

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

TÁLISSON MARTINS RODRIGUES SILVA

**A FASE INTERNA DA LICITAÇÃO NA LEI 14.133/21:  
observância ao princípio do planejamento ou excesso de formalismo?**

UBERLÂNDIA - MG

2023

TÁLISSON MARTINS RODRIGUES SILVA

**A FASE INTERNA DA LICITAÇÃO NA LEI 14.133/21:  
observância ao princípio do planejamento ou excesso de formalismo?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

UBERLÂNDIA - MG

2023

TÁLISSON MARTINS RODRIGUES SILVA

**A FASE INTERNA DA LICITAÇÃO NA LEI 14.133/21:  
observância ao princípio do planejamento ou excesso de formalismo?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Uberlândia, \_\_ de novembro de 2023.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo - UFU

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello - UFU

---

Me. Beatriz Dixon Moreira Alves - UFU

## RESUMO

A licitação consiste no meio através do qual o Poder Público se vale de critérios isonômicos para selecionar agentes privados capazes de assisti-lo na consecução de sua função administrativa. Trata-se, portanto, de importante instituto de direito público, intimamente relacionado ao cumprimento dos deveres e finalidades a que se destina toda atuação do Estado. Desse modo, diante das recentes e significativas alterações sofridas pela matéria com a promulgação da Lei Federal 14.133/21, o presente trabalho visa esclarecer as razões que levaram o Congresso Nacional à promoção de acentuada mudança a incidir em todos os níveis e esferas de governo e, principalmente, verificar se tais mudanças estão alinhadas com os princípios do planejamento e da eficiência ou se representam formalismo excessivo. Para tanto, optou-se pela análise pormenorizada da fase interna do processo licitatório, visto ser a fase que evidencia a etapa de planejamento e, por conseguinte, a que contempla os principais instrumentos inovadores trazidos pela Nova Lei. Após extensa pesquisa bibliográfica em atos normativos, doutrinas, artigos científicos e jurisprudência especializada, percebeu-se que as modificações a serem implementadas são fruto da experiência prática e do conhecimento técnico-científico acumulado pela União nas últimas décadas, com auxílio do Tribunal de Contas. Além disso, observou-se que a consolidação de referidos conhecimentos em um diploma normativo de abrangência nacional constitui a garantia de que as novas diretrizes de planejamento, governança, transparência e parceria público-privada sejam seguidas por todos os entes e órgãos que compõem a Administração Pública brasileira, traduzindo-se em melhorias e avanços nos serviços públicos prestados.

**Palavras-chave:** Licitação; Planejamento; Contratações Públicas; Administração Pública; Eficiência.

## ABSTRACT

The Brazilian Government uses isonomic criteria to select private agents capable of assisting it in its administrative function by bidding. It is therefore an important institute of public law, closely related to fulfilling the duties and purposes for which all state action is intended. This paper aims to clarify the reasons that led the National Congress to promote the recent major changes that affect all levels and spheres of government, besides verifying whether these changes align with the principles of planning and efficiency or if it is excessive formalism. To do so, the internal phase of the bidding process was strictly analyzed since it is the phase that highlights the planning stage and hence includes the main innovative instruments brought in by the new Federal Law 14.133/21. After extensive bibliographical research on normative acts, doctrines, scientific articles, and specialized case law, it was noticeable that the future amendments are the result of practical experience and technical-scientific knowledge accumulated by the Federal Government over the last few decades, with the help of the Court of Auditors. Furthermore, it was observed that the consolidation of this knowledge into a nationwide piece of legislation guarantees that all the Brazilian Public Administration entities and bodies adhere to the new guidelines for planning, governance, transparency, and public-private partnerships, ensuing improvements and advances in the public services provided.

**Keywords:** Bidding strategy; Brazilian law; efficient planning; Public Procurement; Public Administration.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES</b> .....	9
1.1 Aspectos Circunstanciais de Sua Criação.....	9
1.2 Os Pilares da Nova Lei.....	12
<b>2. A FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO</b> .....	13
2.1 Formalização da Demanda.....	14
2.2 Estudo Técnico Preliminar.....	15
2.3 Termo de Referência.....	17
2.4 Projeto Básico.....	18
2.5 Edital de Licitação.....	19
<b>3. APARENTE PARADOXO ENTRE EFICIÊNCIA E EXCESSO DE FORMALISMO</b> .....	20
3.1 Comparativo entre a Norma de 1993 e a de 2021.....	22
3.1.1 Princípios Norteadores.....	23
3.1.2 Enfoque.....	24
3.1.3 Instrumentos.....	25
3.2 Interpretação Integral e Ontológica da Nova Lei.....	26
3.3 Quebra de Paradoxo.....	28
<b>4. DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS DIRETRIZES DA NOVA FASE INTERNA</b> .....	30
4.1 Os Custos do Planejamento.....	31
4.2 Qualificação dos Agentes Públicos.....	32
4.3 Diferentes Realidades dos Entes Federativos.....	33
4.4 Resolução de Casos Simples.....	35
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	36
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	37

## INTRODUÇÃO

O instituto da licitação no direito brasileiro sofreu, desde a sua breve menção no ordenamento jurídico por meio do Decreto-Lei nº 200/1967<sup>1</sup>, diversas regulamentações ao longo dos anos, todas elas no intuito de adequar a sua aplicação ao modelo de administração pública então vigente, levando-se em conta os aspectos principiológicos preponderantes no sistema jurídico. Nesse sentido, considerando as recentes alterações regulatórias sofridas pela matéria através da Lei Federal nº 14.133/21, há de se buscar uma melhor compreensão acerca dos fundamentos de referidas alterações, tendo como propósito assimilar a nova regulamentação do processo licitatório em seus aspectos formais, notadamente quanto ao possível excesso de formalismo do novo diploma.

A licitação, compreendida como categoria de processo administrativo<sup>2</sup> por meio do qual a Administração Pública promove uma seleção competitiva de potenciais contratantes, encontra fundamento legal na própria Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 37, inciso XXI, a necessidade de instauração prévia de processo licitatório para as contratações públicas - excepcionadas as hipóteses de contratação direta, reguladas pela legislação infraconstitucional. Referida Constituição foi a primeira que mais evidentemente tratou da matéria<sup>3</sup>, no intuito de estabelecer as diretrizes por meio das quais o Estado atuaria com o propósito de garantir os direitos fundamentais por ela mesma declarados. Assim, ao mesmo tempo em que a Carta Política de 1988 consagra inúmeros direitos fundamentais e sociais ao povo brasileiro, ela determina o meio pelo qual tais direitos serão concretizados.

Desse modo, considerando o contexto histórico e político no qual se insere a Constituição Cidadã, o constituinte originário deu maior ênfase à forma de atuação estatal, de modo a consagrar o princípio da legalidade no qual se pautaria toda a atuação da Administração Pública<sup>4</sup>, como expressão evidente do Estado de Direito<sup>5</sup>. Referido viés principiológico foi reproduzido na primeira legislação que regulamentou, no plano infraconstitucional, a matéria de licitações e contratos administrativos, que, por sua vez,

---

<sup>1</sup> Primeiro diploma normativo a regulamentar as modalidades do processo licitatório, classificando-as, em seu revogado art. 127, como concorrência, tomada de preço e leilão.

<sup>2</sup> MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**. Volume 03. 1ª Edição. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2023. p. 175 e ss.

<sup>3</sup> MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. **A Licitação na Constituição de 1988**. Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois / organizadores: Bruno Dantas [et al.]. Editora: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. p. 178 - 198.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª Edição. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2020. p. 220.

<sup>5</sup> Idem. **O Princípio da Segurança Jurídica diante do Princípio da Legalidade**. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas. 2012. p. 7.

apoiou-se no Decreto-Lei 2.300/1986, anterior, portanto, à Carta de 1988. Indo além do que previa o texto constitucional<sup>6</sup>, a Lei 8.666 de 1993 não cuidou apenas de normas gerais acerca da matéria, regulando de forma detalhada, em seus mais de 120 artigos, inúmeros procedimentos, de maneira a evidenciar o viés burocrático da Administração Pública vigente à época.

Em seguida, após dez anos de sua promulgação, a Constituição de 1988 foi alterada em seu artigo 37, o qual passou a prever de maneira expressa mais um princípio que nortearia a atuação administrativa do Estado: o princípio da eficiência. Iniciou-se, assim, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, uma nova fase da Administração Pública brasileira, conhecida como Administração Gerencial<sup>7</sup>, cuja premissa corresponde à insuficiência da observância apenas aos aspectos legais na atuação do Estado, incluindo, para além disso, os resultados que efetivamente são entregues aos administrados, por intermédio da prestação de serviços públicos de qualidade e com o menor custo possível.

Com efeito, a fim de se adequar à nova perspectiva de atuação pública, o instituto da licitação sofre diversas modificações nos anos seguintes, com a criação de novas modalidades e procedimentos licitatórios<sup>8</sup>.

A última dessas mudanças consubstancia-se na criação do Projeto de Lei nº 4.253/2020<sup>9</sup>, a partir do qual nasce a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com o objetivo de unificar todas as mudanças sofridas pela matéria nas últimas décadas e, principalmente, consagrar o novo modelo de atuação da Administração Pública, pautado na eficiência, a incidir no plano de suas contratações.

Mais uma vez, observa-se que o novo diploma federal afastou-se da premissa constitucional segundo a qual caberia à União apenas a instituição das normas gerais acerca do instituto, sendo o novo diploma normativo ainda mais extenso e detalhista em relação ao

---

<sup>6</sup> CF/88, art. 22, XXVII.

<sup>7</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 21ª Edição. Rio de Janeiro - RJ: Forense; São Paulo- SP: Método, 2013. p. 129 - 133.

<sup>8</sup> Lei nº 10.520/02: cria e regulamenta o pregão; Lei 12.462/2011: institui o Regime Diferenciado de Contratações.

<sup>9</sup> As origens da Lei Federal 14.133/21 remontam ao Projeto de Lei do Senado nº 163 do ano de 1995, que, após ser aprovado nesta casa, passa a tramitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 1.292/1995. Posteriormente, outro Projeto de Lei também do Senado, PL 559/2013, que passou a tramitar, após aprovação na primeira Casa Legislativa, como Projeto de Lei nº 6.814/2017, foi apensado ao Projeto Principal (PL 1.292/95), junto com demais iniciativas legislativas. Na condição de casa revisora, a Câmara dos Deputados, ao apreciar o PL 1.292/95 e seus apensados, aprovou substitutivo em 17 de setembro de 2019, alterando substancialmente os textos originais apreciados. Ao ser devolvido ao Senado Federal para sua deliberação final, o Projeto passa a tramitar como Projeto de Lei nº 4.253/2020, sob a relatoria do Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>>. Acesso em: 14 de setembro de 2023.



primeiro, representando, *a priori*, verdadeiro paradoxo ao conjugar eficiência e excesso de formalismo.

Nesta acepção, cumpre ao presente trabalho a tarefa de tentar esclarecer as razões pelas quais o legislador brasileiro optou pela edição de um novo ato normativo com tamanho detalhamento e verificar se, de fato, referido ato cumpre com a finalidade de promover uma Administração Pública mais eficiente, traçando, ao final, desafios de ordem prática no que tange à implementação das mudanças trazidas pela nova legislação.

Para tanto, utilizar-se-á o método bibliográfico como forma de pesquisa e o modelo hipotético-dedutivo como meio de verificação e análise das hipóteses a serem utilizadas, objetivando a produção de conclusões lógicas e verificáveis.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

### 1.1 Aspectos Circunstanciais de Sua Criação

A entrada em vigor da Nova Lei de Licitações<sup>10</sup> marca o término, ainda que de forma não imediata<sup>11</sup>, de outras três normas reguladoras do tema licitação no direito brasileiro: a Lei 8.666/93, que durante quase três décadas foi o maior diploma normativo acerca da matéria de licitações e contratos administrativos; a Lei 10.520/10, que criou nova modalidade de licitação denominada pregão (eletrônico e presencial); e a Lei 12.462/11, por meio da qual se instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Com efeito, a primeira premissa que se pode inferir acerca do novo diploma é, certamente, o seu intuito de unificar a normatização que anteriormente se fazia por intermédio dos três diplomas a serem revogados. Todavia, ao analisar os aspectos inovadores e característicos da Nova Lei, a segunda proposição lógica que se pode fazer é que, indubitavelmente, o propósito do legislador não foi tão somente o de unificar as normas atinentes ao tema licitação e contratos administrativos, que outrora se encontravam em legislações esparsas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> AMORIM, Victor. **A Origem da Nova Lei de Licitações**. Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. Disponível em: <[https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/#\\_ftn5](https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/#_ftn5)>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

<sup>11</sup> Vide Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023.

<sup>12</sup> “A Lei Geral de Licitações e Contratos de 2021 buscou reduzir a fragmentação e a complexidade legislativa da matéria ao fundir em seu corpo normas de três leis que a antecederam, bem como a jurisprudência sobre a matéria. No entanto, ela não codificou o regime jurídico das licitações no Brasil, já que muitas leis especiais precedentes continuam a valer, como a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda para a Administração e o Estatuto das ME e EPP. Além disso, outras leis surgiram após sua edição, a exemplo da Lei das Startups (LC n. 182/2021), que introduziram normas de licitações e contratos para soluções inovadoras na Administração Pública”. (MARRARA, 2023, p. 181)

Durante a fase de criação do projeto de lei que mais tarde resultaria na edição da Lei nº 14.133, em abril de 2021, houve forte pressão no Congresso Nacional, por parte de administradores e gestores públicos estaduais e de grandes municípios do país, a fim de que referida legislação federal fosse, de fato, mais detalhista e instrutiva que o diploma anterior<sup>13</sup>. Buscava-se com essa pressão diminuir não só a liberdade de criação do gestor público, mas, principalmente, garantir maior segurança à sua gestão, de modo que, futuramente, tal gestor não viesse a ser responsabilizado por atos inovadores que lhe causassem riscos.

Esse fenômeno pode ser melhor compreendido ao observarmos novamente o viés protetivo da Constituição de 1988, que, a despeito de declarar inúmeros direitos fundamentais ao povo brasileiro, restringiu e condicionou sobremaneira a atuação do Poder Executivo, dando grande ênfase ao princípio da legalidade, a fim de que não fossem cometidos os mesmos excessos de regimes autoritários passados. Desse modo, cuidou a Constituição Democrática de fortalecer os órgãos de controle do Poder Público, dando, por exemplo, maior autonomia ao Ministério Público, ao discipliná-lo em capítulo próprio como uma das instituições essenciais ao funcionamento da justiça. Com efeito, surge em decorrência deste maior controle da atuação do Estado o fenômeno denominado “Administração Pública do Medo”<sup>14</sup>, o qual se consubstancia na inércia<sup>15</sup> e, conseqüente, ineficácia do poder público, sob a justificativa de não correr eventuais riscos e ser posteriormente responsabilizado por seus atos discricionários, que fogem da legalidade estrita.

Nesse sentido, Rodrigo Valgas dos Santos define que

Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.

Sob este contexto, atento às necessidades do administrador público, o legislador brasileiro fez com que o Projeto de Lei 4.253/20 pudesse, de alguma forma, garantir maior segurança jurídica à atuação dos gestores públicos, permitindo que sua atuação fosse respaldada pelas disposições legais, ainda que, para tanto, fosse necessário que tais disposições acabassem por gerar uma legislação mais extensa e analítica, promovendo alto

---

<sup>13</sup> ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **A Nova Lei de Licitações**. Escola Institucional do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, 05 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WaxEH4zYdgc>>. Acesso em: 30 de junho de 2023.

<sup>14</sup> DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**, Risco e Fuga da Responsabilização dos Agentes Públicos. *Revistas dos Tribunais*, 2022.

<sup>15</sup> “O medo de errar e ser visto como ímprobo gerou um apego excessivo às formalidades e o procedimento passou a ser considerado mais importante do que o resultado. Para o administrado, a consequência mediata foi a paralisação das demandas, a ineficiência na gestão e uma sensação de insegurança”. (ANASTASIA, 2023)

grau de detalhamento em diversos procedimentos por ela regulados. Ressalta-se, além disso, que manifestada atitude do legislador também pode ser evidenciada, neste mesmo período, com a edição da Lei nº 13.655 de 2018, a qual promove uma alteração substancial na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), justamente com o intuito garantir maior segurança à atuação do administrador público brasileiro.

Percebe-se, nesse sentido, o maior protagonismo exercido pelo Poder Legislativo na regulação de temas afetos ao Direito Administrativo, mormente em relação à matéria de licitações e contratos administrativos. Como observa Cristiana Fortini, este fato pode ser mais evidentemente notado ao analisarmos a evolução histórica pela qual passou a regulação das contratações públicas brasileiras, dividindo-se em duas grandes fases: a primeira delas, de 1922 a 1993, marcada pela predominância de normas produzidas pelo próprio Poder Executivo Federal, mediante a edição de decretos e de decretos-leis; a segunda, de 1993 até os dias de hoje, assinalada por amplos debates no Congresso Nacional acerca do tema, sob a égide da Constituição Federal de 1988, como expressão evidente do Estado Democrático de Direito. Todavia, há de se reconhecer que o Poder Legislativo Federal não foi completamente isento no âmbito de tais debates, tendo sido notadamente influenciado pela realidade administrativa de outros entes, como demonstrado alhures, assim como também por entendimentos consolidados no contexto de atuação do Tribunal de Contas da União, de modo que, como bem sintetiza a autora, “o novo marco legal resulta de aproximadamente 100 (cem) anos de experiência brasileira na disciplina das contratações públicas, representando o protagonismo do Poder Legislativo no debate acerca da matéria”<sup>16</sup>.

Este, portanto, representa o contexto de concepção da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que não se limitou, porém, ao simples atendimento às demandas presentes em seu processo de formação, promovendo, além disso, a consagração de quatro pilares nos quais não se pautar a atividade administrativa a partir de então, com vistas à implantação de providências indispensáveis para elevar a eficiência e a qualidade nas licitações e contratações públicas, promovendo, nas palavras de Marçal Justen Filho, “uma grande reforma administrativa”<sup>17</sup>, caso sejam verdadeiramente implementadas na realidade dos diversos entes e órgãos que compõem a Administração Pública brasileira.

---

<sup>16</sup> FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim. **Causas e Consequências do Maior Protagonismo do Poder Legislativo nos Debates sobre as Contratações Públicas - Lei nº 14.133/21**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023, p. 244.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Nova Lei de Licitações e Reforma Administrativa**. Fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/nova-lei-de-licitacoes-e-reforma-administrativa-1602>. Acesso em: 25 de novembro de 2023.

## 1.2 Os Pilares da Nova Lei

O primeiro e mais importante desses pilares é o planejamento<sup>18</sup>, o qual deverá respaldar toda a fase preparatória do processo licitatório, de maneira a possibilitar que a atuação administrativa seja, verdadeiramente, eficiente e efetiva, traduzindo-se em concreta materialização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente ao povo brasileiro, cuja promoção e garantia representa a finalidade última do Poder Público. Dessa forma, tendo em vista que o objeto da licitação constitui, via de regra, a celebração de um contrato administrativo que assegure o satisfatório cumprimento das funções administrativas de interesse público, imprescindível se faz a escolha do contrato que seguramente atenda às necessidades da administração, na medida adequada e necessária à satisfação do interesse público envolvido. Assim, para que referido propósito se cumpra, o planejamento da contratação mostra-se como etapa fundamental e basilar de todo o processo, recebendo, por conta disso, especial detalhamento por parte do novo diploma<sup>19</sup>.

De forma complementar ao pilar do planejamento, surge a governança como o segundo eixo a partir do qual se erige a Lei 14.133/21, por intermédio da qual torna-se possível que a implementação de um adequado planejamento ocorra. Definida como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”<sup>20</sup>, a governança pode ser vista como a maior liberdade dada pela Nova Legislação ao administrador, desde que seus atos sejam devidamente motivados e justificados de forma clara e transparente, a fim de que ele tenha segurança para tomar as melhores decisões dentro de sua área de competência, efetivando, por meio de técnicas de liderança, estratégia e controle<sup>21</sup>, oportunos planejamentos que viabilizem a produção de melhores resultados à sociedade.

---

<sup>18</sup> ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. **Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: impressões do XII Congresso Mineiro de Direito Administrativo**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023. p.13-19.

<sup>19</sup> “A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos tem um perfil inovador e arrojado, que vai além dos aspectos procedimentais e busca estabelecer normas conceituais e programáticas. Seu objetivo principal é incentivar um comportamento mais eficiente e transparente da Administração Pública, valorizando funções que eram ignoradas pela legislação anterior, como o planejamento, a governança, a integridade, a transparência e a parceria com o setor privado”. (ANASTASIA, 2023)

<sup>20</sup> Art. 2º do Decreto nº 9.203/17, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

<sup>21</sup> CAMARÃO, Tatiana. **A Nova Lei de Licitações é boa ou ruim?**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023. p.274.

O terceiro pilar consubstancia-se nas parcerias público-privadas, como forma de propiciar que o poder público se utilize de soluções mais eficientes e inovadoras criadas no âmbito da iniciativa privada, a fim de atender de modo satisfatório às demandas sociais, que, em razão de sua complexidade, exigem respostas cada vez mais sofisticadas e adequadas à realidade na qual se inserem. Desse modo, permitir que a Administração Pública se valha das melhores ferramentas disponíveis no mercado, tendo, além disso, a liberdade de elaborar em conjunto com o setor privado soluções arrojadas e inovadoras capazes de assistir às exigências da atividade estatal, em todas as suas nuances e especificidades, constitui sábia atitude do legislador, que se converte em benefícios concretos aos administrados.

Por fim, o quarto e último eixo sobre o qual se estabelece a Nova Lei de Licitações é a transparência, que representa, na verdade, necessário meio capaz de assegurar que todas as outras diretrizes possam ser implementadas em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, para garantir que o planejamento, a governabilidade e as parcerias público-privadas se deem em consonância com o regime jurídico administrativo, imperioso se faz a devida exposição das razões de fato e de direito que adequadamente justifiquem a atuação administrativa. Logo, para além da publicidade, que de forma objetiva constitui apenas uma condição para geração de efeitos dos atos administrativos, a transparência visa externar, informar e explicar, de maneira clara, precisa e inteligível, as razões que fundamentam as decisões tomadas pelos gestores públicos.

## **2. A FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO**

Expressão mais evidente do planejamento em uma contratação pública, a fase preparatória da licitação ostenta o atributo de balizar todo o processo licitatório, identificando a necessidade pública a ser atendida, demonstrando a adequação e a vantajosidade da solução pretendida, delimitando os requisitos e critérios técnicos que atendam à solução escolhida, prevendo os riscos e impactos econômicos de tal solução e decidindo, ao final, pela viabilidade ou não da contratação. Por essa razão, a fase interna da licitação - com ênfase na fase preparatória - ganha especial atenção do legislador, passando a ser normatizada em capítulo próprio. Trata-se de relevante inovação trazida pela Nova Lei de Licitações, na medida em que o Diploma Legal de 1993 era silente a este respeito, deixando a cargo de atos normativos secundários, no âmbito de cada ente federativo, o devido detalhamento de referido procedimento crucial no plano das contratações. Com efeito, em decorrência lógica deste maior detalhamento legislativo, o novo diploma acaba por ser formalmente mais extenso.

Nesse sentido, ao longo deste tópico, buscar-se-á identificar, sob o prisma da Lei 14.133/21, as principais características de mencionada fase da licitação, de modo a possibilitar inferir se referido excesso formal representa óbice ou meio para assegurar melhor cumprimento do princípio da eficiência nas contratações públicas.

Sob este contexto, pretende-se, ao final deste tópico, obter uma melhor compreensão acerca da Fase Preparatória da Licitação a partir da perspectiva do Novo Regulamento, que despendeu maior tratamento à matéria. Entretanto, antes de iniciar o estudo dos elementos característicos de referida fase, cumpre correlacioná-la com as demais fases que compõem a licitação. Conforme preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>22</sup>, o processo licitatório é composto por fases: uma interna e outra externa. A fase interna compreende a fase preparatória, imbuída do papel de produzir o devido planejamento prévio necessário às contratações do setor público, tendo como marco inicial o documento de formalização da demanda e encerrando-se com a edição do edital de licitação. A partir da publicação deste, inicia-se a fase externa, marcada pela relação entre o ente público e os agentes econômicos interessados em sua demanda e composta por todas as demais fases do processo licitatório<sup>23</sup>, que culminará na criação de um direito público subjetivo de preferência para contratar com o Poder Público, cuja titularidade pertence ao licitante vencedor.

## 2.1 Formalização da Demanda

Documento que marca o início da própria licitação e de sua fase interna, a formalização da demanda representa o meio através do qual o agente público responsável declara uma necessidade da Administração a ser atendida, a fim de que as atribuições por ele titularizadas possam ser satisfatoriamente exercidas, possibilitando, ao final, que o interesse público justificador de toda atividade estatal seja devidamente cumprido<sup>24</sup>. Percebe-se, portanto, uma correlação direta entre a necessidade de contratar e a finalidade de toda

---

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo - SP: Malheiros, 2014, p. 594 - 595.

<sup>23</sup> Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital;
- III - de apresentação de propostas e lances;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

<sup>24</sup> “[...] o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. (DALLARI, 2009, p. 108)

atividade administrativa. Atento a esta correlação, o legislador preceitua, nos termos da Lei 14.133/21, que a descrição da necessidade da contratação deve, necessariamente, caracterizar o interesse público envolvido<sup>25</sup>. Percebe-se, nesse sentido, a função orientadora da Nova Lei, no sentido de assegurar a inafastabilidade das contratações a serem formalizadas pelo Poder Público do interesse coletivo que fundamenta a existência de citado poder.

É de se ressaltar que, detém a competência para identificar certa necessidade e formalizar determinada demanda, o agente público cujas atribuições estejam relacionadas a tal necessidade. Isso se dá em razão de a Administração Pública, visando à eficiência de sua atividade, estar dividida a partir de critérios de competência. Desse modo, o agente público, ocupante de um cargo (servidor público), emprego (empregado público) ou função pública (servidor temporário) possui definido conjunto de atividades a serem por ele desempenhadas, que, por sua vez, integram uma unidade de competência - nos casos de cargo e emprego públicos - dentro de um órgão ou de uma entidade pública, esta detentora de personalidade jurídica, aquele destituído de tal atributo. Assim, decorre logicamente dessa estrutura que organiza toda a função administrativa, a proposição segundo a qual o agente que melhor poderá identificar certo problema a ser solucionado é aquele que está diretamente inserido no contexto de tal problema, de maneira que se possa visualizar a solução mais adequada à resolvê-lo. Em vista disso, a Nova Lei, também de forma coerente e adequada, notabiliza o princípio da segregação de funções<sup>26</sup>.

Para que se tenha cumprida a finalidade a que se destina o documento de formalização de demanda, é necessário, além de ser ele produzido por agente público competente, que referido documento seja instruído com outros que lhe deem suporte, destacando-se o Estudo Técnico Preliminar (ETP), o Termo de Referência (TR) ou o Projeto Básico (PB) e a Análise de Riscos da Contratação.

## **2.2 Estudo Técnico Preliminar**

Nos termos do art. 6º, inciso XX, da Nova Lei Licitações e Contratos Administrativos, o Estudo Técnico Preliminar é o documento que constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação pública. Por meio deste documento, objetiva-se a necessária caracterização

---

<sup>25</sup> Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido.

<sup>26</sup> Art. 5º, Lei nº 14.133/21.

do interesse público envolvido, isto é, a individualização do problema a ser solucionado, indicando, dentre todas as soluções possíveis, aquela que melhor atende a necessidade que se apresenta, demonstrando, ao final, o nexos existente entre referida solução e a finalidade administrativa que justifica toda a atuação do Estado. Como forma de assegurar tal correspondência entre a atuação específica da Administração no âmbito da solução demandada e o planejamento estratégico dessa mesma Administração, preceitua a Nova Lei que o ETP deve demonstrar a necessária previsão da contratação no Plano de Contratações Anual (PCA) do órgão ou da entidade em questão, a fim de evidenciar a confluência entre a situação específica ensejadora de um possível contrato administrativo e os objetivos de interesse público perseguidos por referido órgão ou entidade. Além disso, cumpre a referido documento inicial de natureza examinatória a indicação dos valores e quantidades estimados para a contratação, a descrição da solução como um todo, o demonstrativo dos resultados pretendidos, a descrição de possíveis impactos e suas respectivas medidas mitigadoras e, por último, um posicionamento conclusivo acerca da adequação ou não da contratação para atendimento da necessidade a que se destina, bem como da existência (ou não) de aspectos relacionados à sua vantajosidade<sup>27</sup>.

Evidencia-se, neste ponto, uma ampliação do conceito de vantajosidade, que assume diferentes estágios de abrangência a depender da abordagem que se utiliza, podendo lançar mão de critérios puramente objetivos de menor preço no momento da escolha do contratado, passando pela análise do custo-benefício a médio e a longo prazo, chegando à análise de fatores transindividuais que consideram aspectos do ponto de vista não só econômico, mas também social e ambiental. Nestes termos, expõe Thiago Marrara<sup>28</sup> que

Numa abordagem intermediária, a vantajosidade trata como melhor proposta a que traz mais benefícios de médio ou longo prazo. Não interessa verificar apenas a técnica ou o valor indicado nas propostas durante a licitação. Cumpre, adicionalmente, examinar seus impactos futuros para o ente contratante. Seguindo essa lógica, ao adquirir um veículo, a Administração deverá olhar não apenas para o valor de venda indicado pelos licitantes no certame. Será igualmente necessário ponderar os custos de manutenção, seguro, reparos, bem como sua depreciação ao longo do tempo. Fala-se aqui em análise do “ciclo de vida do objeto”, ou seja, examinam-se os custos e as despesas relacionadas com o emprego do objeto pelo contratante durante o contrato e, até mesmo, após o seu término. A Lei de Licitações de 2021 abriu espaço para essa visão ampliada da vantajosidade ao consagrar de maneira expressa a possibilidade de consideração dos custos do ciclo de vida do objeto contratado.

Ao final do ETP, deverá constar o posicionamento conclusivo acerca da congruência entre a possível contratação e o atendimento da necessidade de interesse público identificado.

---

<sup>27</sup> Art. 18, § 1º, Lei 14.133/21.

<sup>28</sup> MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**. Volume 03. 1ª Edição. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2023. p. 193.



Caso o posicionamento conclusivo do ETP seja pela contratação, haverá, em seguida, a necessária elaboração de outro documento, destinado, por seu turno, a definir e dimensionar o objeto a ser contratado. Referido documento adquire diferentes terminologias a depender da natureza do objeto que ele se propõe a definir - destacando-se, também, diferentes parâmetros e elementos descritivos que servirão de base para cada um deles, a depender da natureza do objeto a ser descrito. Sendo, portanto, o objeto da contratação a compra de um bem ou a aquisição de um serviço comum, o documento que lhe servirá de base é o Termo de Referência (TR), ao passo que, se o objeto for uma obra ou um serviço de engenharia, o documento que balizará todas as suas etapas subsequentes é o Projeto Básico (PB).

### 2.3 Termo de Referência

O Termo de Referência também encontra-se normatizado na Nova Lei de Licitações, que o conceitua como “documento necessário para a contratação de bens e serviços”<sup>29</sup>. Trata-se de um documento a ser editado também pelo agente público demandante, destinado a certificar que o objeto a ser contratado cumpra, sob o ponto de vista técnico-científico, todas as exigências capazes de solucionar o problema anteriormente apontado no Estudo Técnico Preliminar. Cuida-se verdadeiramente de um parâmetro que servirá posteriormente como critério de aceitabilidade das propostas a serem apresentadas, bem como um dos métodos de habilitação do licitante que tenha apresentado a proposta mais vantajosa, afetando diretamente a competitividade do certame, conforme também ensina Thiago Marrara<sup>30</sup>:

A definição do objeto determina de maneira fundamental tanto a capacidade do contrato para superar a necessidade ou o problema identificado pela Administração como justificativa da contratação, quanto ao grau de competitividade da licitação. Conforme maior ou menor complexo se torne o objeto contratual em termos quantitativos e qualitativos, menos serão os agentes econômicos em condições de participar do certame. Por essa razão, na preparação da licitação e na definição do objeto, é possível que desponte um dilema entre buscar possíveis economias de escala advindas de aumento do objeto, de um lado ou parcelar o objeto para atrair mais licitantes, de outro.

Assim, para que a Administração Pública não cometa o equívoco de contratar objeto diverso daquele apontado como solução para a demanda anteriormente identificada, a Nova Lei prescreve, de forma detalhada, todos os elementos descritivos que deverão compor o Termo de Referência, dentre os quais se destacam: a precisa definição do objeto, contendo suas especificações técnicas, quantidades e estimativa de valor; o prazo de execução do contrato; a descrição da solução como um todo, levando-se em conta todo o ciclo de vida do

---

<sup>29</sup> Art. 6º, inciso XXIII, Lei 14.133/21.

<sup>30</sup> MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**. Volume 03. 1ª Edição. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2023. p. 201.

objeto; os requisitos da contratação; o modelo de execução do objeto; o modelo de gestão do contrato; critérios de medição e pagamento; entre outros.

Em decorrência direta da necessária caracterização do bem ou serviço que será objeto do contrato administrativo a ser celebrado, surgem questões importantes a serem enfrentadas pelo administrador, nesta fase do planejamento.

A primeira delas diz respeito à observância aos princípios do parcelamento e da padronização, visando à economia em escala, de tal modo que, nos casos em que for possível, a Administração deverá proceder à elaboração de um TR que contenha uma descrição padronizada do objeto, bem como à possibilidade de sua fragmentação, com vistas a promover uma maior concorrência de mercado, que ensejará, por conseguinte, na redução nos preços apresentados.

Por outro lado, se a solução pretendida só puder ser alcançada mediante a descrição extremamente restrita do objeto, isto é, por meio da indicação de uma marca ou de um fabricante exclusivo - o que anularia por completo a competitividade do certame -, a Lei permite que o administrador assim proceda, sendo imprescindível o devido cumprimento dos princípios da motivação e da transparência, respeitando as situações abrangidas pela legislação.

Por fim, outro aspecto relevante consiste na formação do valor estimado, que também deverá compor o TR. Nesse ponto, o Novo Regulamento trouxe importantes inovações ao prever técnicas precisas de pesquisa de preço<sup>31</sup>, no intuito de impedir o sobrepreço e, futuramente, o superfaturamento em uma contratação, além possibilitar a publicidade diferida do preço estimado, com o objetivo de obter propostas mais vantajosas do ponto de vista econômico.

## **2.4 Projeto Básico**

Consciente das significativas especificidades presentes em uma obra ou serviço de engenharia, o legislador atentou para a necessidade de documento próprio capaz de definir e dimensionar, com precisão, o objeto específico a ser realizado: o Projeto Básico, também normatizado no art. 6º da Nova Lei. Ressalta-se, porém, que referido documento, apesar de possuir elementos e características próprias, cumpre a mesma finalidade do TR, qual seja, a garantia de que a administração não incorra no erro de selecionar proposta que não atenda à demanda originária, possibilitando, além disso, o necessário e adequado acompanhamento da execução, a fim de que ela produza os resultados originalmente estabelecidos.

---

<sup>31</sup> Art. 23, Lei 14.133/21.

Desse modo, cumpre ao órgão técnico demandante elaborar documento que servirá de base para as próximas etapas da obra ou serviço de engenharia a ser contratado, o qual deverá mencionar os possíveis impactos ambientais a serem gerados, assim como suas adequadas formas de mitigação e tratamento, o detalhamento técnico, métodos e prazos de execução dos serviços, observando os aspectos ligados à saúde e à segurança das pessoas direta e indiretamente afetadas pela obra, os critérios para avaliação e medição do desempenho da contratada e dos resultados por ela produzidos, além do orçamento detalhado do custo global da obra ou do serviço.

Destaca-se que, por se tratar de documento que contém elevado grau de complexidade e especificidade técnica, a Lei 14.133/21 manteve a possibilidade, já existente no antigo diploma, de que seja feita contratação de empresa especializada para a elaboração do Projeto Básico, com a devida ressalva de que tal empresa não poderá participar da futura licitação por meio da qual será selecionado o responsável pela execução do projeto<sup>32</sup>, sob pena de grave ameaça aos princípios da igualdade e da competitividade que devem nortear o processo licitatório, na medida em que o projeto básico poderia ser elaborado com vistas a beneficiar a contratada responsável por sua elaboração.

## **2.5 Edital de Licitação**

Após a devida montagem de toda a documentação citada nos tópicos anteriores, passa-se à última etapa da fase interna da licitação: a elaboração, e posterior publicação, do edital do certame licitatório, o qual deverá ser instruído com pareceres técnico e jurídico, o primeiro de cunho facultativo a depender do objeto, o segundo, de caráter obrigatório. O edital de licitação consiste no ato administrativo de chamamento público, por meio do qual a administração pública convoca possíveis interessados em contratar com ela, a fim de que seja selecionada a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Por se tratar de um instrumento que encerra toda a fase preparatória da licitação, caracterizada pelo planejamento, é imprescindível que referido documento reflita, de forma fidedigna, o conteúdo de cada documento constituído nas etapas preliminares, de modo a garantir a preservação do interesse público específico, pormenorizado anteriormente. Além disso, em observância ao princípio da vinculação ao edital<sup>33</sup>, é essencialmente importante que tal documento estabelece os critérios por meio dos quais a administração, de forma objetiva, identificará a proposta vencedora (modalidade e tipo de licitação), bem como os requisitos

---

<sup>32</sup> Art. 14, Lei 14.133/21.

<sup>33</sup> Art. 5º, Lei 14.133/21.

habilitatórios que deverão ser preenchidos pelo licitante vencedor, necessários unicamente à garantia do devido cumprimento do objeto contratual, sendo vedadas, por previsão constitucional expressa, exigências que contrariem o princípio da competitividade.

Outrossim, é de fundamental relevância que o edital de licitação também contemple os principais elementos necessários à fiel execução do objeto a ser contratado, contendo a sua indubitável descrição, parâmetros de fiscalização e gestão do contrato, critérios de medição e avaliação de desempenho, condições e formas de pagamento, responsabilidades das partes contratantes, além de outras informações indispensáveis à celebração do contrato<sup>34</sup>. Com relação a esta última finalidade, preceitua o art. 18, IV, da Nova Lei, que, sendo adequado e necessário, o edital do certame deverá ser acompanhado, em seus anexos, pela minuta do futuro contrato administrativo a ser celebrado. Isso se dá em razão de possuírem, os contratos administrativos, o atributo de serem, em regra, contratos de adesão. Logo, a fim de preservar a autonomia da vontade do licitante vencedor, fornecendo a ele, de forma prévia e transparente, todas as informações relativas às obrigações que serão por ele assumidas, é necessário haver a divulgação, junto com o edital, da minuta que servirá de base para a celebração do contrato.

Evidencia-se, nessa circunstância, que uma importante inovação da Nova Lei quanto às obrigações dos contratantes diz respeito à matriz de riscos<sup>35</sup>, correspondente a uma cláusula contratual que se presta a definir os riscos e apontar as responsabilidades das partes quanto a eventos futuros à celebração do contrato, que possam, de alguma forma, interferir no equilíbrio econômico-financeiro inicial. Trata-se de uma importante faceta do princípio do planejamento, que possibilita à administração pública agir de forma antecipada, sendo capaz de identificar previamente a melhor solução para eventos supervenientes que possam surgir durante a execução do objeto contratual, garantindo, assim, que tais eventos, ainda que inevitáveis, possam ter seus efeitos mitigados.

### **3. APARENTE PARADOXO ENTRE EFICIÊNCIA E EXCESSO DE FORMALISMO**

Uma vez conceituada e detalhada a Fase Interna da Licitação na Lei 14.133/21, a partir da análise de seus elementos constitutivos, passa-se a uma ampliação da perspectiva de investigação do objeto de estudo do presente trabalho, com vistas a examinar o desenvolvimento histórico de referida etapa do processo licitatório, à luz dos principais

---

<sup>34</sup> Art. 25, Lei 14.133/21.

<sup>35</sup> Art. 6º, inciso XXXVII, Lei 14.133/21.

diplomas normativos em matéria de licitação - tendo em vista que a lei constitui a primordial fonte do Direito Administrativo brasileiro. Em seguida, após uma melhor compreensão acerca do conceito e do desenvolvimento evolutivo da fase inicial da licitação no direito brasileiro, será possível depreender se as inovações promovidas pelo Estatuto de 2021 consubstancia em observância ao princípio do planejamento - e conseqüente concretização da eficiência nas contratações públicas - ou em excesso de formalismo.

Referida antinomia compõe o cerne dos principais debates sobre os avanços (ou retrocessos) trazidos pelo Novo Marco Legal das Contratações, que, como visto, trata de forma extensa e pormenorizada inúmeros procedimentos relativos à licitação, afastando ainda mais da premissa constitucional relacionada à competência legislativa da União no tocante à matéria. Para alguns doutrinadores, como Adilson Dallari<sup>36</sup>, mencionado afastamento representa verdadeiro vício de inconstitucionalidade, que já estava contido na Norma de 1993, tendo sido reproduzido no Novo Regulamento<sup>37</sup>. Para outros, como Thiago Marrara, aludido protagonismo da União em face dos demais entes federativos encontra algumas razões de ser, dentre elas

A estratégia do legislador de orientar milhares de entes políticos (sobretudo locais) que não lograriam construir arcabouço detalhado e bem estruturado de normas próprias por conta de suas fragilidades institucionais e operacionais. Outra vantagem desse modelo nacionalizante seria o de aproximar as normas aplicáveis por milhares de entes federativos, de maneira a aumentar a previsibilidade do sistema e a reduzir custos de transação para os agentes econômicos, permitindo que transitem com mais facilidade por licitações conduzidas em diferentes realidades. (MARRARA, 2023, p. 179)

Nestes termos, parece ser imperioso a indissociação do tratamento a ser despendido ao tema de abrangência nacional das realidades intrínsecas ao Estado brasileiro, marcado por fortes divergências regionais em razão de sua extensão continental, que inevitavelmente são refletidas nos entes políticos que o compõem, os quais possuem igualmente o dever de promover a todo povo brasileiro os mesmos direitos fundamentais consagrados em sua Carta Magna<sup>38</sup>.

Nesse mesmo sentido é o entendimento exposto por Cristiana Fortini, ao mencionar que “é fato que o legislador federal está a exercer a competência a ele concedida, partindo do

---

<sup>36</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**, 7ª Edição, Saraiva, São Paulo, p. 29-30.

<sup>37</sup> Idem. **Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21**. Abr. 2021. Consultor Jurídico. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222985/an%C3%A1lise%20cr%C3%ADtica%20das%20licita%C3%A7%C3%B5es%20na%20lei%2014.133\\_21%20-%20conjur.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222985/an%C3%A1lise%20cr%C3%ADtica%20das%20licita%C3%A7%C3%B5es%20na%20lei%2014.133_21%20-%20conjur.pdf?sequence=1). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 302-304.

pressuposto de que ao reger a contratação pública da forma eleita estaria a contribuir, na ponta, para a melhoria das atividades públicas nos entes subnacionais”<sup>39</sup>.

Ao lado disso, ressalta-se o protagonismo do Poder Legislativo para regulação de assuntos afetos a Direito Administrativo, visto que referido ramo no direito brasileiro não possui, a exemplo de outros países como a França, uma jurisdição própria, capaz de assegurar maior coesão e coerência na aplicação da matéria, por meio da formação de precedentes que visem à unificação de determinados entendimentos controversos, aptos a prejudicar a segurança jurídica<sup>40</sup>, elemento este que, como ensina J. J. Gomes Canotilho, está nas bases de atuação do Estado: “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da própria confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”<sup>41</sup>.

### 3.1 Comparativo entre a Norma de 1993 e a de 2021

O estudo comparado representa importante método de abordagem que dispõe o pesquisador do direito, haja vista que, por se tratar de uma ciência social aplicada, o direito constitui um fenômeno altamente variável no tempo e no espaço, refletindo, nas normas que o compõem, os fatos e os valores predominantes de um determinado povo<sup>42</sup>. Logo, para atingir melhor nível de compreensão acerca de um certo tema ou instituto jurídico, revela-se oportuna a comparação desse mesmo instituto com os contornos por ele assumidos em outros tempos e lugares.

Nesta esteira, cumpre ao presente trabalho a análise comparativa da fase interna da licitação nas Leis 8.666/93 e 14.133/21: principais regulamentos a tratarem do tema no direito brasileiro. Para isso, serão utilizados critérios que possibilitem uma análise da essência e do sentido de cada norma, ou seja, de suas finalidades e dos meios que cada uma delas se vale para alcançar tais propósitos. Ao final, espera-se obter melhor entendimento acerca da fase

---

<sup>39</sup> FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim. **Causas e Consequências do Maior Protagonismo do Poder Legislativo nos Debates sobre as Contratações Públicas - Lei nº 14.133/21**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023, p. 244.

<sup>40</sup> Neste ponto, destaca-se o fato de ter a Nova Lei absorvido diversos entendimentos pacificados no âmbito dos Tribunais de Contas, que, apesar de não serem órgãos do Poder Judiciário, contribuem para uma atuação mais homogênea da administração pública brasileira e, conseqüente, aumento da segurança jurídica, elementos de grande relevância para a consecução dos objetivos a que se destinam a função administrativa.

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 2000, p. 256.

<sup>42</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 57.

interna do processo licitatório, capaz de elucidar se as inovações do Novo Texto Legal representam (ou não) excesso de formalismo que comprometa a eficiência estatal.

### 3.1.1 Princípios Norteadores

Princípio é uma espécie de norma caracterizada por possuir baixa densidade normativa. Consiste, portanto, em enunciados normativos dotados de alta carga de significação, utilizados com o propósito de orientar a aplicação das regras jurídicas, possibilitando coesão e coerência ao ordenamento. Nesse sentido, os princípios inseridos no âmbito do processo licitatório possuem a importante função de fazer com que a aplicação das regras atinentes a referido processo sejam aplicadas em conformidade com todo o sistema de direito, cumprindo, de maneira efetiva, os objetivos a que se propõe a licitação, quais sejam, o tratamento isonômico dos licitantes, a seleção da proposta mais vantajosa para Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável<sup>43</sup>.

Nesse sentido, aduz Maria Helena Diniz<sup>44</sup> que

[...] o princípio geral do direito é uma diretriz para a integração das lacunas estabelecidas pela própria lei, mas é vago em sua expressão, reveste-se de caráter impreciso, uma vez que o elaborador da norma não diz o que deve se entender por princípio.

Segundo Robert Alexy<sup>45</sup>, a fundamentação dos princípios reside na qualidade de fazer com que algo seja realizado na maior medida possível, o que, nas palavras do autor, se traduz em “mandamentos de otimização”. Desse modo, pode-se afirmar que os princípios funcionam como verdadeiros indicadores que norteiam o sentido e o modo de aplicação das normas-regras, possibilitando que a finalidade a qual elas se destinam seja amplamente alcançada. Ambas as leis tratam, em dispositivos específicos, dos princípios que a cada uma delas são aplicados<sup>46,47</sup>.

---

<sup>43</sup> Art. 11, Lei 14.133/21.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Editora Saraiva, 2009, p. 472

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 90.

<sup>46</sup> Art. 3º da Lei 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

<sup>47</sup> Art. 5º da Lei 14.133/21: “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 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

Inobstante a Antiga Lei não prever uma lista fechada de princípios orientadores, observa-se que a Nova Lei de Licitações ampliou significativamente o rol de princípios aplicados ao processo licitatório. Destaca-se, no entanto, o teor da principiologia inserida no âmbito de aplicação das licitações, de tal sorte que se pode perceber a maior incidência dos princípios da Lei 8.666/93 ao procedimento licitatório em si, ao passo que a Lei 14.133/21 notabiliza normas principiológicas voltadas ao produto ou ao resultado da licitação: a celebração de um contrato eficiente e eficaz, que, verdadeiramente, atenda aos interesses públicos.

Ao ressaltar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da vinculação ao edital e aquelas que são a estes correlatos, o diploma de 1993 despande maior tratamento à fase de julgamento do certame, demonstrando maior preocupação em regular a atuação do agente público, externando o viés principiológico da Administração burocrática e legalista.

Por outro lado, ao analisar a inclusão, no processo licitatório, de princípios como o planejamento e a eficácia, evidencia-se o maior cuidado trazido pela nova legislação aos efeitos resultantes do processo, de maneira a permitir a concretização dos ditames da Administração Pública Gerencial nas contratações públicas e, assim, possibilitar efetiva materialização dos direitos fundamentais dos administrados.

Nota-se, portanto, a mudança de paradigma implementada pela Nova Legislação, ensejando, por intermédio dos princípios expressamente declarados por meio dela, um novo sentido na aplicação das regras reguladoras do processo licitatório, que se voltam, por sua vez, ao produto/resultado que efetivamente será entregue ao destinatário da atividade administrativa do Estado, ou, mais especificamente, ao devido cumprimento dos objetivos da licitação.

### **3.1.2 Enfoque**

Importante aspecto a ser considerado na análise comparativa das leis que regulam o processo de licitação e a formalização dos contratos administrativos consiste na perspectiva que cada uma delas adotou para, a partir de então, buscar a regulamentação dos institutos fundamentais da matéria. Com base no exame principiológico feito no tópico anterior, é possível iniciar a percepção quanto ao distinto foco adotado pelas respectivas legislações. Entretanto, a devida compreensão acerca da visão adotada por elas não se restringe aos princípios. Para além disso, avulta-se citada diferenciação em outros elementos constitutivos das mencionadas legislações, dentre os quais se destacam circunstâncias ligadas aos objetivos nelas estabelecidos.



A Lei 8.666/93 traz expressa previsão, em seu artigo 4º, parágrafo único, de que o procedimento licitatório nela regulado consubstancia-se em “ato administrativo formal”, de tal modo que se constitui em direito público subjetivo dos licitantes o estrito cumprimento aos requisitos formais que o determinam. Notabiliza-se, portanto, forte evidência à forma da licitação, em detrimento dos resultados gerados a partir dela.

Em contrapartida, ao detalhar os propósitos para os quais se volta, a Nova Lei de Licitações determina, de forma expressa, a observância da eficiência, da efetividade e da eficácia nas contratações públicas<sup>48</sup>.

Ressalta-se, assim, o enfoque dado pela Lei 14.133/21 ao resultado da licitação. O processo licitatório, em consonância com os ditames da Nova Lei, não há de possuir um fim em si mesmo. Ao contrário, ele se reduz a mero instrumento que, via de regra, se faz necessário ao alcance do efetivo cumprimento da função administrativa, como bem pontua Joel de Menezes Niebuhr: “a rigor, a licitação pública e o contrato administrativo visam à satisfação concreta do interesse público, porque eles não passam de meio para atingir tal finalidade”<sup>49</sup>. Neste mesmo entendimento, expõe Marçal Justen Filho que “é imperioso rejeitar a concepção litúrgica da licitação, que lhe nega a natureza instrumental e dá preponderância às formalidades e a outros aspectos secundários”<sup>50</sup>, de modo a reforçar o caráter finalístico a ser assumido pela licitação.

### 3.1.3 Instrumentos

Com vistas a possibilitar a devida consecução dos objetivos a que se propõe o processo licitatório, devidamente observados os princípios que o norteiam, a legislação dispõe de meios que viabilizam as diretrizes nela contidas. Nesse ponto, verifica-se outro parâmetro diferenciador entre as Leis 8.666/93 e 14.133/21, haja vista que, com relação aos aspectos preparatórios da licitação, a primeira norma era praticamente silente em seu tratamento, de modo contrário ao que se estabelece na Nova Legislação, a qual prevê de forma detalhada diversos instrumentos que proporcionam a adequada realização do planejamento nas etapas anteriores à contratação, bem como a fiel execução de seu objeto, com o necessário controle

---

<sup>48</sup> Art. 11, Lei 14.133/21: “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 contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.”

<sup>49</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações Públicas e Contratos Administrativos**. 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2022, p. 36.

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21**. São Paulo - SP: Revistas dos Tribunais, 2021. p. 257.

dos riscos gerados a partir da contratação, no intuito de, ao final, se promover os resultados almejados.

Tais instrumentos da Nova Lei de Licitações encontram-se analisados no terceiro tópico deste trabalho. Por sua vez, os instrumentos licitatórios utilizados sob a égide da Lei de 1993 possuem normatização feita através de Instruções Normativas. Nesse aspecto, a Antiga Lei privilegiou a autonomia dos entes que compõem a Federação brasileira, na medida em que possibilitou a cada um deles, por intermédio da prerrogativa do poder normativo ou regulamentar, a edição de atos normativos secundários, que cumprissem a importante função de possibilitar a adequada observância aos preceitos do processo licitatório, considerando a realidade e a necessidade de cada ente.

Ocorre que, por distintas razões, a oportuna regulação dos instrumentos licitatórios não se fazia presente em toda a Administração Pública, razão pela qual se evidenciava a realização de contratações mal planejadas e, por conseguinte, ineficazes. Houve, nesse ponto, importante protagonismo da jurisprudência dos Tribunais de Contas estaduais e da União, por meio da qual se tornou possível a evidenciação de contratações inadequadas e a necessária fixação de parâmetros que possibilitassem a não repetição de tais equívocos.

Ao lado disso, destaca-se a importante edição das Instruções Normativas no âmbito do Poder Executivo Federal, que, de maneira indireta, servia também de base para as contratações nas demais esferas da Administração. Frisa-se o importante papel desempenhado pela Instrução Normativa nº 04 de 11 de setembro de 2014, que, pela primeira vez, regulamentou, ainda que inicialmente de modo restrito aos setores de tecnologia da informação, fundamentais instrumentos no contexto das licitações, como o estudo técnico preliminar, o termo de referência e a análise de riscos. Mais tarde, tais instrumentos seriam tratados de forma pormenorizada na Nova Lei de Licitações, possibilitando uma aplicação mais ampla e integrativa.

### **3.2 Interpretação Integral e Ontológica da Nova Lei**

Num primeiro momento, é possível interpretar o amplo desenvolvimento trazido pela Lei 14.133/21, naquilo que se refere à fase interna do processo licitatório, como verdadeiro entrave ao exercício das funções administrativas do Estado, tendo em vista que a celebração de contratos administrativos no âmbito de sua atuação estaria extremamente condicionada, de tal forma que, sem a existência de tais contratos, passa a inexistir também o atendimento às mais variadas demandas públicas presentes no atual contexto social e comunitário, haja vista as limitações estatais frente a todas essas complexas exigências. Todavia, é necessário que se

faça uma interpretação integral não só do Novo Regulamento, como também de todo procedimento administrativo que se inicia com a necessidade da contratação, intermediada, via de regra, pelo processo de licitação, culminando no cumprimento do objeto contratual pactuado entre o particular e o Poder Público.

Ao se fazer referida interpretação, é possível visualizar que a existência de toda instrumentação exigida na fase preparatória do certame licitatório encontra fundamentação na maior segurança atingida nas etapas posteriores, mormente naquilo que se refere ao ciclo de vida do contrato, isto é, sua execução e necessário alcance dos resultados que o justificam. Desse modo, é por meio do planejamento consentâneo que a administração pública é capaz de revestir-se de segurança na prática de seus atos, desempenhando suas funções administrativas de modo eficiente, efetivo e eficaz, alcançando, assim, o cumprimento de seu papel na concretização dos direitos básicos e fundamentais dos quais são titulares seus administrados, destinatários de toda sua atuação.

Em outros termos, vale dizer que a razão de existir do Estado encontra fundamento na própria subsistência da sociedade que o integra. Sua atividade, portanto, há de ser direcionada ao atendimento de tal propósito, que se dará mediante a prestação de serviços públicos, definidos por Ruy Cirne Lima como “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num dado momento, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”<sup>51</sup>.

À vista disso, o processo licitatório resume-se a simples meio que possibilita à administração pública o desempenho de suas funções administrativas, mediante a celebração de contratos com particulares, quando a atuação destes torna-se necessária para os fins de natureza social. Por conseguinte, os instrumentos que compõem tal processo devem ser analisados a partir dos possíveis resultados a serem gerados por meio dele. Dessarte, percebe-se que a fase preparatória da licitação não possui uma formalidade estéril, voltada para si mesma. Verifica-se, em vez disso, estar amparada as razões de tal detalhamento nas causas de natureza empírica presentes na realidade da administração pública brasileira, que adquire técnicas de planejamento e de governança capazes de lhe assegurar maior eficiência. Por esse motivo torna-se possível e evidente a compreensão acerca das exigências e detalhamentos trazidos pelo Novo Regulamento, relativos à fase interna.

---

<sup>51</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Edição, revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 203-204.

### 3.3 Quebra de Paradoxo

Diante de uma melhor compreensão acerca dos aspectos evolutivos e constitutivos da fase preparatória da licitação, torna-se factível a constatação de que o maior delineamento do procedimento prévio à instauração do processo licitatório não é capaz de configurar por si só o excesso de formalismo que possa prejudicar o devido cumprimento do dever de eficiência no âmbito da Administração Pública. Por isso, as diretrizes da nova fase interna da licitação devem ser vistas, pela Administração, não como empecilho ao exercício de sua função administrativa, mas sim como meio que revista seus atos de segurança, orientando-os ao impreterível sentido para o qual percorre toda atuação do Estado: a satisfação dos interesses e necessidades de seu povo.

Nesta acepção, preleciona Hely Lopes Meirelles<sup>52</sup>:

A finalidade precípua da Administração é a promoção do bem-estar social, que a Constituição traduz na elaboração e execução de “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21, IX). Bem-estar social é o bem da coletividade, expresso na satisfação de suas necessidades fundamentais.

Com efeito, depreende-se do próprio texto constitucional a imprescindível atribuição exercida pelo planejamento, com vistas à consecução dos fins a que se destina a própria atividade administrativa. Ato contínuo, o mesmo autor conceitua o planejamento como sendo

O estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos.<sup>53</sup>

Vislumbra-se, nesse sentido, a necessária observância ao planejamento no desempenho das funções administrativas, o que se consubstancia por meio da coordenação, revisão e consolidação dos programas de governo. Nota-se que o interesse de natureza pública há de ser atendido de modo perene, a fim de possibilitar a satisfação contínua e cada vez mais qualitativa das necessidades fundamentais do povo. Em razão disso, para o efetivo alcance do bem-estar social, torna-se igualmente impreterível que o Estado atue de modo eficiente, o que, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>54</sup>, constitui-se verdadeiro dever a ser observado pela Administração no desempenho de suas funções:

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho.

<sup>52</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 279.

<sup>53</sup> Idem. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 750.

<sup>54</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36ª Edição: Atlas. Barueri - SP, 2022. p. 60.

Desse modo, instrumentos que viabilizam e assegurem o aperfeiçoamento da atividade administrativa prestada pelo Estado, notadamente naquilo que diz respeito às suas contratações, não devem ser encarados como obstáculo ao seu desempenho, e sim como ferramentas de que dispõe o administrador público para o devido cumprimento de seu dever de eficiência.

Nesta conjuntura, embora a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos seja mais extensa em relação à anterior, ela insere-se no contexto da Administração Pública Gerencial, consagrando como pilares o planejamento, a governabilidade, a transparência e a parceria público-privada, a fim de possibilitar ao administrador público o alcance de melhores resultados no exercício de suas funções, na medida em que lhe entrega maior liberdade para tomada de decisões, em contrapartida às maiores exigências técnicas e formais que também lhe impõe, no intuito de que seja melhor atendido o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.

Referido regulamento impõe a máxima da “excelência nas contratações públicas”, de tal sorte que se encontra superada a ideia inicial de que a Administração Pública age bem quando tão somente atende aos ditames legais, em decorrência do princípio da legalidade. Enfatiza-se que é inafastável a atuação administrativa do Estado dos ditames legais, com o fito de se garantir e preservar uma atuação sempre impessoal e moral do Poder Público. Entretanto, o que se avulta é a insuficiência de uma conduta pautada unicamente em tais premissas. Não basta apenas contratar por contratar, seguindo os requisitos formais dos ritos do processo licitatório e não desrespeitando as limitações legais relacionadas ao orçamento, a fim de que simplesmente não haja responsabilização dos gestores pela inobservância aos requisitos formais ou má prestação de contas dos gastos públicos. Para além disso, é necessário contratar com eficácia, efetividade e eficiência, gerando como resultado produtos e valores que representem benefícios à sociedade, melhorando suas condições de vida e garantindo que suas necessidades básicas e fundamentais sejam devidamente atendidas por serviços públicos de qualidade. No entanto, é improvável que isso aconteça sem o devido planejamento: etapa crucial e decisiva da contratação. Por essa razão, a fase interna da licitação na Lei 14.133/21 mostra-se tão relevante e alinhada ao princípio da eficiência.

Ademais, pode-se afirmar que o Novo Marco Regulatório das Contratações Públicas consagra a governança como “ pilar nuclear das administrações públicas”<sup>55</sup>, ao implementar,

---

<sup>55</sup> FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim. **Causas e Consequências do Maior Protagonismo do Poder Legislativo nos Debates sobre as Contratações Públicas - Lei nº 14.133/21**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética,

com base no acúmulo de conhecimento e experiências dos últimos 100 (cem) anos, diretrizes que elevam o nível de qualidade da governança no setor público, promovendo o devido alcance de melhores resultados em seu âmbito de atuação, de modo a suprir uma demanda já constatada há tempos pelos órgãos de controle do Poder do Público<sup>56</sup>.

Dessa maneira, evidenciam-se as razões pelas quais, de modo necessário, realizou-se a formalização de certos procedimentos regulados pela Nova Lei de Licitações. Referido formalismo que, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, visa conferir “legitimidade à função administrativa”<sup>57</sup>, de forma a assegurar o devido atendimento ao interesse público que a justifica, de modo que nos seguintes termos conclui o autor:

[...] refuta-se o argumento segundo o qual toda e qualquer formalidade decorrente da licitação pública constitui entrave para a Administração Pública, que, necessariamente, leva à celebração de contratos administrativos desvantajosos. [...] É preciso dizer que o insucesso de algumas muitas licitações públicas não é causado pelas formalidades que lhe são próprias, protetora da igualdade e dos interesses públicos, porém pela má condução dos respectivos processos. (NIEBUHR, 2022, p. 36-37)

Resta, portanto, superada a aparente incongruência inicial entre eficiência e formalismo, que possa surgir a partir de uma primeira leitura superficial do Novo Diploma, de maneira que se torna possível a comprovação, pelo resultado, da inescusável conciliação e coexistência de ambos os elementos.

#### **4. DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS DIRETRIZES DA NOVA FASE INTERNA**

Conquanto seja pacífico o entendimento segundo o qual o bom planejamento representa pressuposto necessário e decisivo para a consecução de qualquer grande projeto ou objetivo, fato é que o ato de planejar corresponde a um aspecto contracultural na sociedade brasileira. Em se tratando da implementação de programas e projetos de governo, torna-se ainda mais evidente a fundamental importância do adequado planejamento. Em vista disso, a legislação brasileira dedicou-se ao tratamento de referido tema, que desde a década de 1960 encontra previsão legal em nosso ordenamento jurídico, tendo sido enunciado de forma

---

Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023, p. 245. *Apud.* OCDE. **Recomendação do Comitê de Governança Pública da OCDE em Contratações Públicas**. 2015. p.3. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>. Acesso em: 7 de outubro de 2023.

<sup>56</sup> “Uma das causas primárias de todos os problemas percebidos [na Administração] é a baixa qualidade da governança pública em todos os entes da Federação” (**Acórdão nº 1.273/2015-Plenário**. TCU)

<sup>57</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações Públicas e Contratos Administrativos**. 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2022, p. 35.

expressa no inciso I do art. 6º do Decreto-Lei nº 200<sup>58</sup>. Todavia, pode-se afirmar que a Nova Lei de Licitações inovou significativamente ao normatizar de forma detalhada diversos instrumentos capazes de assegurar a devida observância ao princípio do planejamento. Por essa razão, revela-se oportuno e relevante o estudo voltado aos desafios práticos a serem enfrentados no contexto de aplicação das novas diretrizes da fase interna da licitação sob o enfoque da Lei 14.133/21, notadamente naquilo que diz respeito ao planejamento.

#### **4.1 Os Custos do Planejamento**

O primeiro aspecto relevante a se considerar reside nos custos relacionados à etapa do planejamento. A análise de referido aspecto no contexto operacional da administração pública é deixada, via de regra, em segundo plano, o que se faz inteligível diante do fato de que a atividade administrativa não visa à obtenção de lucro. Contudo, tal postura mostra-se equivocada, na medida em que toda atividade, seja ela estatal ou empresarial, demanda custos para ser desempenhada, motivo pelo qual a avaliação de tais custos torna-se indispensável, a fim de que se obtenha, com clareza, a constatação do verdadeiro ganho custo-benefício com relação às decisões que estão sendo tomadas, ou, caso contrário, para que se possa alterar o plano de ação, no intuito de que melhores resultados possam ser alcançados.

Nessa medida, apresentam-se como fator de grande relevância quanto aos custos que compõem a etapa de planejamento, as despesas com o quadro de pessoal da Administração Pública, que envolve os gastos com a folha de pagamento dos servidores que integram os quadros permanentes dos órgãos e entidades públicas, assim como também os profissionais contratados por inexigibilidade para desempenhar serviços de assessorias e consultorias técnicas especializadas. Destaca-se que importante critério a ser considerado na avaliação dos custos envolvidos com as despesas de pessoal consiste em mensurar os dados quantitativos e qualitativos atinentes aos produtos resultado dos trabalhos executados, em contrapartida aos gastos necessários para a produção de tais resultados, dentre os quais se destaca o fator tempo. Constata-se que, ao lado do grau de complexidade do trabalho a ser desempenhado, o fator tempo representa substancial componente do trabalho humano capaz de impactar diretamente na contraprestação pecuniária a ser paga pelos cofres públicos.

Dessa maneira, a análise de tais elementos revela-se imprescindível na fase de implementação das diretrizes do planejamento nas contratações públicas. Em observância ao princípio constitucional da eficiência, há de se buscar a otimização dos recursos disponíveis -

---

<sup>58</sup> “A Reforma Administrativa de 1967 (Dec-Lei 200/67, art. 6º) estabeleceu os *princípios fundamentais*, com a preocupação maior de diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos e, conseqüentemente, reduzir as despesas causadoras do déficit público”.(MEIRELLES, p.749, 2009)

que carregam o atributo de serem finitos -, para o alcance dos resultados a serem atingidos. Em outras palavras, torna-se necessário o melhor aproveitamento possível dos recursos humanos à disposição da Administração, de modo que os trabalhos a serem executados sejam feitos em tempo razoável e adequado, viabilizando, assim, o propósito do planejamento.

Uma das formas de atingir referida otimização consiste na padronização e na modelagem de determinadas rotinas de trabalho, no intuito de fazer com que certas tarefas recorrentes sejam executadas no menor tempo possível. Isso pode ser concretizado, no âmbito da Administração, através de seu poder normativo ou regulamentar, por meio do qual se possibilita à entidade pública que proceda à edição de atos normativos secundários que visem à otimização de suas rotinas internas de trabalho, com a criação de diretrizes adequadas às suas realidades e necessidades. Tal recurso encontra-se respaldado na Lei 14.133/21, que prevê, em alguns de seus dispositivos, a possibilidade de se adotar minutas e modelos padronizados para a confecção de documentos da etapa preparatória da licitação, buscando, assim, a otimização do tempo e dos recursos públicos.

#### **4.2 Qualificação dos Agentes Públicos**

Outro fator importante a ser considerado na efetivação das novas diretrizes do planejamento consiste na necessária qualificação dos agentes públicos envolvidos no processo licitatório. Como apontado no item anterior, além do fator tempo, outro elemento diretamente relacionado ao custo das etapas de planejamento diz respeito ao grau de complexidade do trabalho a ser realizado. Todavia, a dificuldade técnica de uma tarefa não se relaciona apenas ao aspecto econômico-financeiro, destacando-se, principalmente, seu impacto qualitativo no resultado que se almeja produzir.

Mencionado aspecto ganha essencial notoriedade e relevância nos dias de hoje em razão da complexidade que marca as sociedades contemporâneas. Por conseguinte, tais sociedades tendem a gerar problemas sociais de elevado grau de dificuldade, que reclamam, por sua vez, soluções igualmente complexas e sofisticadas. Desse modo, para que a Administração Pública cumpra suas funções administrativas adequadamente, de modo a atender às demandas sociais de maneira eficiente e eficaz, é imprescindível que ela conte com profissionais aptos e qualificados. Não se trata de uma desvalorização do trabalho manual, cuja proteção consta expressamente do texto constitucional<sup>59</sup>, mas sim de uma necessária exigência de qualificação contínua a ser atendida por todo aquele que desempenha função pública, em todos os níveis e espécies de trabalho.

---

<sup>59</sup> Art. 7º, inciso XXXII, CF/88.



Com a Lei 14.133/21 a qualificação dos agentes públicos adquire especial relevo, na medida em que o princípio da segregação de funções é expressamente previsto, de sorte a notabilizar a necessária especialização e competência dos agentes no desempenho de suas atribuições. Dessa forma, para que as novas diretrizes aplicadas ao processo de licitação sejam realmente implementadas e possibilite efetividade nas contratações públicas faz-se mister que os agentes responsáveis pelo planejamento sejam capazes de identificar as melhores soluções para os problemas que demandem a atuação do Poder Público. Ao lado disso, é necessário que os agentes responsáveis pela licitação tenham expertise para a condução do processo licitatório, sendo capazes de utilizar os instrumentos e ferramentas legais que possibilitam a seleção das propostas mais vantajosas para a Administração. Por último, após a celebração do contrato, é imprescindível que o Poder Público conte com agentes competentes para a devida gestão e fiscalização dos contratos administrativos por ele celebrados, de maneira a alcançar todos os resultados anteriormente previstos.

Vislumbra-se, portanto, a essencialidade da constante qualificação e especialização dos agentes públicos diretamente envolvidos no processo licitatório, mormente em sua importante fase de planejamento, assim como também daqueles que compõem os órgãos de controle interno, de forma a possibilitar o contínuo aprimoramento das atividades administrativas, bem como reduzir os possíveis erros a que se sujeita a Administração Pública.

#### **4.3 Diferentes Realidades dos Entes Federativos**

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio federativo<sup>60</sup>, por meio do qual se confere autonomia aos entes políticos integrantes da Federação<sup>61</sup>, concedendo-lhes a possibilidade de auto-organização política, financeira e administrativa<sup>62</sup>. Referida concessão representa importante medida do pacto federativo, porquanto permite que, dentro dos limites constitucionais, cada ente seja capaz de tomar decisões adequadas às suas realidades e necessidades próprias. Tal característica mostra-se extremamente relevante diante das peculiaridades do Estado brasileiro, que, devido à sua extensão territorial continental, é marcado por fortes desigualdades sociais e regionais, o que impacta diretamente no exercício de sua função administrativa.

---

<sup>60</sup>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 [...]”

<sup>61</sup>Art. 18, CF/88: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

<sup>62</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª Edição. Salvador - BA: Editora Juspodivm. p. 610.

No âmbito de aplicação da Nova Lei de Licitações citados traços característicos dos entes federativos brasileiros não de ser levados em conta a fim de que se viabilize a adequada implementação dos procedimentos relativos à fase interna do certame licitatório, assegurando o efetivo cumprimento de suas finalidades nas mais diferentes realidades dos órgãos e entidades públicas brasileiras.

Nesse sentido, destaca-se principalmente os desafios a serem enfrentados pelos pequenos municípios, que, além de representarem um número expressivo na composição da República Federativa brasileira<sup>63</sup>, não dispõem, em sua grande maioria, de recursos humanos e materiais suficientes, o que inviabiliza a devida observância ao princípio da segregação de funções, bem como às demais exigências necessárias à consecução de um bom planejamento, como investimentos em treinamento e capacitação dos servidores.

Nesta acepção, pontifica Thiago Marrara que

[...] o Congresso tem optado historicamente por construir 'leis-cartilhas', extremamente detalhadas e que deixam espaços limitados para acomodação federativa, ou seja, para a adaptação da lógica licitatória aos contextos administrativos dos Estados e Municípios. Isso faz com que as unidades federativas subnacionais enfrentem dificuldades enormes para colocar a lei em prática e que, em certos momentos, vejam-se completamente impossibilitados de cumpri-las em razão de suas limitações de recursos financeiros, humanos e técnicos.<sup>64</sup>

Destarte, o que se percebe, na prática, é que a estrutura orgânica de tais municípios não é composta por órgãos verdadeiramente autônomos, dispondo apenas de órgãos independentes, superiores e subalternos - o primeiro correspondente aos poderes no âmbito municipal (órgãos do legislativo e do executivo), o segundo destituído de autonomia propriamente dita, possuindo apenas poder de decisão essencialmente técnica no contexto de suas competências e o último caracterizado como órgão de mera execução. Uma vez, portanto, ausente a autonomia necessária ao adequado desempenho das funções administrativas em face das diferentes realidades nas quais se inserem os entes da Federação brasileira, há de se buscar meios que ajustem os parâmetros e diretrizes da Nova Lei, garantindo que a observância ao princípio do planejamento seja uma realidade presente em toda a Administração Pública brasileira.

---

<sup>63</sup> Dados do último censo do IBGE apontam para a existência de 5.568 municípios brasileiros. IBGE atualiza dados geográficos de estados e municípios brasileiros | Agência de Notícias. Acesso em: 02/09/23.

<sup>64</sup> MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**. Volume 03. 1ª Edição. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2023. p. 179.

#### 4.4 Resolução de Casos Simples

Considerando as limitações a que se submete o presente trabalho, de maneira a não possuir a pretensão de esgotar o relevante debate acerca das possíveis objeções práticas no âmbito de aplicação das novas diretrizes da fase interna da licitação, acrescentadas pela Lei 14.133/21, elenca-se o último dos desafios a ser analisado, cujo estudo inicia-se a partir do seguinte questionamento: o planejamento faz-se necessário em toda e qualquer contratação pública?

A resposta para tal questionamento há de ser formulada levando-se, necessariamente, em conta todos os outros três fatores aqui examinados, de tal forma que a realização de um planejamento deve considerar os aspectos relativos à sua própria execução - como o tempo necessário à sua elaboração, os investimentos relacionados aos agentes públicos responsáveis e os demais custos pertinentes -, assim como as circunstâncias atinentes aos resultados que se pretende obter - como o grau de riscos envolvidos e os demais impactos resultantes da contratação.

Nota-se que é possível estabelecer uma relação de proporcionalidade entre os efeitos previsíveis que se pretende atingir e os pressupostos necessários à efetiva implementação da etapa de planejamento. Desse modo, admite-se razoável o entendimento segundo o qual os contratos aptos a gerar baixos riscos e/ou impactos dele decorrentes devem, igualmente, demandar baixos níveis de investimentos. Assim, os acordos celebrados pela Administração Pública cuja previsibilidade seja praticamente certa e que sejam capazes de gerar irrelevantes consequências do ponto de vista econômico, social e ambiental hão de requerer baixos gastos de tempo e de recursos humanos e financeiros para sua elaboração.

Referida hipótese pode ser evidenciada nos casos de contratações de pequeno valor, de pronto pagamento ou de entrega imediata do objeto contratual<sup>65</sup>. Em mencionados casos, não se vislumbra significativos efeitos do pontos de vista econômico, além de não possuir eventuais riscos para a obtenção dos resultados desejados, haja vista inexistir uma execução prolongada do objeto, o que daria margem para eventuais riscos de cumprimento daquilo que foi acordado.

Tais circunstâncias foram objeto de disciplina da Nova Legislação, que possibilitou a dispensa de alguns dos instrumentos característicos da etapa de planejamento, incluindo o próprio instrumento contratual, que poderá ser, em alguns casos, substituído por documento equivalente<sup>66</sup>. Dessa forma, o desafio de aplicação reside justamente na adequada incidência

---

<sup>65</sup> Art. 70, inciso III, Lei 14.133/21.

<sup>66</sup> Art. 95, Lei 14.133/21.

das hipóteses de dispensa e substituição das peças que compõem o processo licitatório, considerando as diversas realidades que demandem a atividade administrativa, visando, em todo caso, à promoção de uma atuação eficiente e alinhada às realidades fáticas existentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito deste trabalho, buscou-se delinear um melhor entendimento acerca do processo licitatório no Direito pátrio, mormente no que tange às recentes modificações por ele sofridas a partir de abril de 2021, com a promulgação da Lei Federal nº 14.133. Cuida-se, na verdade, de um estudo voltado ao próprio funcionamento do Estado brasileiro. Isso porque, em razão de sua origem e formação, o povo que o constitui é fortemente marcado por demandas históricas e sociais, que reclamam uma atuação consentânea e substancial do Poder Público, com vistas a promover uma existência digna a todos<sup>67</sup>.

Nesse espectro, a função administrativa de tal Poder é desempenhada, em regra, por meio da celebração de contratos, haja vista sua impossibilidade de, isoladamente, garantir a devida prestação de serviços públicos que atendam às mais variadas demandas sociais, frente à complexidade na qual se inserem.

Avulta-se, portanto, a relevância das licitações neste contexto, a fim de assegurar a inafastável observância aos princípios da isonomia e da impessoalidade, com o propósito último de fazer com que as finalidades que justificam a atuação do Poder Público sejam devidamente atingidas, sem desvios ou excessos. Estudos revelam que cerca de 12% do PIB brasileiro é gasto através de compras governamentais<sup>68</sup>, o que requer cada vez mais responsabilidade e eficácia quanto aos produtos e resultados gerados a partir de tais gastos.

Nessa conjuntura, a Lei 14.133/21 insere-se num contexto que visa ampliar a segurança e a qualidade da atividade administrativa, por intermédio da regulamentação, pormenorizada e a nível nacional, de instrumentos que lhe assegurem a implementação de técnicas administrativas voltadas aos efeitos de sua atuação, de modo a possibilitar que o planejamento e a governança estejam presentes na realidade de toda a Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis e esferas de governo, para que, assim, de modo amplo e abrangente, o Estado possa cumprir seu dever constitucional de assegurar todas as condições de vida social que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana.

---

<sup>67</sup> Vide preâmbulo e art. 3º da Constituição Federal de 1988.

<sup>68</sup> OECD.(2021), Public procurement, [www.oecd.org/gov/public-procurement](http://www.oecd.org/gov/public-procurement). Acesso em 09.10.2023.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 21ª Edição. Rio de Janeiro - RJ: Forense; São Paulo- SP: Método, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

AMORIM, Victor. **A Origem da Nova Lei de Licitações**. Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. **Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: impressões do XII Congresso Mineiro de Direito Administrativo**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014. **Dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal**. Brasília, DF: Governo Federal, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

\_\_\_\_\_. 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**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

CAMARÃO, Tatiana. **A Nova Lei de Licitações é boa ou ruim?**. Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36ª Edição: Atlas. Barueri - SP, 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**, 7ª Edição, Saraiva, São Paulo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 28ª Edição. São Paulo - SP: Editora Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª Edição. Rio de Janeiro - RJ: Editora Forense, 2020.

\_\_\_\_\_. **O Princípio da Segurança Jurídica diante do Princípio da Legalidade.** Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 20ª Edição. São Paulo - SP: Editora Saraiva, 2009.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim. **Causas e Consequências do Maior Protagonismo do Poder Legislativo nos Debates sobre as Contratações Públicas - Lei nº 14.133/21.** Perspectivas de um Direito Administrativo em Movimento: estudos em homenagem ao professor Antonio Augusto Junho Anastasia / organização Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto, Maria Tereza Fonseca Dias. São Paulo : Editora Dialética, Instituto Mineiro de Direito Administrativo, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo - SP: Editora: Revista dos Tribunais, 2021.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** 7ª Edição revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo - SP: Editora Malheiros, 2007.

MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo.** Volume 03. 1ª Edição. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35ª Edição. São Paulo - SP: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª Edição. São Paulo - SP: Malheiros.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. **A Licitação na Constituição de 1988.** Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois / organizadores: Bruno Dantas [et al.]. Editora: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações Públicas e Contratos Administrativos.** 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª Edição. Salvador - BA: Editora Juspodivm, 2021.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **Recomendação do Comitê de Governança Pública da OCDE em Contratações Públicas**. 2015.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo, Risco e Fuga da Responsabilização dos Agentes Públicos**. Revistas dos Tribunais, 2022.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.