindo, portanto, a trabalhos exclusivamente intelectuais e criativos. Não é por outra razão que o único tipo de licitação possível nessa modalidade é o de melhor técnica ou melhor conteúdo artístico, que se definem pela análise de atributos ou virtudes de ordem artística e técnica, sendo que as virtudes artísticas podem apresentar-se de modo variável, flexível, conforme o gosto daquele que a observa. Já as virtudes técnicas se relacionam com a habilidade do indivíduo em produzir soluções eficazes para as necessidades impostas, com os recursos colocados à disposição. A visão é menos subjetiva.

O grande desafio nesse caso é realizar a licitação na modalidade concurso com a mais estrita observância dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. Por se tratar de objetos que carregam em si certo grau de análise subjetiva, o desafio é planejar o procedimento determinando critérios mais objetivos possíveis. No que se refere à melhor técnica essa questão se apresenta de mais fácil solução, entretanto o melhor conteúdo artístico exige maior cuidado do agente ou da comissão de contratação, eventualmente auxiliados por equipe técnica, na elaboração de critérios objetivos que permitam avaliar os valores estéticos, baseados em padrões estéticos prevalentes, sendo que tal definição deve ser justificada nos autos do processo de licitação, permitindo a mínima intervenção de juízo subjetivo na escolha.

Isto porque, como afirma Marçal Justen Filho, “as variações de gosto não conduzem à arbitrariedade estética”, devendo o edital fixar parâmetros claros relacionados ao conteúdo artístico ou técnico (que também pode conter aspectos estéticos), bem como a orientação para a elaboração das propostas e posterior avaliação da adequação estética ou melhor qualidade técnica no que se refere a simplicidade, estética, rapidez, economia ou inovação³⁰⁶.

O princípio da impessoalidade, que deve ser observado nas licitações públicas, implica na definição de padrões e critérios de julgamento que possam ser facilmente identificados pelos interessados, empregados na elaboração das

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Resp 1841049/CE - 2019/0294365-4**, Relator: Min. Francisco Falcão, Julgamento: 11/10/2021, Publicação: 14/10/2021.

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 486-487.

propostas, de modo a permitir uma objetiva análise por parte dos responsáveis pelo julgamento. E é importante mencionar que apenas se houver a impossibilidade de estabelecer critérios objetivos de julgamento, bem como de desconsiderar para a contratação o aspecto pessoal, do contratado, por ser necessária que seja personalíssima a atuação, estar-se-á diante de hipótese de contratação direta, opção que deverá estar justificada pela Administração Pública nos autos da contratação³⁰⁷.

Diferentemente das demais modalidades de licitação, o concurso deve solicitar aos interessados que apresentem um “trabalho” ou “projeto”, artístico ou técnico, concluído, pronto para ser utilizado no caso de sair vencedor no concurso. O art. 30 estabelece em seu inciso I a possibilidade de previsão de critérios de habilitação que podem ser adotados pela Administração Pública para auferir as condições técnicas do interessado. Entretanto, as possibilidades são bem reduzidas já que o trabalho é entregue concluído, não havendo que se cogitar na garantia de condições de cumprimento contratual. Deve se restringir ao essencial para a contratação, sendo exemplos a exigência de atestados ou certidões relativas a atividades regulamentadas.

De modo a garantir a observância do princípio da impessoalidade, o julgamento da licitação na modalidade concurso deve se basear em critérios do trabalho ou projeto realizado, sem qualquer consideração sobre aspectos pessoais do indivíduo que o realiza. Nesse caso é recomendado que uma das regras atinentes à apresentação do trabalho seja o anonimato, garantindo que a identidade do competidor seja irrelevante na escolha do melhor trabalho técnico ou artístico. Entretanto esta condição deve estar expressamente contida no edital, e ser compatível com o objeto e com as finalidades pretendidas pelo órgão ou ente interessado na contratação.

O julgamento dos trabalhos ou projetos deve ser realizado conforme os critérios objetivos previstos no edital, sendo que eventuais aspectos subjetivos ainda existentes devem ser criteriosamente justificados pelo avaliador, de modo a permitir qualquer a fiscalização do ato de julgamento, relativamente a eventuais violações a princípios como o da impessoalidade, do julgamento e da vinculação ao edital, tanto por parte dos demais competidores, quanto da sociedade e órgãos de controle.

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1465/2024**, Plenário, Processo 036.073/2016-4, Relator: Min. Weder de Oliveira, Sessão: 24/07/2024.

O resultado do concurso é a escolha de um competidor vencedor, que em virtude do seu trabalho poderá receber um prêmio, na forma de um símbolo ou de uma honraria, ou uma remuneração. É a recompensa pelo bom desempenho na execução do trabalho ou projeto apresentado, incentivo a futuras participações e forma de fomento e desenvolvimento social especialmente no âmbito da cultura. Trata-se, mais uma vez, de caminhar, o legislador, nos trilhos dos princípios que norteiam na atualidade as contratações públicas, entre eles o princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio da publicidade e sua derivação definida no princípio da transparência, implicam na necessidade de ampla divulgação do concurso, abrindo espaço para a apresentação do maior número possível de competidores e ampliando as chances para a Administração Pública escolher o melhor trabalho técnico ou artístico, que atenda às suas finalidades, que deve estar dirigida ao atendimento do interesse público.

Sendo assim é imperioso que a Administração Pública defina prazos compatíveis com a complexidade dos trabalhos a serem desenvolvidos, sob pena de dirigir a licitação apenas àqueles que possam dedicar-se exclusiva e ininterruptamente ao desenvolvimento do trabalho, ou a quem já o tenha iniciado antes mesmo da publicação do convite para participação no concurso. Trata-se de violação ao princípio da impessoalidade na medida em que limita a participação dos competidores.

Como já mencionado, em regra os concursos se destinam à escolha de um trabalho ou projeto vencedor. Portanto, os competidores entregam o seu produto concluído. Nesse ponto é importante chamar atenção para os projetos, que implicam em um esforço pontual (temporário), formado por um conjunto de atividades, que se utiliza de recursos delimitados definidos a partir de um planejamento, com a finalidade de atingir um objetivo único e claro, que seja tangível e necessário a realidade da Administração Pública, numa execução futura. Nesse caso o projeto é o resultado, que será avaliado e, nos termos do art. 30, parágrafo único, os direitos patrimoniais relativos aos projetos serão cedidos para a Administração, assim como será autorizada a sua execução se for do interesse da Administração, conforme critérios de conveniência ou oportunidade. Não há, portanto, direito adquirido do autor do projeto na sua execução após a conclusão do concurso. Há apenas uma expectativa de direito que poderá ou não se concretizar.

Como se pode ver, o concurso é modalidade de licitação impregnada de aspectos particulares e destinada a poucas hipóteses de contratação. Andou bem o legislador em prever tal modalidade, embora de aplicação restrita, já que pode se apresentar como importante ferramenta para promover o desenvolvimento social e cultural por meio das artes e do desenvolvimento técnico, garantindo, entretanto, julgamentos objetivos, impessoais e transparentes.

5.4 Leilão

O leilão não é um instrumento de contratação novo, tampouco está exclusivamente vinculado às atividades do Poder Público, ao contrário, é uma prática comercial antiga, que implica em oportunidades para compradores e vendedores, calcada em método de negociação baseado na apresentação do item e suas características a diversos interessados que manifestam suas ofertas na forma de lances crescentes. Ao final, o bem é arrematado pela pessoa que der o lance mais alto.

O leilão pode ser extrajudicial ou judicial. Na primeira hipótese o leilão ocorre fora do Poder Judiciário, sem qualquer relação com determinações ou decisões judiciais e, portanto, sem qualquer interferência do Poder Judiciário na sua realização. O segundo tipo, organizados e realizados por instituições privadas ou públicas, para a compra e venda de seus bens. Na segunda hipótese o leilão decorre de uma decisão judicial e é dirigido à satisfação de determinado processo judicial, e são realizados sob a fiscalização e acompanhamento do Poder Judiciário, seguindo regras especificamente previstas no Código de Processo Civil (CPC)³⁰⁸.

Em se tratando de leilões extrajudiciais, podem ser realizados por pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado. As pessoas jurídicas de Direito Privado em determinadas situações adotam o leilão como instrumento para realizar a venda de seus ativos, especialmente seus produtos e bens, inclusive aqueles que não sejam bem aceitos pelo mercado, seja por defeitos que não lhes impeçam a utilização, ausência de padrões estéticos, retirada de linha de produção etc.

É um instrumento de negociação, alternativo aos usualmente adotados em transações de compra e venda, marcado pela participação direta dos interessados

³⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

no momento da apresentação dos lances, tornando a escolha do comprador/arrematante uma decisão impessoal. No âmbito do regime jurídico de Direito Privado, as pessoas jurídicas podem estabelecer regras e critérios próprios para a organização, realização e condução dos leilões, desde que estejam previstos no edital e no contrato, não sejam ilícitos e não atentem contra os princípios constitucionais.

O Poder Público, entretanto, quando pretende utilizar o leilão como instrumento de negociação, deve observar rigorosamente as regras previstas no regime jurídico de Direito Administrativo, bem como os princípios de direito administrativos previstos no art. 37 da CF/88. O Leilão, como modalidade de licitação colocada à disposição da Administração Pública, está previsto no art. 31 da Lei de Licitações e Contratações Públicas:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de

lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital³⁰⁹.

O art. 6º, XL, define o leilão como a modalidade de licitação apropriada para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance. Nos termos da jurisprudência do STJ, os bens inservíveis “são os que já não são utilizados no órgão público em que estão cadastrados”, devendo ser objeto de baixa patrimonial e catalogado como:

(i) ocioso, quando, embora em perfeitas condições de uso, não estiver sendo aproveitado; (ii) recuperável, quando sua recuperação seja possível e orçada a cinquenta por cento de seu valor de mercado; (iii) antieconômico, quando sua manutenção for onerosa, ou seu rendimento precário, em virtude de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescimento; (iv) irrecuperável, quando não mais puder ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou a inviabilidade econômica de sua recuperação³¹⁰.

Já os bens legalmente apreendidos, são aqueles recolhidos pelo agentes público investidos na função de fiscalização, em função de alguma irregularidade.

Trata-se de dispositivo que concretiza o princípio da eficiência, na medida em que dá destinação aos itens da Administração que não têm mais utilidade, ao princípio da economicidade já que por vezes tais itens não só não atendem à Administração como lhe rendem despesas de manutenção e conservação, ao princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que dá destinação adequada aos itens, inclusive aos imóveis, bem como à indisponibilidade do interesse público uma vez que evita o prejuízo da Administração, permitindo um retorno financeiro decorrente do retorno da venda realizada.

Uma peculiaridade desta modalidade, relativamente às demais modalidades de licitação, é que enquanto nas demais a Administração Pública está comprando bens e serviços, no leilão, a administração está vendendo bens, móveis e imóveis. Nas demais modalidades o princípio da eficiência se concretiza na medida em que a Administração efetua a contratação com o aproveitamento máximo para os recursos disponíveis, em regra consubstanciado na contratação pelo menor preço. No leilão,

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 807464**, decisão monocrática, Relator: Min. Sérgio Kukina, Publicação: 03/12/2021. Decisão proferida no Agravo em Recurso Especial 807464 - RJ (2015/0279123-0)

o princípio da eficiência, com o mesmo conteúdo valorativo, se consubstancia na realização da venda pelo maior valor.

Nos termos do art. 76, I e II, da Lei nº 14.133/21, em aplicação ao princípio da legalidade, a venda de bens imóveis ou móveis inservíveis ou apreendidos, deve ser autorizada por Lei. Como já mencionado neste estudo, a Administração está autorizada a agir apenas na forma prevista em Lei. Na alienação de bens, que implica em disposição de bens pertencentes aos administrados e não ao administrador, não poderia ser diferente. Ademais, deve estar presente, em ato motivado, justificativa acerca do interesse público atendido com a medida, bem como a vantajosidade da venda para a administração, fazendo-o por meio de licitação na modalidade leilão, como determina o art. 31 da Lei de Licitações e Contratações Públicas. O mesmo dispositivo legal determina que as vendas ocorram, em regra, por meio do processo de licitação na modalidade leilão.

A adoção do leilão como modalidade exclusivamente voltada para as vendas de bens móveis inservíveis ou apreendidos e imóveis públicos, é uma distinção relativamente ao regime jurídico adotado sob a égide da Lei nº 8.666/93 (que adotava a concorrência como regra e o leilão como exceção)³¹¹. É certo que o leilão é modalidade de licitação menos burocrática, mais simples e mais célere, não sendo possível afirmar se é a mais econômica, haja vista a estrutura exigida (avaliação, leiloeiro, sessão de lances). O leilão dispensa, a princípio, a fase de habilitação e as documentações a esta fase relacionadas, exceto se a exigência for indispensável para o cumprimento das finalidades previstas para a venda.

É também um procedimento mais transparente e universal já que ocorre na forma de disputa aberta, sem restrições de participação,

Vale lembrar que os bens de uso comum do povo não podem ser objeto de disposição pelo Poder Público. Os bens de uso especial podem ser alienados, desde que desafetados, mediante rigorosas formalidades que o desvincule da sua finalidade. Já os bens dominicais, que fazem parte do acervo da Administração, podem ser vendidos, submetendo-se tais negociações à aprovação legislativa e

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 67108/MA - 2021/0255030-3**, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 05/04/2022, Publicação: 24/06/2022.

rigorosa fiscalização no sentido de proteger o patrimônio público de arbitrariedades³¹².

Nota-se que o leilão se apresenta como uma venda pública, colocada à disposição de qualquer pessoa capaz, que tenha interesse em arrematar o bem móvel ou imóvel do qual a Administração pretende dispor, ofertando lances sucessivos e crescentes, a partir do valor mínimo atribuído pela administração após previa avaliação.

A venda não pode ocorrer exclusivamente com base no maior lance obtido no leilão, mas deve observar um valor mínimo atribuído ao bem em avaliação prévia, de modo a garantir que o valor pago pelo bem seja justo e não represente “perda patrimonial”, prejuízo para a Administração Pública. Em função do princípio da indisponibilidade do interesse público e do princípio da economicidade, a Administração de desclassificar propostas insuficientes que não atendam ao valor mínimo atribuído o bem, e no caso de inexistirem propostas suficientes para dar continuidade ao procedimento, este deve ser encerrado com a com a deflagração de novo processo, se for o caso baseado em nova avaliação e eventual redução do valor atribuído ao bem.

Para garantir o princípio da impessoalidade, o tratamento isonômico entre os interessados, o bem móvel ou imóvel a ser objeto de venda pela Administração deve ser colocado à disposição de qualquer interessado, irrestritamente. Contudo, quando a finalidade da venda estiver vinculada ao desenvolvimento de alguma promoção social, à promoção dos direitos fundamentais, é possível que a Administração imponha restrições ou vedações, que possam garantir a realização de tal finalidade.

A Lei nº 14.133/21 dispõe que as modalidades nela dispostas devem ser realizadas especialmente por meio eletrônico, ampliando a competitividade, reduzindo burocracias e custos e dando celeridade aos processos de contratação, utilizando a tecnologia como aliada na transparência dos atos administrativos e do combate à corrupção.

Sendo assim, é possível participar de leilões realizados exclusivamente em ambiente virtual, bastando ao interessado ter acesso à internet para adquirir os mais diversos bens colocados à disposição pelo Poder Público. Também é possível visualizar a realização de leilões que utilizam as duas modalidades, a eletrônica e a

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na MC 12457/RJ - 2007/0018465-0**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 06/05/2008, Publicação: 18/06/2008.

presencial, onde serão aceitos tanto lances ofertados por aqueles que estejam no local previamente definido como por aqueles que acompanham a sessão pela internet, desde que garantida a transparência das ofertas. Contudo a Nova Lei de Licitações é clara ao impor aos órgãos e entes públicos o uso do ambiente eletrônico como regra, sendo a realização presencial uma exceção que deve ser motivada pela autoridade, com a comprovação da inviabilidade técnica ou vantajosidade da realização presencial sobre a realização no ambiente virtual (art. 31, IV, da Lei nº 14.133/21).

Em termos gerais, o leilão se inicia com a avaliação do bem colocado à disposição pela Administração. Essa avaliação deve ser feita no bojo do processo licitatório do leilão, inclusive por meio de profissional tecnicamente habilitado se for o caso, e refletirá o valor mínimo admitido pela Administração para a disposição do bem.

O agente responsável pela condução do procedimento e realização dos atos é o leiloeiro, que pode ser profissional, contratado pela Administração, ou um dos servidores da administração designado pela autoridade superior. Dispõe o § 1º do art. 31, segundo o qual:

Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados³¹³.

Leiloeiro é profissão disciplinada no Decreto-Lei nº 21.981/1932³¹⁴. Se optar pela contratação a Administração Pública poderá selecionar o leiloeiro por meio de credenciamento (conforme dicção do art. 79 da Lei nº 14.133/21) ou por meio de licitação na modalidade pregão, que segundo aponta Carolina Zancaner Zockun, “o valor da comissão a ser recebida pelo leiloeiro poderá ser utilizado como critério de julgamento na modalidade pregão, a fim de que a Administração, conferindo a

³¹³ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

³¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 21.981 de 19 de outubro de 1932.** Regula a profissão de Leiloeiro ao território da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivilL_03////decreto/1930-1949/D21981.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

possibilidade de uma disputa isonômica, escolha a proposta mais vantajosa”³¹⁵. Ao aplicar este dispositivo a autoridade deve avaliar a complexidade do objeto que será leiloado, bem como o valor mínimo atribuído ao bem leiloado. Por vezes o interesse público pode justificar a contratação e a remuneração do leiloeiro profissional, que empregará métodos técnicos mais eficientes na estimulação dos lances, garantindo a eficácia do procedimento e a vantajosidade para a Administração.

Em se tratando de leiloeiro oficial, a remuneração (por comissão) será previamente definida no momento de sua contratação, pelo credenciamento ou licitação na modalidade pregão, sendo o critério de julgamento adotado o do maior desconto na comissão. É importante que a Administração preveja, expressamente, tanto na sua contratação quanto no edital do leilão, que no caso de fracasso do leilão não será devida a comissão. É risco inerente à atividade profissional e prerrogativa da Administração em virtude dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, que a impedem de realizar despesas sem que tenha obtido sucesso com a venda desejada. Contudo, se o fracasso decorrer de ato da Administração Pública, como a má avaliação do bem, a má descrição do bem, defeito de publicidade, parece ser possível que o leiloeiro receba a comissão que lhe cabe, sob a forma de indenização, cabendo à autoridade superior determinar a aspiração de responsabilidade.

Há publicação de edital com todas as características do bem móvel ou imóvel que será leiloado, o valor atribuído ao bem previamente, que será o lance inicial, bem como eventuais critérios e exigências para a arrematação do bem, em dia e local estabelecidos. O princípio da segurança jurídica e da moralidade administrativa impõe que a Administração, no ato de divulgação do edital, coloque a disposição dos interessados todas as informações indispensáveis para sua avaliação, como situação de conservação, dívidas e gravidade das avarias, evitando surpresas e garantindo que o sucesso do procedimento que atrairá mais competidores a medida em que permita a melhor avaliação do bem³¹⁶.

A divulgação do edital deve ser o mais ampla possível, sendo possível a adoção de novas tecnologias para dar maior publicidade aos seus termos, sendo

³¹⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da escolha de leiloeiros oficiais pela Administração Pública para atuação em execuções fiscais. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 55, jan. 2011, p. 239.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no MS 22583/DF - 2016/0128578-5**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Julgamento: 14/06/2017, Publicação: 21/06/2017.

obrigatório, contudo, a divulgação em site oficial do órgão responsável pela venda, bem como afixado em local de ampla circulação de pessoas, cabendo ainda a sua divulgação no PNPC, conforme dispõe o art. 54 da Lei nº 14.133/21.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho destaca que:

A solução pressupõe a existência de via física, destinada a levar a realização do leilão ao conhecimento do maior número de pessoas. A eficácia dessa solução é duvidosa e a previsão legal pode ser interpretada como um resquício de regras pretéritas, adotadas em contexto não mais existente³¹⁷.

Entretanto, tal referência feita pelo autor parece desconsiderar questões estruturais apresentadas por grande parte dos municípios e regiões do país. Em algumas localidades a fixação do edital em local público de grande circulação de pessoas é mais eficiente no alcance de possíveis interessados do que a publicação em sites oficiais.

Na sessão designada serão abertos os lances, e os interessados, um a um apresentarão ofertas sucessivas e crescentes, até que um lance não seja coberto pelos demais e arremate o bem. Com a arrematação será verificado se o valor do lance final está de acordo com o valor mínimo atribuído ao bem leiloadado, uma vez que nem sempre o lance mínimo é conhecido pelos interessados antes da abertura da audiência de leilão. Por esse motivo, é sempre muito importante avaliar os parâmetros de negócio para ter firmeza quanto à decisão de um lance mínimo.

Os leilões são eventos abertos ao público, onde os lances são feitos publicamente, na presença de todos os participantes, propiciando um ambiente de transparência e isonomia, uma vez que os participantes compartilham da mesma oportunidade e condições de aquisição dos bens.

Diferentemente das demais modalidades de licitação, no leilão não são apresentadas ofertas por escrito. Trata-se de modalidade de licitação que prioriza os lances verbais, realizando a venda por meio de lances sucessivos e crescentes. Como o art. 17, § 2º, da Lei nº 14.133/21, determina que as modalidades de licitação previstas na lei, entre elas o leilão, sejam realizadas preferencialmente na forma eletrônica, quando assim realizado, os lances ficarão gravados no sistema onde foi realizado. Quando presencial o leilão, os lances verbais devem ser registrados em

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 452.

ata e a sessão gravada em áudio em vídeo. Trata-se de solução mais compatível com a natureza e dinâmica do leilão, uma vez que sua particularidade reside, justamente, na possibilidade de lances sucessivos e verbais.

O tipo de licitação adotado no leilão é, nos termos do art. 33, V, da Lei nº 14.133/21 o de maior lance. A adoção desse tipo de licitação é fator que torna o procedimento e a participação de interessados mais simples. Não há exigências, para participar do leilão, de prévio registro cadastral, tampouco se impõe a realização da fase de habilitação. E embora o § 4º seja expresso relativamente a desnecessidade de cadastro prévio e de habilitação, o princípio da moralidade e o princípio da eficiência (na modalidade eficácia) permite que sejam exigidos, desde que as circunstâncias imponham a sua realização³¹⁸, e que a decisão da Administração seja motivada na realização do interesse público³¹⁹.

O leilão se encerra quando não houver mais lance a ser ofertado, sendo consagrado arrematante do bem quem ofereceu o maior lance, superior ao valor mínimo atribuído pela Administração. Encerrado o leilão, o arrematante, pagará pelo bem, conforme as condições estabelecidas no edital ou regulamento do leilão, que geralmente prevê um prazo de 24 horas após o arremate, mas que pode variar conforme o valor do bem envolvido. Todos esses critérios, que já estão definidos no edital, devem ser justificados no processo de licitação, em observância ao princípio da motivação.

Em observância ao princípio da isonomia, aos participantes é conferido o direito de recorrer do resultado. A homologação ocorre com a conclusão dos lances, com a definição do vencedor que arrematará o bem quando não houver mais lances que cubram o valor ofertado. Caso não haja recurso, uma vez efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital (§ 4º do art. 36 da Lei nº 14.133/21).

³¹⁸ Nesse sentido: "não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.257.886/PE**, Segunda Turma, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Publicação: 11/11/2011).

Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 39.883/MT**, Segunda Turma, Relator: Min. Humberto Martins, Publicação: 03/02/2014.

³¹⁹ Nesse sentido já decidiu o STJ ao analisar MS impetrado contra ato praticado em leilão, cujo objeto era Reserva de capacidade elétrica (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 28123/DF - 2021/0328548-8**, Relator: Min. Gurgel de Faria, Julgamento: 23/03/2022, Publicação: 30/03/2022).

Nos termos do art. 76, I, da Lei nº 14.133/21, estão dispensadas da obrigação de licitar para a venda de imóveis quando objeto de a) dação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública; c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípua da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952/09³²⁰, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383/76³²¹, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes; j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465/17³²².

³²⁰ BRASIL. **Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009**. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/____/Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm. Acesso em: 05 ago. 2024.

³²¹ BRASIL. **Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/____/LEIS/L6383.htm#:~:text=Lei%20n%206.383%2C%20DE,Un%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAsncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/____/LEIS/L6383.htm#:~:text=Lei%20n%206.383%2C%20DE,Uni%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAsncias). Acesso em: 05 ago. 2024.

³²² BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001,

Também com base no art. 76, II, da Lei nº 14.133/21, estão dispensadas da obrigação de licitar para a venda de bens móveis que a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, observada a legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Fora as situações acima elencadas, a alienação de bens imóveis e móveis inservíveis pela Administração Pública, dependerá sempre de prévio procedimento licitatório na modalidade leilão e demais formalidade previstas em lei.

5.5 Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é uma das inovações mais significativas trazidas pela Lei nº 14.133/21. Trata-se de modalidade de licitação que não tinha previsão em nenhum texto legal, até a sua definição e regulamentação na Lei. Isso significa que sobre tal modalidade pouco sabe, na jurisprudência ou na doutrina.

Nas palavras de Eros Grau:

Uma nova realidade reclama um novo direito. Mais do que isso: o direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino ministrado nas faculdades de direito. Recorrendo aos versos da canção, o futuro já começou³²³.

12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

³²³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

O mundo atual, globalizado e voltado intensamente para o desenvolvimento tecnológico, a despeito de seu aspecto positivo, também pode significar um obstáculo para a que o Poder Público atenda aos interesses públicos, que é sua missão precípua. Isso porque essa mudança dinâmica das questões mundiais, aumentam a passos largos as exigências dos administrados, e colocam as Administrações Públicas de todas as esferas no impasse de atender às necessidades na mesma velocidade que elas passam a existir.

Nessa empreitada, a tecnologia, as inovações, a ciência, são capazes de melhorar a atuação da Administração Pública, tornando mais eficiente, mais eficaz, mais rápida, mais econômica. E nem sempre essas soluções decorrem de projetos desenvolvidos ou idealizados pelos servidores da Administração, ou mesmo surgem os problemas, mas não surgem soluções para resolvê-los. Daí porque parece muito profícua a previsão de uma modalidade de licitação que permita que a Administração discuta soluções com possíveis fornecedores, com a finalidade de encontrar aquela que atenda às suas necessidades. É o direito se adequando às novas realidades.

O art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/21 conceitua o diálogo competitivo como:

[...] modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos³²⁴.

Sua definição dá conta de modalidade completamente diferente, estruturalmente, das demais. Há uma seleção prévia de interessados, seguida de um diálogo entre a Administração e todos os selecionados na busca da melhor solução para a necessidade administrativa e com a definição da solução a competição entre os interessados na execução do contrato.

Essa dinâmica alterada parece estar de acordo com o princípio da eficiência na medida em que o diálogo e a coleta de ideias permitirão a definição do melhor modelo de contratação, mais eficaz, que atenda aos interesses públicos envolvidos

³²⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

na contratação. Há uma cooperação entre os pretensos fornecedores e a Administração na definição do objeto.

A nova modalidade, de inspiração Europeia³²⁵, dá sentido ao princípio da eficiência que sugere um Estado cada vez mais conciliador e participativo, admitindo atuação direta da iniciativa privada em atividades que até então eram exclusivamente dirigidas por seus agentes, estimulando o debate de ideias e novas inspirações para que o interesse público seja atendido com rapidez, eficácia, economia e celeridade.

O procedimento está descrito no art. 32 da Lei nº 14.133/21:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

³²⁵ Diálogo concorrencial - Nos termos do item 11, c, da Diretiva 18/2004, o diálogo concorrencial é o procedimento em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos e no qual qualquer operador econômico pode solicitar sua participação, visando desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades. Com base nas soluções encontradas, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta (UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004**, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20080915>. Acesso em: 29 jul. 2024).

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII - (VETADO).

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses³²⁶.

Embora a definição do diálogo competitivo contida no art. 6º possa indicar uma amplitude imensa de objetos (obras serviços e compras), é certo que o art. 32 trata de impor limitações, todas elas relacionadas a circunstâncias em que a Administração se vê diante de um abismo técnico, tecnológico, de modernização, que a impedem de realizar as atividades indispensáveis para a concretização dos interesses públicos. Como afirma Marçal Justen Filho:

Por outro lado, a insuficiência dos recursos estatais exige a cooperação entre Estado e setor privado. O atingimento dos fins de

³²⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

interesse coletivo depende não apenas da atuação estatal, mas também a participação da iniciativa privada.

A questão se relaciona não apenas com os recursos materiais pertinentes, mas também com o conhecimento e a informação. A assimetria de conhecimento acarreta limitações insuperáveis à atuação autônoma, isolada e proponente do Estado quanto à realização de tarefas crescentemente complexas³²⁷.

Na iniciativa privada o desenvolvimento de soluções tecnológicas é muito mais célere, inclusive para fazer frente à ampla disputa de mercado. A inclusão no texto constitucional da eficiência como princípio impôs à Administração o dever de buscar essas inovações. O Estado não tem condições técnicas de acompanhar o mesmo passo da atividade privada, de modo que o legislador previu uma hipótese em que a Administração poderá contar com a colaboração da iniciativa privada para alcançar este fim.

Distingue-se das demais modalidades de licitação por apresentar uma fase intermediária, anterior à definição do objeto, específica para a discussão de ideias e propostas, desenvolvida na forma de diálogo com os interessados, destinado ao desenvolvimento e à definição de soluções técnicas, econômicas e jurídicas junto aos interessados em contratar. É o que dispõe o art. 32, inciso I, alíneas “a” a “c”, da Lei nº 14.133/21.

Outro rompimento com os padrões até então existentes no regime jurídico administrativo é a participação do particular na concepção da solução almejada. Não é a Administração, na fase preparatória, que definirá o objeto e os critérios objetivos a serem adotados. A Administração definirá o obstáculo a ser superado para atender ao interesse público e contará com o particular para desenvolver a solução para a superação desse obstáculo.

O princípio da legalidade não requer que todos os atos estejam expressamente definidos no texto expresso da lei, decorrendo as autorizações, limitações e disciplina das condutas do ordenamento jurídico como um todo. Sendo assim, parece coerente com o sistema do regime jurídico administrativo, calcado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, que a adoção da modalidade diálogo competitivo pela Administração, exige uma fase de planejamento, onde as hipóteses a que se restringe a adoção de tal modalidade estejam bem delineadas, apontando

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 454.

critérios mínimos para a pré-seleção dos interessados, que devem guardar coerência com a complexidade do problema a ser solucionado.

De acordo com o art. 32, I, da Lei nº 14.133/21, o diálogo competitivo será admissível quando estiverem presentes três requisitos cumulativos: (i) objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; (ii) impossibilidade de satisfação da necessidade estatal sem adequação das soluções disponíveis no mercado; e (iii) impossibilidade de o ente estatal precisar de forma suficiente as especificações técnicas a serem observadas. Essas condições deverão justificar a decisão tomada pela Administração.

E tendo em vista que o diálogo competitivo é modalidade mais onerosa, financeiramente e em termos de tempo, para a Administração, e de aplicação restrita, como indica o art. 32 da Lei de Licitações, as condições impostas devem ser objetivamente demonstradas após o emprego de todos os esforços na busca da solução contratual, com a definição de incertezas objetivas e não decorrentes de incapacidade técnica, que resultam na impossibilidade ou custos e riscos impeditivos para o desenvolvimento da melhor solução, justificando a sua adoção. Para a mera incapacidade técnica de desenvolver o projeto, deve a Administração se valer das demais modalidades de licitação.

Essa fase preparatória, da qual não pode abrir mão a Administração, será útil para eventual fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade acerca da necessidade da contratação, da pertinência dos critérios envolvidos e da adequação dos resultados aos obstáculos impostos à realização do interesse público, superados com a definição do objeto por meio do diálogo.

A modalidade em questão, até mesmo em função das hipóteses a que se restringe, parece destinada ao atendimento de demandas mais complexas, cuja solução esteja fora do alcance da Administração. O desenvolvimento de solução mais adequada, mais tecnológica, mais inovadora, implica em redução das incertezas e dos riscos da administração na tomada de decisões.

A impessoalidade deve estar garantida no procedimento. Embora para a fase de pré-seleção não haja critérios expressamente previstos em lei, ou limitações para as exigências, é imperioso garantir que o edital de pré-seleção dos interessados contenha critérios claros e objetivos, sem direcionamento a determinado particular, de modo a atrair o maior número possível de indivíduos capacitados para desenvolver a melhor contratação.

Parece lógico que, como as demais modalidades, o diálogo competitivo conte com uma fase de habilitação, nos termos do art. 62 da Lei de Licitações. Contudo, em função das características próprias da modalidade, destinada ao desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras e/ou complexas, a melhor interpretação indica que o rol de exigências, neste caso, pode ser ampliado, para além daqueles previstos como limitadores nas demais modalidades. O edital do diálogo competitivo deverá adotar os requisitos de habilitação genéricos previstos para toda e qualquer licitação, mas devem ser adicionadas exigências diferenciadas e especiais, apropriadas à garantia do sucesso do resultado.

Os critérios de habilitação definidos no edital da pré-seleção deverão ser proporcionais à complexidade e às dificuldades do objeto licitado e as escolhas da Administração deverão estar justificadas de modo claro e satisfatório, mediante razões de ordem técnica e econômica, como determina o princípio da motivação.

A finalidade do diálogo competitivo é a redução da disparidade de conhecimento técnico entre o ente público e o mercado privado especialmente na área de tecnologia e informação, proporcionando condições formais (processual e material) que permitam uma adaptação conforme as soluções desenvolvidas, mantendo a transparência e a moralidade por meio dos registros das reuniões mantidas com os pré-selecionados. Ademais, todos os atos praticados devem ser motivados, especialmente aqueles que venham a definir as opções consideradas entre as demais alternativas disponíveis.

É preciso avaliar cuidadosamente se a opção pelo diálogo competitivo se apresenta como a mais adequada, se é necessário e vantajosa para a Administração, já que a dinâmica do procedimento pode implicar em elevado custo de implementação e desenvolvimento, bem como representar uma solução muito mais morosa em relação às demais modalidades. Vale lembrar que a concorrência é modalidade de licitação que permite a adoção do critério de julgamento pela melhor técnica, podendo suprir as necessidades da Administração de maneira mais simples, célere e econômica.

Um trabalho preliminar de planejamento realizado pelo órgão ou ente público interessado na contratação deve definir as questões e problemáticas que serão definidas nas reuniões com os pré-selecionados, limitando seu alcance apenas ao indispensável, reduzindo custo e tempo. Esse critério é que definirá a extensão e o formato dos diálogos, conforme o caso concreto.

É possível notar que o diálogo competitivo, diferente das demais modalidades, não se apresenta com formato procedimental estanque, mas será delineado conforme a Administração e os particulares colaboram entre si, conforme as soluções que se apresentam e novos questionamentos que surgem no decorrer dos diálogos. Há maior discricionariedade do Administrador na definição dos critérios de pré-seleção dos interessados, que atendidos implicam na automática aceitação do particular, e mais restrita na definição do edital da contratação propriamente dita, já que parte do interesse público a ser atendido e dos resultados obtidos a partir dos diálogos desenvolvidos.

O planejamento, que ocupa papel de destaque na Nova Lei de Licitações, nesta modalidade, ocorre em duas etapas, sendo que o modelo contratual definitivo terá publicidade por ocasião do lançamento do segundo edital do diálogo competitivo, como determina o art. 32, § 1º, VIII, da Lei nº 14.133/21, que será o ponto de partida para a apresentação de propostas pelos licitantes na fase competitiva.

Sendo assim, em pertinência com o princípio do planejamento, temos que a Administração Pública deve buscar uma estimativa quanto ao curso de suas ações futuras, cabendo aos agentes a demonstração das ações adequadas à concretização do resultado pretendido, que conduzirão as suas escolhas. Esse valor impõe que no diálogo competitivo também deverá a Administração, planejar a licitação e elaborar ETP, aplicando no que couber das disposições contidas no art. 18 da Lei nº 14.133/21.

O adequado planejamento, inclusive, será responsável na definição, com base em pesquisas de mercado e estudos técnicos, a inexistência de solução para a sua demanda de atendimento do interesse, a impossibilidade da definição precisa de aspectos técnicos relevantes, que sustentem o cabimento do diálogo competitivo.

Essas características, próprias da modalidade diálogo competitivo, indicam um procedimento muito mais flexível conforme o rumo adotado pela tomada de decisões no decorrer do processo, o que parece dar maior peso ao princípio da eficiência em ponderação com o princípio da vinculação ao edital. É evidente que a interação com o particular exige muito mais do que objetividade, a subjetividade daquele que atue no procedimento por parte da Administração. Deve existir um troca entre os envolvidos, sem a qual o sucesso do procedimento não deve ocorrer.

Em termos práticos, no diálogo competitivo, a Administração Pública define a sua necessidade, conforme os requisitos previstos no art. 32, I, da Lei nº 14.133/21, estabelecendo o mais objetivamente e racionalmente possível as suas necessidade e obstáculos e convida licitantes que possuam e demonstrem capacidade técnica para participar de um diálogo preliminar.

Nessa segunda etapa, a administração e os licitantes estabelecem diálogos, conversam, individualmente, e trocam informações com a finalidade de desenvolver uma solução satisfatória para atender à necessidade apresentada pela Administração.

Munida dos critérios técnicos que atendem ao seu objetivo, a Administração então, conforme dispõe o inciso VIII do art. 32 da Lei de Licitações, publica edital inaugurando a fase competitiva do procedimento, com a finalidade de escolher a melhor proposta entre os licitantes que participaram do diálogo prévio.

O uso do termo “edital” indica a exigência do cumprimento do disposto no art. 25 da Lei nº 14.133/21, com as alterações pertinentes às características da modalidade. No que se refere à fase preliminar, onde não há uma contratação propriamente dita, a aplicação do dispositivo legal deve ser bem mais flexibilizada, até ante a inexistência de especificações mais concretas sobre o objeto. Ainda assim as partes envolvidas estarão a ele vinculadas, como determina o princípio da vinculação ao edital, no que se refere aos requisitos para a pré-seleção e à capacidade técnica exigida frente ao empreendimento a ser desenvolvido. Na fase de disputa, entretanto, há que se observar com rigor as questões atinentes ao edital e aos seus elementos, já que será com base nas suas disposições que se desenvolverá a análise e julgamento dos projetos.

Dando forma ao princípio do julgamento objetivo, o edital deve conter a descrição da solução escolhida na fase de diálogo com todas as suas particularidades, o regime e todas as demais condições de execução do contrato, as regras e o procedimento que será adotado na fase de competição, incluindo como anexo a minuta do instrumento contratual, também desenvolvida com base nos diálogos enfrentados nas reuniões e soluções encontradas, e por fim, o modo da disputa e os critérios de julgamento das propostas, que foram também definidos de acordo com as características próprias da solução ou soluções escolhidas pela Administração.

De acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²⁸ o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação que oferece à Administração Pública a possibilidade de dialogar com as empresas e conhecer melhor as soluções técnicas disponíveis no mercado, antes de definir as regras do edital. Essa abordagem flexível estimula a criatividade dos licitantes e favorece a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Assim, o diálogo competitivo pode ser uma alternativa interessante em casos de contratações complexas ou inovadoras, em que a administração precisa contar com a expertise técnica dos licitantes para desenvolver soluções mais adequadas.

Na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello³²⁹ o diálogo competitivo é apontado como uma alternativa para que a Administração Pública alcance uma solução personalizada para sua demanda, com a observância dos princípios da isonomia, da competitividade e da transparência, possibilitando ao final dos diálogos, que os pré-selecionados apresentem propostas para a concretização da solução escolhida, conforme descrito no edital.

Para tanto, há a determinação contida no § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/21, que estabelece certas regras a serem observadas, tais como (i) prazo mínimo de divulgação; (ii) a vedação a divulgação de informação que possa implicar em privilégio a algum particular; (iii) o sigilo, como regra, dos diálogos realizados; e (iv) a condução do processo por comissão composta por, no mínimo, três servidores efetivos, que poderão contar com apoio técnico contratado.

Essa última regra atende ao princípio da segregação das funções, que recomenda a alteração dos agentes atuantes sempre que houver atividade qualitativamente distinta. Isso leva ao entendimento, no caso do diálogo competitivo, que essa comissão deve ser distinta nas diferentes fases da licitação, ou seja, distintas na fase de planejamento, de diálogos e de competição. Parece mais importante ainda, que sejam distintas as da fase de diálogo e de disputa, já que no diálogo os agentes travam uma relação mais pessoal e direta com os pré-selecionados, o que poderia, em tese, violar o princípio da impessoalidade mais atuante na fase de disputa.

³²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 480.

³²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 551.

O diálogo competitivo é, portanto, uma modalidade inovadora, diferenciada, destinada a atender a Administração Pública em suas demandas mais complexas, que exigem soluções tecnológicas personalizadas, inovadoras e eficientes.

É importante mencionar que os contratos de concessão e os contratos de PPPs, realizados pela Administração Pública, admitem a adoção da modalidade de diálogo competitivo nas suas licitações, o que parece coerente já que são modelos de colaboração entre o setor público e privado que visam à implementação e gestão de projetos de infraestrutura e serviços públicos, com a finalidade de incentivar a eficiência e inovação na gestão de projetos públicos, com o envolvimento do setor privado em iniciativas de interesse social.

Concluindo, o diálogo competitivo pode ser um meio eficaz de alcançar soluções inovadoras para projetos complexos necessários para o atendimento dos interesses públicos que são cada dia mais dinâmicos. Entretanto o sucesso da contratação dependerá da observância dos princípios norteadores da Administração Pública de forma a garantir uma escolha justa e transparente dos participantes, bem como a avaliação imparcial das propostas e a garantia de confidencialidade garantidora da segurança jurídica para os envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disciplina das compras públicas no Brasil, até o ano de 2021, era essencialmente realizada pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações). No momento de sua concepção, a Lei de Licitações visava precipuamente racionalizar as contratações efetuadas pelo Poder Público, de maneira a garantir de modo efetivo a concorrência e as melhores contratações pelo Poder Público.

Após longos anos de desmandos nas contratações públicas, acreditava-se que um procedimento licitatório complexo e burocrático seria capaz de proteger o interesse público, dificultando a prática de corrupção, ou outras formas de fraudar a concorrência, como o direcionamento das contratações e a formação de cartéis.

Contudo, 28 anos após o início da sua vigência, o que restou evidenciado é que essa norma impôs a adoção de procedimentos de compras públicas extremamente burocráticos e inefetivos, para as finalidades então almejadas, impedindo por vezes a eficiência no gasto público, já que tornou as contratações públicas lentas e custosas. Episódios de corrupção em contratações públicas não deixaram de ocorrer.

Por outro lado, após quase três décadas, as necessidades humanas, as tecnologias e inovações colocados à disposição dos gestores e dos administrados, justificavam uma nova reflexão acerca das contratações e licitações públicas, especialmente para alinhá-las aos valores constitucionais, previstos nos princípios de que regem os atos da Administração Pública, aos quais fora também adicionado o conceito de eficiência administrativa.

Nesse cenário foi promulgada a Lei nº 14.133/21, com a intenção de trazer maiores celeridade, economia, eficiência, competitividade e transparência para os procedimentos licitatórios, de forma a desembocarem em contratações mais vantajosas, seguras e efetivas para a Administração Pública.

A nova redação se apresentou com uma série de significantes mudanças relativamente aos procedimentos anteriores, suprimindo aqueles que se apresentavam como potencialmente frágeis na proteção do interesse público, incluindo outros mais simples e mais transparentes, alterou a disciplina das sanções administrativas, incorporou o procedimento de manifestação de interesses e outros procedimentos auxiliares das licitações e contratos, além da nova modalidade de

licitação – o diálogo competitivo – e da aplicação de soluções consensuais para resolver litígios contratuais.

Como se pode notar, juntamente com as demais mudanças, a alteração substancial na dinâmica e nas regras das modalidades de licitação, vieram com a nítida finalidade de concretizar os valores jurídicos inerentes aos princípios constitucionais que regem as atividades administrativas, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Entretanto, nenhuma eficácia terá a alteração normativa, se o intérprete, ao aplicá-la no caso concreto, se afastar dos preceitos contidos nos princípios constitucionais previstos no art. 37, caput, da CF/88. Os princípios assumem elevada importância normativa no ordenamento jurídico e trazem em si os valores que compõem a estrutura do direito pátrio.

Embora em plena vigência, a Nova Lei de Licitações ainda suscita diversos questionamentos por parte da doutrina e dos aplicadores do direito. Como melhorar a atuação dos órgãos de controle a partir dos novos modelos de licitação e análise de dados e da utilização de recursos de inteligência artificial? Como a Nova Lei de Licitações e seus instrumentos podem ajudar o Poder Público a inovar com segurança e, assim, encontrar novas soluções para problemas complexos da sociedade? O que o planejamento, mais enfatizado na nova Lei de Licitações, tem de significativo para o bom resultado das contratações? Grande parte dessas questões podem ser resolvidas com a análise dos dispositivos legais nela contidos, sob o enfoque dos princípios da Administração Pública.

O Estado movimenta, todos os dias, um imenso valor financeiro, sendo que grande parte dele é destinado a aquisições públicas. A boa gestão financeira é, portanto, indispensável para o bom funcionamento da máquina pública, e boa parte disso passa pela escolha do melhor fornecedor, que gere economia e atenda satisfatoriamente aos interesses públicos. Dominar os instrumentos colocados à disposição da Administração para tal finalidade é, portanto, indispensável. O desenvolvimento sustentável, a probidade administrativa e eficiência dos gastos são, portanto, questões que devem ser consideradas em todas as atividades praticadas pelos agentes públicos.

Os princípios do Direito Administrativo consagram diretrizes valorativas, que se adequarão às circunstâncias e valores envolvidos no caso concreto. São as linhas mestras do Regime Jurídico Administrativo, dando-lhe identidade própria. Os

princípios são verdadeiras vigas mestras do Regime Jurídico administrativo, norteando e orientando o intérprete na sua compreensão.

Todo a legislação infraconstitucional, seus conceitos e atos apenas se justificam quando a partir deles seja possível a identificação de determinada unidade orgânica, sistemática, conforme os princípios que regem o regime jurídico próprio.

A função dos princípios de Direito Administrativo é, portanto, de equilibrar o sistema, e dar unidade e racionalidade para o regime jurídico, conferindo-lhe organicidade e coesão. O que se evidenciou, no decorrer da exposição foi a importância normativa dos princípios que regem a Administração Pública, de maneira que compreendê-los implica na compreensão do próprio Direito Administrativo que os reflete.

O art. 37 da CF/88 dispõe que a Administração Pública, em todos os seus atos, deve observar o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Dentro do escopo do presente estudo, isso significa que ao agir no sentido de deflagrar e conduzir um procedimento licitatório e, ao final, uma contratação pública, a Administração deve (i) observar o princípio da legalidade, que veda a atuação sem previa autorização no ordenamento jurídico; (ii) da impessoalidade, que veda as preferências e aversões refletidas nos atos administrativos; (iii) da moralidade, que impõe a atuação da Administração e dos particulares em relações com ela firmadas, de acordo com os valores fundamentais juridicizados; (iv) da publicidade que obriga a Administração à divulgação pública de todos os seus atos e (v) da eficiência que exige o maior aproveitamento dos recursos disponíveis conforme os interesses envolvidos.

Mas relativamente ao regime jurídico administrativo, outros princípios, implícitos ou explícitos no texto constitucional, também influem na aplicação da legislação infraconstitucional, dando-lhe racionalidade e coerência com o sistema, quais sejam, (i) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade dos interesses públicos, que confere prerrogativas para a Administração, com a finalidade de realizar o interesse público, com dimensão, intensidade e tônica definidas no Direito posto. Os interesses públicos consagrados no ordenamento jurídico são balizas insuperáveis para a atuação Estatal, não podendo ser renunciados; (iii) Princípio da Motivação e Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que determinam que a administração deve motivar todos os seus atos e agir de maneira racional e coerente, bem como analisar a adequação e

necessidade do ato, relativamente aos interesses públicos envolvidos; (iv) Princípio da Tutela e Princípio da Autotutela, decorrência da supremacia do interesse público implica na possibilidade da administração de fiscalizar seus próprios atos, revogando aqueles contrários à lei; (v) Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos que implicam que A Administração Pública deve manter a continuidade dos serviços essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e (vi) Princípio da Isonomia e Princípios da Boa-fé e da Segurança Jurídica, que garantem tratamento igualitário a todos que se apresentem nas mesmas condições, atuação das partes, inclusive da Administração, conforme os valores éticos e morais, bem como que exista certa estabilidade, um mínimo de certeza acerca das condutas a serem praticadas.

Outros princípios são, invariavelmente, mencionados pela doutrina. Contudo os acima mencionados são os que importam especialmente para a compreensão e melhor interpretação e aplicação dos dispositivos legais contidos na Lei nº 14.133/21, especificamente acerca do recorte incorporado neste trabalho, que se limita a análise das modalidades de licitação colocadas à disposição da Administração Pública para realizar suas contratações. Afinal, como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”³³⁰.

O legislador infraconstitucional poderia optar pela mera reprodução dos princípios de Direito Administrativo expressamente previstos no art. 37 da CF/88. Entretanto, optou por acrescentar outros que derivam logicamente dos princípios constitucionais ou do próprio sistema, certamente com a finalidade de dar voz a aspectos valorativos dos princípios constitucionais indispensáveis para o bom andamento das licitações e contratações. A lei não contém disposições inúteis.

Essa gama de subprincípios dá características próprias à licitação, sem prejuízo da incidência dos princípios gerais. Os princípios constitucionais agregarão sentido, direção e energia, sendo os subprincípios responsáveis por definir a sua natureza, as suas especificidades.

A Administração está obrigada de acordo com a legalidade, ou seja, tem o dever de agir conforme a lei, podendo inclusive declarar a nulidade dos seus atos

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 913.

praticados em desconformidade com a lei. É isso o que determina o princípio da legalidade. Contudo, como afirmam Marino Passaglini, Marcio Fernando e Waldo Fazzio³³¹, não se trata de mera subsunção, tipificação, devendo a norma receber o máximo de utilidade social, por meio de interpretação dirigida pelos valores contidos na CF/88, no seu aspecto material e não apenas formal.

Daí a importância de analisar os instrumentos previstos na Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 14.133/21), entre os que já existiam e que foram substancialmente modificados e aqueles que são inéditos no ordenamento jurídico, sob a luz refletida pelos princípios constitucionais, previstos no art. 37 da CF/88, e os subprincípios deles decorrentes. Isso significa dizer que a Administração, no exercício de sua função de curar os interesses públicos, deve agir conforme as finalidades da lei, definidas conforme os princípios da Administração Pública. Como bem acentua Marçal Justen Filho, “a disciplina jurídica é o resultado desse processo de integração entre normas de diferentes espécies”³³², e essa interação é essencial para a definição dos limites de atuação e de autonomia do aplicador do direito, entre eles o administrador público.

Durante a evolução do trabalho o que se procurou foi buscar a essência da norma, conduzindo a sua interpretação no sentido do que determinam os princípios da Administração Pública, com a finalidade de dar maior coerência e ordenação ao objeto analisado.

O art. 5º da Lei nº 14.133/21, além dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da CF/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), elenca outros 17 (dezessete) princípios deles derivados. Em que pese as críticas de alguns autores ao que denominam de principiologismo³³³ – modelo normativo composto por grande número de princípios como o ideal – o que indica o art. 5º é a intenção do legislador de reforçar a importância da incidência dos valores principiológicos em todos os atos administrativos praticados com base na Lei nº 14.133/21.

³³¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 50.

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 35.

³³³ Entre esses autores está Marçal Justen Filho, que faz severas críticas à redação conferida ao art. 5º da Lei nº 14.133/21, em função da previsão expressa de vinte e dois princípios, sendo que apenas aqueles previstos no art. 37 seriam capazes de dar sustentação ao desenvolvimento dos instrumentos ali previstos.

As licitações e as contratações públicas regulamentadas na Lei nº 14.133/21 devem ser conduzidas no sentido de refletir a incidência de tais aspectos valorativos. Os modelos de licitação previstos no art. 28 da Lei nº 14.133/21, portanto, serão conduzidos sob o manto dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, previstos no dispositivo legal. São elas o I - pregão; II - concorrência; III - concurso; IV - leilão e o V - diálogo competitivo.

As modalidades pregão – destinada obrigatoriamente para aquisição de bens e serviços comuns, do tipo menor preço ou o de maior desconto e concorrência – destinada à contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, pelo critério do menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto, que seguem o mesmo rito processual previsto no art. 17 da Lei nº 14.133/21 (princípio da legalidade), devem garantir a maior participação possível, sendo vedada a utilização de cláusulas, requisitos ou critérios restritivos à competição, receber ampla divulgação pelos meios previstos na Lei e outros que garantam um universo mais alargado de interessados. Conduzidas por agente ou comissão de contratação no caso da concorrência ou por pregoeiro, no caso dos pregões, devem ser precedidas de amplo planejamento com a definição de todos os pormenores do objeto licitado, evidenciando sua necessidade para o interesse público e os critérios de julgamento que serão adotados nos termos da Lei. A definição dos principais atos e a atribuição de competência, por cada um deles, a servidores distintos, atendem ao princípio da segregação das funções, evitando o acúmulo de funções em um único responsável, permitindo a checagem da legalidade por servidores distintos e evitando o conflito de interesses atende aos elevados princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. A eficiência está em diversos dispositivos legais que conferem a ambas as modalidades maior celeridade, maior confiabilidade e especialmente maior rigor na realização nos atos preparatórios, que podem ser determinantes para a escolha do melhor contratado, bem como para um perfeito cumprimento contratual, de forma atender plenamente o interesse público envolvido.

A licitação na modalidade concurso, destinada a escolha dos melhores trabalhos técnicos ou artísticos, tem específica aplicação para a análise e julgamento de criações intelectuais, artísticas ou técnicas, também deve garantir a mais ampla participação, definindo com a maior objetividade possível, admitida por julgamentos de criações intelectuais, critérios de julgamento capazes de escolher

entre os participantes aquele que atenda mais adequadamente ao interesse público envolvido. Tem a finalidade de homenagear aquele que apresenta o melhor desempenho entre aqueles que se apresentam para julgamento que pode ser pelo tipo melhor técnica, mediante a concessão de um prêmio em dinheiro ou honraria.

O leilão se aplica à alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos pela Administração Pública, se desenvolvendo em única sessão onde é definido o arrematante pela oferta de lances sucessivos e progressivos, de modo que o vencedor será aquele que ofertar o maior lance, desde que superior àquele definido pela Administração na fase de planejamento, como o mínimo suficiente para atender ao valor atribuído ao bem leiloadado. Veja que essa modalidade, simples e célere, a eficiência está plenamente garantida, assim como a impessoalidade e a moralidade, já que não se sabe, de antemão, quais serão os proponentes e o valor de suas propostas.

E, por fim, o diálogo competitivo, modalidade sem previsão legal similar no ordenamento jurídico até a Lei nº 14.133/21, se destina a atender a Administração naquelas demandas em que não é capaz de encontrar, por si, soluções para o atendimento do interesse público, de modo que será construída, por meio do diálogo com os interessados, definindo os critérios e especificidades do objeto licitado, de modo a atender a administração na sua demanda. Trata-se de adequação da legislação à constante transformação tecnológica e rápida evolução das necessidades e interesses públicos que se apresentam em um mundo globalizado.

Como se pode notar, as modalidades mencionadas, algumas já existentes no ordenamento jurídico em outros diplomas, que foram substancialmente alteradas para se adequar às necessidades atuais, outras desconhecidas e que serão, certamente, objeto de lapidação durante a sua aplicação pelos órgãos e entes da Administração Pública, devem atender aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, conforme determina o art. 5º da Lei nº 14.133/21, e como impõe a lógica do ordenamento jurídico pátrio.

A atividade da Administração Pública deve estar desvestida de subjetivismos, de escolhas conduzidas por questões pessoais, deve ser objetiva e pautada pela lei. O interesse social deve sempre estar no centro das atividades administrativas exigindo do administrador uma conduta impessoal, eivada de moralidade e de probidade, apegada às leis. Não é outra a finalidade da licitação, que não seja garantir a escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

Não é por outra razão que toda a contratação pública, exceto previsões expressas em lei, deve ser precedida de procedimento licitatório, consistente no instrumento à disposição da Administração Pública para selecionar as melhores propostas, as mais vantajosas, para o contrato pretendido, conforme conceitua Hely Lopes Meireles³³⁴.

A autorização legal que permite a correção de erros formais representa uma evolução louvável

que permite que os verdadeiros fins do procedimento licitatório sejam atingidos.

Como afirma Antônio Carlos Cintra do Amaral³³⁵, o processo de contratação se inicia com o planejamento, atualmente reconhecida como uma das fases da licitação, que muitas vezes se torna ineficiente em função da necessidade de rapidez e agilidade na finalização do procedimento. E, concluímos: a previsão de uma fase preparatória mais detalhada, com exigências indispensáveis para a própria validade do ato, pode ser essencial para a mudança de postura relativamente ao planejamento do processo de licitação, elevando-o a um grau de preocupação e de cuidado maior e com isso alcançar, de fato, a eficiência prevista no art. 37 da CF/88, que se evidencia não só pelo contrato mais vantajoso economicamente, mas que qualitativamente atenda a Administração Pública no interesse envolvido.

A Nova Lei de Licitações e Contratos, apresenta uma ampla gama de atos, requisitos e critérios que devem ser observados no desenvolvimento do procedimento de licitação, entretanto as particularidades serão definidas pelo legislativo de cada ente federativo, de acordo com suas especificidades técnicas, de

³³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 283.

³³⁵ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Leilão, a segurança jurídica e o princípio da boa-fé. In: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2010, p. 33-34.

pessoal, financeiras, de modo a ajustá-las a sua realidade sem, entretanto, deixar de cumpri-las.

De início já é possível identificar um ajuste de postura da lei relativamente ao direcionamento de sua aplicação, alterando seu foco para a finalidade do contrato que será firmado e não ao valor do seu objeto. Sendo assim, aos agentes cabe não só definir o que será objeto do contrato, mas o tipo de contrato que se pretende firmar. E todo o seu conteúdo segue por esse caminho, de alterar a postura preocupando-se muito mais com complexidades, vantagens e princípios do que com o objeto e seu valor econômico. A licitação não é para contratar pelo valor mais baixo, tem a finalidade de contratar o melhor custo-benefício.

Além desses temas, outras novidades nos convidam à reflexão e ao debate acerca da Lei nº 14.133/21 e seus institutos, a entender melhor seu universo de aplicação, sua capacidade de alcançar a realização dos interesses públicos envolvidos e de ser utilizada de fato como instrumento da Administração para firmar contratos vantajosos. Ainda restam muitos temas a serem estudados para aperfeiçoar os instrumentos para alcançar o mais eficiente atendimento aos interesses públicos.

Como toda inovação não se pretende que a Lei nº 14.133/21 esteja perfeitamente redigida, tampouco que a sua aplicação pelos entes da Administração Pública da União, dos Estados e especialmente dos municípios enfrentem diversos desafios. De todo modo, o que se percebe é que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos intentou dar maior efetividade para o planejamento, atender à necessidade de novas tecnologias e à evolução constante do mercado, que muitas impõem obstáculos até mesmo científicos ao desenvolvimento de políticas públicas e ao atendimento dos mais variados interesses sociais. A sociedade é cada vez mais dinâmica e exige maior rapidez no serviço público para que seja reconhecido como eficiente.

O primeiro desafio é meramente psicológico. Desde a década de 1990 os servidores atuam sob as regras da Lei nº 8.666/93. Boa ou ruim, as administrações se adaptaram a ela, de forma que mecanicamente já realizavam os seus dispositivos. Agora terão que sair de uma zona de conforto para se readaptar a novos conceitos, atos e procedimentos. Tendo em vista que a nova redação é mais minuciosa e impõe muitas exigências para os servidores atuantes nas licitações é evidente que essa primeira barreira deverá ser rompida com a oferta de

aperfeiçoamento para os servidores e adaptação estrutural para atender às suas necessidades na implementação do modelo imposto pela nova lei.

É bem verdade que a Lei nº 8.666/93 demonstrou que o excesso de formalismo e burocracia não levou necessariamente a processos licitatórios mais efetivos em resultado e menos instados à casos de corrupção. Contudo, também é certo que a atividade administrativa, por se dirigir à gerência da coisa pública, ao exercício de função pública, deve ser revestida de formalidade, como impõe o princípio da legalidade, de modo a garantir a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência.

E atento a essa referência o legislador dirigiu a formalidade para questões estratégicas da licitação, ao que parece, visando impor formalidades e burocracias úteis ao desenvolvimento de um processo licitatório justo, vantajoso para a Administração Pública e eficiente no seu resultado (econômico, de qualidade e que atenda ao interesse social).

Desta maneira, outro desafio é conduzir o olhar da Administração Pública, dos seus servidores e dos órgãos de controle, no sentido de compreender a real finalidade da Lei de Licitações e Contratações Públicas, que não deve ser aplicada de maneira inflexível, com interpretações que imponham excesso de formalidades e burocracias onde os resultados não serão a melhor contratação para o Poder público. A licitação deve ser utilizada como um instrumento e não como uma arma. O instrumento auxilia a arma afasta.

Diversos dispositivos legais que permeiam a nova Lei de Licitações indicam que a intenção do legislador é a de submeter o procedimento administrativo à um formalismo moderado, reprovando os atos que contenham vícios graves, que não possam ser sanados, o que representa uma mudança louvável no sentido de perseguir os verdadeiros fins do procedimento licitatório.

O art. 12, incisos IV e V do já citado art. 12 da Lei Federal nº 14.133/2021 permite a correção de erros formais, já o inciso I, do art. 59 dispõe que as propostas que contenham vícios insanáveis serão desclassificadas, de modo que o termo “insanáveis” demonstra a intenção do legislador de aplicar o formalismo moderado, reprovando somente os atos que contenham vícios graves, que possam comprometer a isonomia do certame.

Outro desafio está ligado diretamente às condições físicas dos órgãos e entes administrativos, que se apresentam de forma completamente diferentes em todo o

país. Existem municípios completamente estruturados, organizados e aparelhados para a aplicação e bom uso da Lei nº 14.133/21. Outros, por sua vez, não possuem estrutura mínima, sequer de servidores capacitados para analisar as necessidades da Administração e preparar um plano de contratações anual, quiçá para analisar um projeto técnico. O problema aí é de desigualdade.

Contudo, a Lei parece trazer um bom instituto para lidar com tal desafio, qual seja, a padronização dos instrumentos e a ampla divulgação dos modelos utilizados e listagem de fornecedores credenciados, que podem ser acessados pelas mais diversas Administrações Públicas e utilizados nas suas atividades. Ademais, a Lei trouxe os procedimentos auxiliares, que se bem utilizados podem tornar mais céleres e econômicos os processos de contratações públicas, trazendo mais eficiência até mesmo para aqueles órgãos e entes que disponham de estrutura mais precária.

Relativamente ao dinamismo das necessidades e problemas que são demandados do Poder Público todos os dias pela sociedade, o diálogo competitivo foi a mais inovadora previsão. Ele permite contratações de inovação pelo poder público, de forma bastante simplificada. Contudo também traz seus desafios como a dificuldade de adaptação das regras de licitação e contrato às peculiaridades da contratação de uma inovação, o risco comum de contratações que envolvem o desenvolvimento de novos produtos e serviços e o risco de má utilização.

As modalidades pregão e concorrência se apresentam como indicadas para os serviços comuns de engenharia, que são contratações muito comuns no âmbito das Administrações Públicas, embora não cotidianas, de forma que as Administrações precisarão ter em mente as condições técnicas de avaliar no caso concreto qual a melhor modalidade a ser adotada, o que exigirá. Há uma aparente “liberalidade” nessa coincidência, contudo não se trata de dar carta branca ao administrador para, nesses casos, escolher a melhor segundo suas convicções. Evidentemente, maior preparação dos servidores, sob pena de escolher aleatoriamente um ou outro, sem que a vantagem da existência de ambos, inclusive com critérios de julgamentos diferentes seja de fato utilizada para melhorar os resultados da contratação.

Ainda na questão estrutural, caracterizada especialmente pela diferença entre os órgãos e entes da Federação, pela desigualdade financeira, que não se restringe à sociedade, mas que também está presente nas Administrações Públicas, também

é possível identificar desafios na aplicação do princípio da segregação de funções nos procedimentos licitatórios, especialmente aqueles que envolvem objetos mais complexos e maior número de atos. Os entes federativos têm realidades estruturais muitas vezes incapaz de atender a essa determinação, sem prejuízo de outros serviços que tem por obrigação atender. Dispor de um servidor para cada uma das fases previstas no art. 17 da Lei nº 14.133/21 muitas vezes é impossível do ponto de vista de recursos humanos.

Em ocasiões que tais o que deve ter em mente o administrador é que os valores preservados pelo princípio a ser aplicado, no caso da segregação das funções, evitar o conflito de interesses e promover a fiscalização, deve ser atendido no maior grau possível, distribuindo para servidores diversos ao menos os principais atos como forma de garantir minimamente que um possa verificar a legalidade da atuação do anterior.

Pequenos municípios certamente terão maiores dificuldades em observar o princípio da segregação de funções, uma vez que não contam com quadro de pessoal, cujo quantitativo de servidores permite observar com rigor a divisão de atribuições. Nesses casos as fases do procedimento licitatório servirão de referencial, vedando a atuação de agentes em mais de uma fase na mesma contratação, admitindo-se flexibilizações sem prejuízo do efetivo controle.

O mesmo se diga relativamente ao princípio do planejamento e do desenvolvimento sustentável. Muitas vezes o planejamento da licitação, em virtude do objeto que se pretende contratar, exige certo conhecimento técnico (por vezes até dos mais simples), exige capacitação dos servidores, o que nem sempre está na realidade das Administrações Públicas. Muitas sequer possuem estrutura física para a realização de reuniões, encontros, audiências públicas, enfim, para o desenvolvimento das questões necessárias para a efetivação de um planejamento excelente, que levará a uma contratação não só vantajosa, mas que seja cumprida de maneira adequada, conforme o interesse público requer.

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável impõe especialmente requisitos aos interessados em contratar que identifiquem a boa prática social, a inclusão, ou que vise fomentar a economia local. Por vezes tais imposições podem refletir em restrição à competitividade, uma vez que a realidade local não apresenta empresas com capacidade de atendê-las. O que parece mais efetivo é analisar, na fase de planejamento, com base em pesquisa de mercado, se a exigência ou

benefício de fato implica em vantagem para a Administração Pública, caso contrário, justificando a contento, é possível abrir mão da previsão no edital.

É preciso ofertar motivação indicando as razões fáticas e jurídicas que justificam a flexibilização dos princípios mencionados, bem como oferecer alternativas possíveis para reforçar mecanismos de controle e de favorecimento de políticas públicas e a economia local.

Os órgãos e entes da federação, devem racionalizar as licitações de modo a ofertar opções que permitam aproveitar a imensa quantidade de recursos para avançar na agenda da sustentabilidade e de promoção e fomento da economia local.

Outro desafio a ser enfrentado, não só pelas administrações no sentido de não incidir em tal equívoco, mas especialmente dos órgãos de controle, é o risco da utilização da pauta do desenvolvimento nacional sustentável como instrumento de direcionamento das contratações, de restrição da competitividade ou de modo que imprimam obstáculos ao andamento, à celeridade e à contratação mais vantajosa e econômica.

Outro desafio é a utilização do diálogo competitivo. Trata-se de uma modalidade de licitação totalmente inédita, inspirada em modelo europeu, que pode i) cair em desuso, por ser considerada pouco útil para as contratações mais comuns e mais complexa; ii) ser utilizada de forma irregular, em lugar de outra modalidade mais adequada.

Na primeira hipótese, é possível que na grande maioria das administrações públicas locais, especialmente as menores, sequer encontrem circunstâncias no seu dia a dia, que justifiquem o uso de tal modalidade, que se apresenta mais cara e mais complexa. Isso levará a preconceitos relativamente a sua utilidade até que caia em desuso.

Na segunda hipótese, diante da incompreensão da efetiva finalidade da nova modalidade, utilizá-la para fins inadequados, até mesmo em substituição de outras modalidades que seriam mais adequadas aos fins que se pretende.

Ainda que não seja possível, de antemão, atribuir sucesso à nova modalidade, é possível identificar que se trata de modalidade licitatória que garante a competitividade, traz certa flexibilidade para a contratação, garante a isonomia e a transparência.

É preciso lembrar que o art. 5º da Lei nº 14.133/21 impõe a aplicação das disposições da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42³³⁶) nas contratações realizadas sob o comendo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de modo que a observância dos princípios e no sopesamento, observando a estrutura organizacional de cada órgão ou entidade ao determinar em seu art. 20 que a “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”.

É certo que cada órgão ou entidade, nos diversos níveis federativos, possuem uma realidade estrutural própria, obstáculos e dificuldades de gestão e estruturais que impactam negativa ou positivamente no desenvolvimento das diversas modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/21, contudo a concretização dos valores contido nos princípios constitucionais e aqueles deles derivados, previstos na Lei de Licitações, devem ser observados na maior medida possível.

Daí se conclui que é possível se pensar em adaptações possíveis, observado o princípio da legalidade que impõe a observância das disposições contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, específicas e compatíveis com a realidade de cada órgão ou entidade da federação, sempre caminhando para a concretização dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF/88, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, como aqueles previstos na Lei nº 14.133/21 que, como afirmam Marcos de Lima Porta e Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, “devem ser interpretados cum grano salis, especialmente aqueles que segundo entendemos, têm limites imprecisos”³³⁷, de forma que sejam cumpridos tanto quanto possível.

A prática certamente trará novas e maiores dificuldades no trato da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, também apresentará soluções e adequações para a sua utilização, conforme os casos concretos. É certo que a Lei nº 14.133/21 impactará na postura dos agentes de contratação, dos gestores, especialmente na preocupação com o planejamento, o que trará significativo impacto na organização e execução do orçamento. As contratações de inovação,

³³⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

³³⁷ PORTA, Marcos de Lima; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Título I – Disposições Preliminares. Capítulo II – Dos Princípios. Artigo 5º. In: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21.** 1. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 45.

que passaram a ser especificamente tratadas na Lei de Licitações, com adequações às suas características, exigirão atenção por parte dos órgãos de controle externo e interno.

Em suma, muito ainda será observado em termos de desafios impostos pelos novos dispositivos que regulam as licitações públicas e as contratações que delas decorrem. Contudo, o bom desenvolvimento dos instrumentos previstos na Lei nº 14.133/21, sem dúvida alguma, passa pela incidência dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF/88, garantindo que seus valores estejam refletidos no resultado da interpretação dos dispositivos legais nela contidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVAREZ RICO, Manuel. Consideraciones en torno a los Principios de Organización de la Administración Publica en la nueva Constitución Española. **Revista de Administración Pública**, n. 89, p. 391-410, 1979.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Leilão, a segurança jurídica e o princípio da boa-fé. In: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.

_____. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001.

_____. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 21-29, jan. 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo, Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 347-374, 2021.

_____; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN Mauricio. Título II – Das Licitações. Capítulo II – Da Fase preparatória. Seção II – Modalidades de Licitação. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21**. 1. ed. São Paulo: RT, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONTORIN, Joice; BERTONCINI, Mateus. 4. A inteligência artificial, princípio da responsabilidade e combate à corrupção. *In*: CRISTOVAN, José Sergio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de (Org.). **Direito Administrativo em Transformação**. Florianópolis: Habitus Editora, 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 05 ago. 2024

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm?origin=instituicao Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Decreto nº 21.981 de 19 de outubro de 1932.** Regula a profissão de Leiloeiro ao território da República. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/deceto/1930-1949/D21981.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm
Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006** (Republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm
Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6383.htm#:~:text=LEI%20No%206.383%2C%20DE,Uni%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%Aancias. Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm?origin=instituicao#:~:text=LEI%20No%2010.520%2C%20DE%2017%20DE%20JULHO%20DE%202002.&text=Institui%2C%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Uni%C3%A3o,comuns%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.** Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/____/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.** Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o §1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm Acesso em: 19 nov. 2024

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n^{os} 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n^o 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1688226/RJ**, Relator: Min. Francisco Falcão, Sessão Virtual de 01/12/2022 a 07/12/2022, Publicação: 13/12/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1918029/BA - 2021/0185331-3**, Segunda Turma, Relator: Min. Francisco Falcão, Julgamento: 26/09/2022. Publicação: 28/09/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no MS 22583/DF - 2016/0128578-5**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Julgamento: 14/06/2017, Publicação: 21/06/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1841049/CE - 2019/0294365-4**, Relator: Min. Francisco Falcão, Julgamento: 11/10/2021, Publicação: 14/10/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na MC 12457/RJ - 2007/0018465-0**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 06/05/2008, Publicação: 18/06/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 309.867/ES**, Primeira Turma, Relator: Min. Gurgel de Faria, Julgamento: 26/06/2018, Publicação: 08/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 807464**, decisão monocrática, Relator: Min. Sérgio Kukina, Publicação: 03/12/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 2444810**, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Julgamento: 01/02/2024. (decisão monocrática).

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.806.617**, Segunda Turma, Relator: Min. Og Fernandes, por unanimidade, Julgamento: 01/06/2021, Publicação: 11/06/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 5418/DF - 1997/0066093-1**, Relator: Min. Demócrito Reinaldo, Julgamento: 25/03/1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 12762/DF**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 28/05/2008, Publicação: 16/06/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 28123/DF - 2021/0328548-8**, Relator: Min. Gurgel de Faria, Julgamento: 23/03/2022, Publicação: 30/03/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 402.711/SP - 2002/0001074-0**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 11/06/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1959824/SP - 2021/0291873-4**, Tema Repetitivo 1149, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 08/03/2023, Publicação: 25/04/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 965.839/SP**, Primeira Turma, Relator: Min. Denise Arruda, Julgamento: 15/12/2009, Publicação: 02/02/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 997259/RS**, Segunda Turma, Relator: Min. Castro Meira.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.257.886/PE**, Segunda Turma, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Publicação: 11/11/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1786219/SP**, Segunda Turma, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 06/06/2019, Publicação: 18/06/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1840113/CE - 2019/0287783-0**, Relator: Min. Og Fernandes, Julgamento: 23/09/2020, Publicação: 23/10/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1257665/CE**, Relator: Min. Herman Benjamin. Publicação: 17/09/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 613262/RS - 2003/0216504-2**, Relator: Min. José Delgado, Julgamento: 01/06/2004, Publicação: 05/08/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 21949/PR - 2006/0105194-0**, Primeira Turma, Relatora: Min. Denise Arruda, Julgamento: 15/12/2009, Publicação: 02/02/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 23.360/PR**, Relator: Min. Denise Arruda, 1ª Turma, Julgamento: 18/11/2008, Publicação: 17/12/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 30049/GO - 2009/0144671-2**, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 21/09/2010. Publicação: 13/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 39.883/MT**, Segunda Turma, Relator: Min. Humberto Martins, Publicação: 03/02/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 62.150/SC**, Relator: Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgamento: 8/6/2021, Publicação: 21/6/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 67108/MA - 2021/0255030-3**, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgamento: 05/04/2022, Publicação: 24/06/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 3.119/PR**, Relator: Min. Alexandre de Moraes.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.444/RS**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 06/11/2014, Publicação: 02/02/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.661-MC/MA**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 05/06/2002, Publicação: 23/08/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.716/RO**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau, Publicação: 29/11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2946**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 09/03/2022, Publicação: 18/05/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3583**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgamento: 21/02/2008, Publicação: 14/03/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.552-MC**, Plenário, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Publicação: 09/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3853**, Plenário, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Publicação: 26/10/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.418**, Plenário, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 20/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/09/2023, Publicação: 23/10/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4970**, Tribunal Pleno, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 15/09/2021, Publicação: 22/09/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5889 MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 06/06/2018, Publicação: 29/07/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6019**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 12/05/2021, Publicação: 06/07/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6347/MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 30/04/2020, Publicação: 14/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6421**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgamento: 11/03/2024, Publicação: 17/04/2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3937**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 24/08/2017, Publicação: 01/02/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 3540/DF**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, Publicação: 03/02/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF-MC**, Relator: Min. Ayres Britto, Publicação: 07/11/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 129**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Publicação: 09/12/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 275**, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 17/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 387**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 23/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 405/RJ**, Relatora: Min. Rosa Weber, Julgamento: 21/06/2021, Publicação: 30/06/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 524 MC**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 13/10/2020, Publicação: 23/11/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 556**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 14/2/2020, Publicação: 06/03/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 620**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 24/02/202, Publicação: 11/03/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 620-MC-Ref**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 03/04/2020, Publicação: 12/05/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência 7.204/MG**, Relator: Min. Ayres Britto, Julgamento: 29/06/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, Relator: Min. Moreira Alves, DJ 19/03/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MC na ADI 6.421/DF**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgamento: 02/10/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 24725/DF**, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 16/12/2003, Publicação: 02/02/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.920/DF**, Relatora: Min. Cármen Lúcia. Publicação: 02/10/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE - Repercussão Geral – Mérito (Tema 907)**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 14/11/2018, Publicação: 31/07/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 253885/MG**, Primeira Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie, Publicação: 04/06/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 770.329**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso, Publicação: 05/06/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 910552**, Tribunal Pleno, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 03/07/2023, Publicação: 09/08/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 579951/RN**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 20/08/2008, Publicação: 24/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 613.481-AgR**, Primeira Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, Publicação: 09/04/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 817.338-RG/DF, Tema RG nº 839**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 16/10/2019, Publicação: 31/07/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.133.118/SP**, Plenário, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 14/06/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHD 22/DF**, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Publicação: 01/09/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 23714/DF**, Primeira Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Publicação: 05/09/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SS 3.902-AgR-Segundo/SP**, Relator: Min. Ayres Britto, Julgamento: 09/06/2011, Publicação: 03/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 13**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227>
 Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>
 Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 503/2021**, Plenário, Processo 029.273/2020-0, Relator: Min. Cons. Augusto Sherman Sessão: 10/03/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 766/2010**, Plenário, Relator: Cons. José Jorge, Processo nº 006.693/2009-3, Sessão: 14/04/2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1217/2024**, Plenário, Processo 039.061/2023-0, Relator: Augusto Sherman, Sessão: 19/06/2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1257/2023**, Plenário, Processo 021.656/2019-3, Relator: Benjamin Zymler, Sessão: 21/06/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1465/2024**, Plenário, Processo 036.073/2016-4, Relator: Min. Weder de Oliveira, Sessão: 24/07/2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2375/2015**, Plenário, Relator: Min. Guilherme Palmeira.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.389/2006**, Plenário, Processo 020.747/2005-3, Relator: Ubiratan Aguiar, Sessão: 06/12/2006.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2529/2021**, Plenário, Processo 037.472/2021-6, Relator: Min. Cons. Raimundo Carreiro, Sessão: 20/10/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.785/2019**, Plenário, Processo 027.553/2019-1 Relator: Raimundo Carreiro, Sessão: 20/11/2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.870/2018**, Plenário, Processo 040.330/2018-4, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Sessão: 05/12/2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3.067/2005-TCU**, 1ª Câmara, Relator: Min. Guilherme Palmeira, Brasília, 08/12/2005, Publicação: 15/12/2005.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3213/2019**, 1ª Câmara, Processo 005.848/2015-6, Relator: Benjamin Zymler, Sessão: 16/04/2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3381/2013**, Plenário, Processo 016.462/2013-0, Relator: Cons. Valmir Campelo, Sessão: 04/12/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 505/2021**, Plenário, Relator: Min. Marcos Bemquerer, Processo 000.306/2012-6, Sessão: 10/03/2021, Número da Ata 7/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2659/2014**, Plenário, Relator: Min. José Mucio Monteiro.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3294/2014**, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3389/2010**, Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4423/2024**, 1ª Câmara, Processo 037.224/2023-9, Relator: Weder de Oliveira, Sessão: 25/06/2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3240/2010**, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 8514/2017**, 2ª Câmara, Processo 014.565/2017-0, Relator: José Mucio Monteiro, Sessão: 12/09/2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.857/2011**, Plenário, Relator Min. André de Carvalho.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão n. 592-994**, Plenário, Processo TC 007.913-94-0 e TC-009.802-94-0, Relator: Min. Bento José Bugarin, Julgamento: 14/09/94, Publicação: 28/09/94.

_____. Tribunal de Contas da União. **Referencial Básico de Governança: Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública**. Versão 2. Brasília, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/governanca/entendendo-a-governanca/referencial-de-governanca/> Acesso em: 15 jul. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula 177**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-177-tcu/> Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula 247**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tc.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/Objeto-divis%C3%ADvel.-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-por-item.-S%C3%BAmula-TCU-247.pdf> Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula 263**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/sumula/*/NUMERO%253A263/sinonimos%253Dtrue Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **TC-007.9134-94-0 e TC-009.802-94-0**, Relator: Min. Carlos Átila Álvares da Silva, Julgamento: 24/05/94, Publicação: 05/06/95.

BRUNDTLAND, G. H. *et al.* **Our common future; by world commission on environment and development**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade do Tribunal de Constas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. Contratações Públicas para projetos de infraestrutura. *In*: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Orgs.). **Direito da Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo? *In*: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). **Crises e reformas legislativas na agenda de**

Direito Administrativo. **XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-151, 2018.

_____. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21**. 1. ed. São Paulo: RT, 2021.

_____. **Inovações na tipificação do ato de improbidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

_____; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa: Novas disposições**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CHALITA, Gabriel. Princípio da Segurança Jurídica. *In*: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos direitos humanos. **Boletim dos Procuradores da República**, v. 40, p. 3-8, 2001.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209–242, 2020.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos das licitações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Aspectos jurídicos da licitação.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DICIONÁRIO MICHAELLIS. **Impessoal.** Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portuguesbrasileiro/impessoal>

Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Moral.** Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moral/>

Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Princípio.** Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/modernoportugues/busca/portuguesbrasileiro/princ%C3>

%ADpio/ Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Etapa.** Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/etapa>

Acesso em: 07 mar. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. *In:* MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios do Direito Administrativo.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

_____. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; MARRARA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, objetivos e princípios. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**: inovações da Lei nº 14.133 de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público**. Navarra: Analecta, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O dever de publicidade do estado diante das inovações tecnológicas. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo I**. 16. ed. Madrid: Civitas, 2011.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es> Acesso em: 05 ago. 2024

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FECURI, Ana Cristina. **Lei nº 14.133/2021**: projetos básicos e defeituosos sob a ótica da nova lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacob. **Sistema de Registro de Preços, Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa dos Administrados. *In*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 61, ano XV, jan./mar. 1982.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Responsabilidade dos prefeitos e vereadores**. 5. ed. Bauru: EDIPRO, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOÑI, Marcelo Laborde. El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública. **Revista de Derecho Público**, año 25, n. 50, p. 35-71, dic. 2016.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do Direito Público**. Tradução de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: la defensa del usuario y del administrado**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Reflexões acerca do princípio da impessoalidade. *In*: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUIMARÃES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**: inovações da Lei nº 14.133 de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARRARA, Thiago. Breve introito: por que ainda falar de princípios? *In*: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Transparência. *In*: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**: Teoria geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2015, v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

_____. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel Menezes *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NOHARA, Irene Patricia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e contratos administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 6.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Razoabilidade, proporcionalidade e probidade administrativa: tutela adequada do interesse público anticorrupção. *In*: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do Interesse Público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 220, p. 69-107, 2000.

PAREJO ALFONSO, L. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, [S. l.], n. 218-219, 1989.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio pública. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PORTA, Marcos de Lima; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Título I – Disposições Preliminares. Capítulo II – Dos Princípios. Artigo 5º. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: RT, 2021.

PUC CETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Título II – Das licitações – Capítulo I – Do Processo Licitatório. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: RT, 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, p. 97-110, 1995.

TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. *In*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, n. 58, p. 193-219, 2004.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no direito do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004,** relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20080915>. Acesso em: 29 jul. 2024.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da escolha de leiloeiros oficiais pela Administração Pública para atuação em execuções fiscais. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 55, jan. 2011.