

ano 24 – n. 98 | outubro/dezembro – 2024
Belo Horizonte | p. 1-224 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i98
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com



A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Revisão: Bárbara Ferreira
Diagramação: Derval Braga

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.**Qualis – CAPES (Área de Direito)**

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periódicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorm

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Racionalidade tridimensional nas licitações e contratações públicas

Three-dimensional rationality in public bidding and contracting

Rafael Antonio Baldo*

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

rafaelbaldocwb@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8484-001X>

Recebido/Received: 13.06.2024 / 13 June 2024

Aprovado/Approved: 28.09.2024 / 28 September 2024

Resumo: O artigo pretende ressaltar a possibilidade de analisar as regras e os princípios que disciplinam o regime jurídico das licitações e contratações públicas sob o viés da racionalidade tridimensional, considerando a legalidade imposta pelo Estado, a economicidade exigida pelo mercado e a legitimidade clamada pela sociedade. Para tanto, será adotado o método dedutivo com a abordagem do tema mediante o levantamento bibliográfico e a interpretação legislativa. Na primeira parte, o trabalho destacará as mudanças por que tem passado a Administração Pública em virtude da crise da legalidade formal, da paulatina abertura do Estado e da politização da ação administrativa. Na segunda parte, o artigo investigará os reflexos dessas transformações na Lei nº 14.133/2021, com destaque para as garantias procedimentais que resguardam o processo licitatório de caráter isonômico e competitivo, para as estratégias gerenciais que favorecem o planejamento global e individual das contratações públicas e, por fim, para os mecanismos destinados à promoção de fins e valores reconhecidos pelo Direito brasileiro, como a inovação tecnológica, o desenvolvimento nacional sustentável e a dignidade da pessoa humana.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* BALDO, Rafael Antonio. Racionalidade tridimensional nas licitações e contratações públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 111-135, out./dez. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i98.1964.

* Doutor em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* pela Università degli Studi di Genova. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Atuou como Promotor de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Lei nº 14.133/2021. Licitações e contratações públicas. Racionalidade tridimensional. Processo licitatório. Gestão por rendimentos e resultados.

Abstract: this article aims to highlight the possibility of analyzing the rules and principles that govern the legal frame of public bidding and contracting from the bias of the three-dimensional rationality, considering the legality imposed by the State, the economy required by the Market and the legitimacy claimed by the Society. To this end, the deductive method will be adopted to approach the topic through bibliographical research and legislative interpretation. In the first part, the work will underscore the changes that Public Administration has been facing due to the crisis of formal legality, the gradual opening of the State and the politicization of administrative action. In the second part, the article will investigate the consequences of these transformations in the Law n. 14.133/2021, with emphasis on the procedural guarantees that protect the bidding process based on economic and competitive features, on the management strategies that help global and individual planning of public contracts and, finally, on to the mechanisms aimed at promoting purposes and values recognized by Brazilian law, such as technological innovation, sustainable national development and human dignity.

Keywords: Law n. 14.133/2021. Public biddings and contracts. Three-dimensional rationality. Bidding process. Management by outputs and outcomes.

Sumário: 1 Introdução – 2 Racionalidade tridimensional da ação político-administrativa – 3 Legalidade das licitações e contratações públicas na dimensão procedural – 4 Economicidade das licitações e contratações públicas na dimensão procedural – 5 Legitimidade das licitações e contratações públicas na dimensão substancial – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

Desde a edição da Lei nº 8.666/1993, o regime jurídico de licitações e contratações públicas conseguiu resistir a inúmeras transformações por que passaram o Estado, o mercado e a própria sociedade civil ao longo das últimas três décadas, incluindo a estabilização da moeda brasileira, o controle da hiperinflação, o avanço da globalização, a difusão da internet e a digitalização das relações econômicas e sociais. Mesmo dentro do mundo jurídico, a Lei nº 8.666/1993 conseguiu resistir a uma série de reformas administrativas que foram realizadas desde a década de 1990 com a finalidade de reduzir o tamanho do Estado e de transformar o modo como a Administração Pública interage com o mercado e a sociedade. Para alinhar o agir administrativo à realidade subjacente cada vez mais dinâmica e multifacetada, o Estado adotou soluções pontuais que criaram, por exemplo, a licitação na modalidade do pregão e o regime diferenciado de contratação (RDC). Na tentativa de ajustar a antiga lei de licitações e contratos às transformações em curso, a prática, a teoria e a jurisprudência desempenharam um papel essencial na reformulação fática e na reformulação jurídica dos novos problemas que surgiam no cotidiano da Administração Pública.

Ao encampar muitas lições extraídas da prática, da teoria e da jurisprudência dos tribunais, sobretudo no âmbito federal, a Lei nº 14.133/2021 foi editada com

a finalidade de atualizar o regime jurídico de licitações e contratações públicas, dando continuidade ao longo processo de transformação da Administração Pública. Nesse cenário de mudanças, o objetivo do presente artigo consiste em analisar a Lei nº 14.133/2021 sob o prisma da racionalidade tridimensional, levando em conta a legalidade imposta pelo Estado, a economicidade exigida pelo mercado e a legitimidade clamada pela sociedade. No primeiro tópico, será exposto o processo de abertura do Estado após a Segunda Guerra Mundial devido à crise da legalidade formal, acarretando a politização do agir administrativo. A partir dessas premissas, os três tópicos subsequentes buscarão identificar e ilustrar regras e princípios da Lei nº 14.133/2021, que são orientados axiologicamente pelos imperativos de legalidade, de economicidade e de legitimidade. Nesse sentido, o processo licitatório de caráter isonômico e competitivo serve não só para selecionar a proposta mais vantajosa em termos técnicos e econômicos, mas também para promover grupos e áreas socialmente relevantes que merecem a proteção do Estado, como a inovação tecnológica, o desenvolvimento nacional sustentável e a promoção da dignidade da pessoa humana.

2 Racionalidade tridimensional da ação político-administrativa

Com pretensão de conferir um grau mínimo de previsibilidade e de calculabilidade para o comportamento das pessoas e instituições, o Direito sempre buscou construir representações ideais da realidade por meio de normas e teorias jurídicas, levando em conta os fatos e os valores que predominam em certo tempo e espaço. É um trabalho contínuo de construção e de reconstrução, porque o Direito precisa acompanhar e refletir o avanço da realidade, sem nunca alcançá-la. Essa premissa também se aplica ao Direito Administrativo moderno, que sempre mudou para se ajustar à realidade cambiante. Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 não só buscou alinhar o regime jurídico das licitações e contratações públicas às decisões, práticas e experiências acumuladas desde a edição da Lei nº 8.666/1993, mas também pretendeu ajustá-lo ao processo gradual de abertura e de permeabilidade do Estado brasileiro para os valores apregoados pelo mercado e pela sociedade civil.

Desde as revoluções liberais que levaram à ascensão do Estado de Direito, o princípio da legalidade sempre serviu de fundamento e de limite para a Administração Pública, mas o modo de compreendê-lo passou por sucessivas transformações, conforme as teorias, correntes e escolas doutrinárias que prevalecem no mundo jurídico. É o que revela a discussão doutrinária a respeito da pedra angular do Direito

Administrativo, ressaltando, por exemplo, ora a vontade original do legislador (escola exegética), ora o leque de prerrogativas baseadas na supremacia do interesse público (escola da *puissance publique*), ora a finalidade social das instituições públicas (escola do serviço público).¹ Nesse sentido, a própria ideia de legalidade geralmente conta com o apoio de outros critérios valorativos ao desempenhar sua tarefa precípua de fundamentar a Administração Pública, variando de acordo com o contexto subjacente. Por exemplo, o interesse teórico pela *puissance publique* e pelo serviço público perdeu espaço para o ato administrativo a partir da década de 1930, quando o positivismo jurídico de Kelsen provocou o fechamento do Direito em torno de suas categorias abstratas.

A teoria pura do Direito tinha pretensão de livrá-lo de qualquer tipo de consideração moral, política, econômica e social, mas esse caráter autorreferencial da ciência jurídica fez com que o Direito fosse instrumentalizado e colocado a serviço de qualquer finalidade. E, após a recessão provocada pelo *crack* de 1929, o formalismo jurídico legitimou o fortalecimento do Poder Executivo, levando, no Direito Administrativo, à difusão dos atos discricionários, de modo que o governo pudesse dar uma resposta rápida aos problemas sociais e econômicos do período. Como o fundamento das regras dependia da observância do processo legislativo, Paulo Grossi afirma que o Direito positivo conferiu legitimidade formal aos regimes totalitários, levando à crise da legalidade após a Segunda Guerra Mundial.² Patrícia Baptista aponta outros motivos para essa crise, como a força do Executivo na atividade legiferante, a cooptação da vontade popular por grupos de interesse, a inflação legislativa e a fragmentação do ordenamento jurídico.³ No Direito Administrativo, a crise da legalidade formal abriu caminho para a maior sindicabilidade dos atos discricionários. De acordo com René Chapus, o controle judicial da discricionariedade estava até então limitado ao erro de direito, erro de fato e desvio de poder, passando a abranger as medidas desproporcionais que eram aplicadas no exercício do poder disciplinar e do poder de polícia, na linha defendida pelo *Arrêt Vinolay* de 1978. A necessidade de controlar judicialmente os atos discricionários tem levado a doutrina jurídica a ampliar os contornos do que se entende por legalidade, recorrendo, por exemplo, às ideias de bloco de moralidade e de juridicidade.

Segundo Manuel Atienza, a crise da legalidade formal fez com que a ciência do Direito rompesse seu caráter hermético para se reaproximar dos valores e dos

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43-47.

² GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 30-46.

³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 125.

fatos.⁴ Por um lado, a reaproximação entre Direito e Moral foi impulsionada pela virada kantiana, pois a dignidade da pessoa humana (imperativo categórico ético) passou a nortear a dimensão substancial e a dimensão procedural dos direitos fundamentais (imperativo categórico jurídico). Enquanto a vertente substancial fundamenta o Direito nas liberdades básicas de cada cidadão ou nas decisões básicas da comunidade política, a vertente procedural fundamenta o Direito nos processos discursivos de criação e de aplicação das normas jurídicas, valendo-se de técnicas como a ponderação dos princípios em colisão. No Direito Administrativo, essas ideias ressaltaram a legitimidade, levando à difusão de temas como a implementação dos direitos fundamentais na esfera administrativa, participação democrática, transparência e *accountability*. Por outro lado, a reaproximação entre Direito e realidade foi incentivada por teorias como o consequencialismo, o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito. No campo do Direito Administrativo, essas teorias enfatizaram a economicidade, de acordo com os preceitos da nova gestão pública (*New Public Management*), levando em conta as lições da Escola de Chicago, da Escola da *Public Choice* e da Nova Economia Institucional.

A crise da legalidade formal também reforçou a abertura do Estado e da Administração Pública para as pressões da sociedade e do mercado. Num mundo cada vez mais dinâmico e multifacetado, é quase impossível concentrar o poder decisório na cúpula política dos representantes eleitos, principalmente quando as decisões exigem uma resposta rápida para assuntos extremamente técnicos e complexos que, não raro, recomendam a participação dos próprios interessados. Além de facilitar a resolução desse problema, a difusão dos centros decisórios dentro do aparato estatal permite que certas decisões sejam tomadas longe dos olhos do povo, transferindo o ônus político para o corpo técnico. Essa diluição dos centros decisórios pela miríade de entidades, departamentos e órgãos públicos acarretou a politização do agir administrativo. Afinal, a legitimação da Administração Pública já não depende apenas do cumprimento imparcial (*sine ira ac studio*) das obrigações funcionais pelo estamento burocrático de acordo com as formas e os procedimentos previstos na lei, porque a sociedade e o mercado esperam participação democrática e produtividade, observando os fins e os valores definidos pela comunidade política.

Na sociologia, essa abertura do Estado foi abordada por Claus Offe ao estudar os problemas funcionais da ação político-administrativa. No seu entendimento,

⁴ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 225-250.

a Administração segue a legalidade do Estado (*inputs* normativos), mas sua legitimidade perante o povo também depende de outras circunstâncias, como a participação dos administrados nas decisões e a eficiência dos produtos e dos resultados, acarretando a politização do agir administrativo. Assim, cada vez mais, a política administrativa do governo está sujeita à racionalidade tridimensional, devendo considerar, ao mesmo tempo, a legalidade formal do Estado, a legitimidade clamada pela sociedade e a economicidade exigida pelo mercado.⁵ No Brasil, a influência dessa racionalidade tridimensional ganhou espaço após a Constituição Federal de 1988. A corroborar, Gustavo Binenbojm assevera que administrar já não significa aplicar a lei de ofício, porque a vinculação do agir administrativo aos preceitos constitucionais também requer a ponderação dos interesses em jogo.⁶

Nas décadas seguintes, o governo brasileiro editou uma série de leis que interferiram no tamanho do Estado e no modo como a Administração Pública interage com o mercado e a sociedade. Para reduzir o tamanho do Estado, essas leis não só estimularam a privatização de estatais (Lei nº 8.031/1990), a terceirização de obras, bens e serviços mediante licitação (Lei nº 8.666/1993), a concessão de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995) e a cooperação com o Terceiro Setor, como também criaram novos arranjos e instrumentos como as agências reguladoras (e.g. Lei nº 9.427/1996), os contratos de gestão (Lei nº 9.637/1998), os termos de parceria (Lei nº 9.790/1999), as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004) e os consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005), alterando o regime jurídico das estatais (Lei nº 13.303/2016). Para aprimorar o grau de *accountability* e de *responsiveness* nas relações do governo com seus agentes e administrados, houve um esforço legislativo no sentido de disciplinar os processos administrativos (e.g. Lei nº 9.784/1999), promover a transparência dos atos públicos (Lei nº 12.257/2011), garantir a responsabilização das pessoas jurídicas (Lei nº 12.846/2013), resolver os conflitos por meios alternativos (Lei nº 13.129/2015) e ampliar a participação dos cidadãos nos processos decisórios mediante consultas, audiências públicas e nomeações para a composição de comitês e conselhos que estão previstos em diferentes políticas públicas setoriais, como ocorre nas áreas da saúde, ensino, infância e meio ambiente.

Longe de esgotar o tema, esse breve resgate serviu para demonstrar que a edição da Lei nº 14.133/2021 deu continuidade ao longo processo de

⁵ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 224.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

transformação por que tem passado a Administração Pública nas últimas décadas, recebendo a influência dos valores defendidos pelo mercado e pela sociedade. Na medida em que a ação político-administrativa do Estado depende da racionalidade tridimensional, a Lei nº 14.133/2021 não só disciplinou o novo regime de licitações e contratações públicas, mas também utilizou a posição estratégica do Estado enquanto grande comprador de obras, bens e serviços para implementar outros fins e valores, trazendo dispositivos que buscam atender à economicidade exigida pelo mercado e à legitimidade clamada pela sociedade, quando não houver prejuízo para a competitividade e a vantajosidade. A partir dessas premissas, os próximos tópicos ilustrarão como os imperativos da legalidade, da legitimidade e da economicidade impactaram o processo licitatório, sem avançar para a análise do certame propriamente dito e do contrato administrativo.

3 Legalidade das licitações e contratações públicas na dimensão procedural

De início, é preciso esclarecer que todos os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 são informados pela legalidade, pois a lei foi devidamente promulgada de acordo com as regras do processo legislativo. Essa legalidade é ampla, na medida em que abarca o conjunto de regras e princípios que constam dos enunciados dessa lei, inclusive aqueles que não trazem nenhuma obrigação, proibição, faculdade ou consequência jurídica (e.g. nulidade ou sanção). É o caso dos inúmeros dispositivos que trazem definições, objetivos e princípios, mas que são igualmente relevantes para a aplicação da lei como um todo. Em primeiro lugar, porque a Lei nº 14.133/2021 utilizou a técnica da remissão legislativa com bastante frequência, de modo que, para entender o sentido de um enunciado, é preciso ler em conjunto outros dispositivos que estão espalhados pela lei. Em segundo lugar, porque a lei adotou uma técnica legislativa muito frequente nas diversas leis que definem as políticas públicas setoriais, trazendo normas narrativas que permitem a construção de um quadro normativo ideal a respeito do cenário regulado, na linha definida por Erik Jayme, como ocorre nas áreas do consumidor, meio ambiente, saneamento básico, mobilidade urbana e resíduos sólidos.

Com o propósito de analisar a Lei nº 14.133/2021 sob o prisma da racionalidade tridimensional, o imperativo da legalidade foi definido neste artigo como o cumprimento de procedimentos e formas específicas para atingir os fins definidos pela lei, seguindo a lógica da racionalidade instrumental e formal. Nesse sentido, a finalidade desse diploma legal pode ser extraída de seu fundamento constitucional,

que condiciona a contratação de obras, serviços, compras e alienações à realização de processo licitatório de caráter isonômico e competitivo, admitindo apenas as exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis para garantir o cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, CF). Assim, o imperativo da legalidade converge para aquelas garantias procedimentais de igualdade e de competitividade que atualmente permeiam o processo de licitações e contratações públicas, reforçando a tendência de proceduralização do agir administrativo nas últimas décadas.

Ao cuidar da evolução do Direito Administrativo, Odete Medauar afirma que a crise da representação legislativa e da administração burocrática provocou o deslocamento da visão estática dos atos administrativos para a visão dinâmica dos procedimentos em favor da transparência e da democracia participativa.⁷ Assim, qualificado como o conjunto de atos concatenados que resultam numa decisão final, o procedimento teria substituído o ato administrativo como meio normal de atuação dos órgãos e entidades públicas, encontrando fundamento teórico nas doutrinas de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas. Sob o prisma habermasiano, Maria Tereza Fonseca Dias frisa que o procedimento favorece a criação de um espaço aberto de comunicação entre o mundo da vida e o sistema regulado pelo Direito, viabilizando a participação dialógica dos administrados.⁸

Como os processos decisórios favorecem o diálogo entre os órgãos públicos, as empresas e os cidadãos, Patrícia Baptista assevera que a recente proceduralização do agir administrativo confere legitimidade e eficiência para a Administração Pública.⁹ Segundo Jacqueline Morand-Deviller, o processo administrativo não contencioso deve seguir regras formais e procedimentais que mitigam a força do segredismo, na medida em que promovem a transparência, a participação e a simplificação da linguagem.¹⁰ Como o polvilhamento dos centros decisórios por todos os recantos da Administração Pública policêntrica pode afetar a segurança e a previsibilidade que se espera do Estado de Direito, as leis gerais de processo administrativo exercem papel primordial na fixação de uma moldura principiológica que permite ao cidadão compreender a dinâmica de funcionamento da Administração Pública, ainda que cada órgão ou entidade tenha seu regramento específico. A corroborar

⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 224.

⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novo paradigma do direito administrativo* a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 140-169.

⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 242.

¹⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. Paris: Montchestien, 2011, p. 329.

tal ideia, Carlos Ari Sundfeld ressalta, por exemplo, a importância da Lei Federal nº 9.784/1999 e da Lei Paulista nº 10.177/1998, na medida em que elas prescrevem normas gerais aplicadas à Administração Pública Direta e Indireta.¹¹ Num sentido próximo, a Lei nº 14.133/2021 desponta como um microssistema que disciplina a condução dos processos de licitação e de contratação pública pela União, pelo Distrito Federal, por todos os Estados e pela miríade de Municípios que estão espalhados por todo o país.

Seguindo a guinada axiológica que tem colocado o processo civil a serviço dos diferentes tipos de tutela do Direito material, o chamado “bem da vida”, o processo licitatório tem a finalidade precípua de alcançar todos os objetivos que constam do artigo 11 da Lei nº 14.133/2021. Nesse sentido, o processo licitatório deve assegurar o tratamento isonômico e a competição justa, conforme o imperativo da legalidade, de modo que a Administração possa alcançar a seleção da proposta mais vantajosa e o preço compatível com mercado, segundo a lógica da economicidade, incentivando, ainda, a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, de acordo com o imperativo da legitimidade. Assim, sob o prisma da legalidade, o processo licitatório busca promover a ampla competitividade em igualdade de condições. Neste ponto, é preciso frisar que a Lei nº 14.133/2021 busca conciliar as duas facetas da igualdade; de um lado, a igualdade formal como garantia de oportunidades iguais aos interessados e, de outro, a igualdade material como tratamento jurídico desigual aos desiguais na medida das desigualdades (*suum cuique tribuere*), uma vez que as licitações e as contratações públicas também podem promover grupos e áreas socialmente relevantes.

Para garantir a realização de um processo licitatório que tenha caráter isonômico e competitivo, o imperativo da legalidade norteia, axiologicamente, uma série de regras e princípios que constam da Lei nº 14.133/2021, tutelando a competitividade, a imparcialidade, a lisura formal, a publicidade e a celeridade. Quanto à tutela da competitividade, é vedado ao agente designado para conduzir a licitação e a contratação pública praticar ato contrário à lei, deixar de atuar, retardar o andamento do processo licitatório e, por fim, admitir, prever, incluir ou tolerar situações inadmissíveis que possam comprometer, restringir ou frustrar a competitividade, estabelecendo, por exemplo, exigências editalícias ou contratuais que sejam irrelevantes ou impertinentes para a execução do objeto contratado.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUNÔZ, Guilhermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29.

Nesse sentido, a defesa da competitividade requer não só o controle das pessoas que participam do processo licitatório, mas também o controle das coisas almejadas, sejam elas obras, bens ou serviços, pois a descrição excessiva do objeto licitado pode reduzir o universo de competidores.

Quanto à tutela da imparcialidade, o artigo 5º da Lei nº 14.133/2021 elencou vários princípios que resguardam a imparcialidade, seja ao conduzir o processo licitatório, de acordo com os princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade, da moralidade, da probidade e da segregação de funções, seja ao julgar incidentes, pedidos, propostas e recursos com base nos princípios do julgamento objetivo, da motivação, da vinculação ao edital e da segurança jurídica, observando os critérios hermenêuticos que são informados pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do interesse público. Além dos princípios, existem regras proibitivas que se aplicam a servidores e projetistas. Para os servidores, há duas regras de impedimento por conflito de interesses; o artigo 7º, inciso III, proíbe a designação de agente para atuar na área de licitações e contratos quando tiver vínculo com a iniciativa privada, incluindo vínculo familiar, técnico, comercial, econômico, financeiro, trabalhista e civil com licitantes ou contratados habituais da Administração; por sua vez, o artigo 9º, §1º, proíbe a participação do agente, como particular interessado, na licitação ou contratação realizadas pelo órgão ao qual pertence ou pertencia, pois o conflito de interesses também pode ocorrer após o exercício do cargo ou emprego. Para os projetistas, o artigo 14, incisos I e II, traz outra regra de impedimento por conflito de interesses que proíbe o autor, a empresa ou o grupo econômico responsável pelo projeto básico ou pelo projeto executivo de participarem da licitação, mas eles podem assessorar o planejamento, o certame e a gestão do contrato, sob a supervisão exclusiva de agente vinculado ao órgão ou à entidade.

Quanto à lisura formal do certame, o processo licitatório deve seguir uma sequência de atos públicos e formais que permitem o controle da licitação. Nesse sentido, os artigos 12 e 17 da Lei nº 14.133/2021 especificam as formalidades da licitação. Os documentos devem ser produzidos por escrito com indicação de data, local e responsável pela assinatura física ou digital (certificado ICP-Brasil), especificando os valores em moeda nacional, salvo licitação internacional. O rigor formal das licitações foi amenizado com relação ao reconhecimento de firma e à autenticação dos documentos. No mesmo sentido, o regulamento federal e o regulamento paulista que disciplinam a elaboração do estudo técnico preliminar também estipulam que os objetivos do processo de licitação e de contratação devem

prevalecer sobre as exigências meramente formais.¹² Ao promover a governança digital, os atos licitatórios devem ser produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico. A regra é a licitação eletrônica, sendo possível condicionar a validade e a eficácia dos atos produzidos pelos licitantes à forma digital. A licitação presencial somente pode ser realizada mediante justificativa e, neste caso excepcional, a sessão pública deve ser registrada em ata, com sua gravação em arquivo de áudio e vídeo que deve ser posteriormente acostado ao processo.

Quanto à tutela da publicidade, o artigo 13 da Lei nº 14.133/2021 estipula que os atos da licitação são públicos, salvo três exceções: sigilo previsto em lei específica para manter a segurança pública; sigilo das propostas até a abertura dos envelopes; sigilo do orçamento estimativo. Fora desses casos excepcionais que merecem interpretação restritiva, a regra da publicidade deve prevalecer. Em tempos de governo digital, a tradicional publicação no diário oficial e no jornal de grande circulação é obrigatória apenas para divulgar o extrato do edital, nos termos do art. 54, §1º. Além de reduzir os custos, a publicação apenas do extrato mostra-se viável e indispensável, pois permite que as empresas e os cidadãos busquem o inteiro teor do edital nos sítios oficiais e no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). A observância dessa exigência legal é imprescindível para a eficácia do edital, na medida em que a publicação garante a produção de efeitos *erga omnes* perante terceiros, de modo que seu descumprimento pode acarretar a futura anulação da licitação e do contrato. Ao analisar o tema da publicidade na Lei nº 14.133/2021, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo divulgou orientações consolidadas que confirmam a necessidade de publicar o extrato do edital tanto no diário oficial quanto em jornal de grande circulação independentemente do vulto da licitação.¹³

Com múltiplas funções, o sítio eletrônico oficial serve para divulgar o edital e seus anexos (art. 25, §3º), para veicular no prazo de três dias úteis a resposta da Administração aos pedidos de esclarecimento e às impugnações do edital (art. 164, §1º) e, por fim, para manter o contrato e os aditamentos à disposição do público (art. 91, §1º). Embora o novo regime legal das licitações tenha previsto a *faculdade* de manter o inteiro teor do edital e dos anexos no site oficial (art. 54, §2º), a mesma lei também previu que “todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos,

¹² Nesse sentido, assim estipulam artigo 9º, §3º, da Instrução Normativa SEGES nº 58/2022, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, assim como o artigo 5º, §8º, do Decreto nº 68.017/2023 do Estado de São Paulo.

¹³ BRASIL, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Orientações Consolidadas SUB-CONS PGE/SP, versão 4 - 19.3.2024.

deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso” (art. 25, §3º). Esse conflito aparente de normas é resolvido pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois o artigo 8º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.527/2011 confirma a divulgação obrigatória desses documentos ao disciplinar o acesso às informações. Nesse sentido, as entidades e os órgãos públicos têm o dever de ofício de divulgar no seu sítio eletrônico oficial todas as informações relacionadas às licitações a aos contratos firmados, inclusive os respectivos editais e resultados.

Difusor da transparência, o Portal Nacional de Contratações Públicas deve armazenar o interior teor do edital e anexos Trata-se de sítio eletrônico oficial com dados abertos ao público e com gestão feita por representantes dos três níveis de governo que fortalece o controle social e o federalismo de cooperação. Dele constam o registro cadastral unificado, o painel de consulta de preços, a base nacional de notas eletrônicas, o cadastro nacional de empresas penalizadas, o sistema eletrônico de realização das sessões públicas, o sistema de planejamento e gerenciamento das contratações e o sistema de gestão compartilhada dos dados relativos à execução contratual. Segundo o artigo 174 da Lei nº 14.133/2021, esse portal exerce duas grandes funções. Como ferramenta de divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta lei, o PNCP reúne os dados das contratações públicas, expondo as peças de planejamento global, os procedimentos auxiliares, os editais de licitação e seus anexos, os avisos de contratação direta, os contratos e os termos aditivos, além das notas fiscais eletrônicas. Conforme as orientações consolidadas da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, os avisos de contratação direta não precisam ser publicados no diário oficial e em jornal de grande circulação, pois o Acórdão nº 2.558/2021 do TCU considerou que a publicação no diário oficial seria um mecanismo complementar à divulgação no sítio eletrônico oficial e no PNCP.¹⁴ Por fim, como ferramenta de realização facultativa das contratações públicas, o PNCP é uma plataforma disponível para todas as esferas de governo, sendo possível criar *site* específico para a divulgação complementar dos dados e para a realização de licitações.

¹⁴ BRASIL, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Orientações Consolidadas SUB-CONS PGE/SP, versão 4 - 19.3.2024.

4 Economicidade das licitações e contratações públicas na dimensão procedural

Cada vez mais, a legitimidade do Poder Público vai muito além da simples organização do Estado com a finalidade de garantir a pacificação social, vale dizer, transcende o cumprimento de meios predeterminados para atingir os fins definidos pela lei (racionalidade formal e instrumental), pois também alcança a materialização de valores reconhecidos pela comunidade política (racionalidade material). E, para atender ao extenso leque de valores reconhecidos no texto constitucional, o Estado se vale da elaboração e da implementação de políticas públicas por meio de leis que geralmente envolvem, num primeiro momento, a formulação de diretrizes pela cúpula política e, num segundo momento, a estruturação de arranjos institucionais e a proceduralização dos meios dentro da Administração Pública, viabilizando, num terceiro momento, a execução das tarefas destinadas à alocação de recursos humanos, materiais, financeiros e tecnológicos no cumprimento de objetivos e de metas.

No mesmo sentido, o próprio regime jurídico de licitações e contratações públicas deixou de servir apenas para disciplinar o procedimento destinado à seleção isonômica da proposta mais vantajosa em termos técnicos e econômicos, segundo a lógica da rationalidade formal e instrumental que orienta a legalidade na sua dimensão procedural, convertendo-se na política administrativa do governo, por meio da qual a Administração Pública utiliza seu poder de compra para implementar outros fins e valores, respeitando, ao mesmo tempo, os imperativos de legalidade, economicidade e legitimidade, de acordo com a lógica da rationalidade tridimensional. Essa qualificação da Lei nº 14.133/2021 como política pública do Estado para suas licitações e contratações é corroborada pela possibilidade de identificar os três momentos que geralmente marcam a elaboração e a implementação dessas *policies*, a começar pelas diretrizes formuladas por meio de princípios e objetivos, passando pela criação de novos arranjos que podem garantir a centralização de licitações e contratos por meio de ferramentas digitais de *accountability*, como o Portal Nacional de Contratações Públicas, até alcançar o planejamento global, preliminar e definitivo das compras públicas, culminando no procedimento destinado à seleção da proposta mais vantajosa e à gestão do acordo pactuado.

A partir dessas considerações, a finalidade deste tópico consiste em investigar e ilustrar regras e princípios da Lei nº 14.133/2021 que foram norteados pelo imperativo da economicidade. Como ponto de partida, o artigo 5º dessa lei trouxe um rol de princípios que ajudam a construir o quadro normativo ideal das licitações e contratações públicas, dentre os quais estão incluídos os princípios

da economicidade, da eficiência, da eficácia e do planejamento. Nesse sentido, é possível afirmar que o imperativo da economicidade pode ser proceduralmente vinculado ao planejamento e substancialmente relacionado à eficiência e à eficácia. Em conjunto, todos esses princípios refletem fins e valores que geralmente são associados ao mercado na busca de maior produtividade, ainda que seja possível atribuir-lhes outros significados jurídicos. Nesse sentido, Emerson Gabardo aponta que muitos estudiosos costumam associar a eficiência com a utilização ótima dos meios adequados e a eficácia com a implementação satisfatória dos fins desejados. Nada obstante, o autor alerta que o princípio da eficiência não contém só o aspecto econômico, pois, ao ser encampado pelo sistema jurídico, ele também passa a observar os imperativos da legalidade e da legitimidade, servindo de parâmetro decisivo na ponderação entre interesses públicos conflitantes.¹⁵

De certa forma, esse modo de compreender o princípio da eficiência corrobora a necessidade de a Administração Pública conciliar a legalidade do Estado, a economicidade do mercado e a legitimidade da sociedade Civil. Nesse sentido, Barry Bozeman afirma que a Administração Pública também passou a buscar a economicidade dos insumos (*inputs*), a eficiência dos processos (*outputs*) e a eficácia dos resultados (*outcomes*) como uma forma de resolver as crises de governabilidade e de governança que tinham se instalado por causa da prestação ineficiente dos serviços públicos, sofrendo a influência de diversas teorias neoliberais que surgiram a partir da década de 1970. Para resolver a crise de governabilidade, a teoria da “gerência pública” enfatizou a relação de eficiência entre insumos e rendimentos (relação *inputs-outputs*), aplicando ferramentas da iniciativa privada para otimizar tempo, matéria-prima, equipamentos e mão de obra. E, para resolver a crise de governança, a teoria das “escolhas públicas” destacou a relação de eficácia entre insumos e resultados (relação *inputs-outcomes*), verificando o impacto dos produtos, dos serviços e das políticas públicas na vida dos clientes, usuários e cidadãos. Na opinião do autor, as duas vertentes têm preocupações em comum, como o apreço pela experiência e a função política do aparato estatal, o que confirma a politização do agir-administrativo de acordo com a racionalidade tridimensional.¹⁶

Na obra *Reinventando o governo*, David Osborne e Peter Plastrik relatam que Margaret Thatcher criou o programa *Financial Management Initiative* para exigir que os Ministérios fixassem seus objetivos de rendimento, viabilizando o controle

¹⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 72-105.

¹⁶ BOZEMAN, Barry. *La gestión pública: su situación actual*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 37-42.

por meio de informativos anuais. Para os dois autores, o programa fracassou por causa da centralização de poder em torno do Ministério da Fazenda, mas serviu para mostrar a necessidade de delegar funções para os níveis de execução. Na sequência, o programa *The Next Steps* buscou alcançar as diretrizes da cúpula política por meio de contratos de gestão que ampliavam a autonomia gerencial dos órgãos públicos.¹⁷ Nesse cenário, Henri Guillaume observa o surgimento de duas técnicas de construção dos indicadores de desempenho. No modelo canadense (*top-down*), o controle dos *outcomes* envolve o escalonamento de objetivos, porque as missões definidas pelos Ministérios direcionam as metas de médio prazo e os alvos operacionais de curto prazo que constam dos planos anuais de performance. No modelo neozelandês (*bottom-up*), o controle dos *outputs* separa as funções estratégicas de timão e as funções operacionais de remo, de acordo com a teoria do principal-agente, permitindo a construção ascendente dos indicadores pelos próprios agentes executores.¹⁸

Na opinião de Sylvie Trosa, as estratégias *bottom-up* favorecem o uso das ferramentas gerenciais da iniciativa privada, mas têm uma limitada visão de conjunto, convertendo o aparato administrativo numa “colcha de retalhos”. Por isso, a autora francesa propõe a fusão das iniciativas *top-down* e *bottom-up*, mesclando os indicadores qualitativos de satisfação dos usuários (*outcomes*) e os indicadores quantitativos de atividade realizada (*outputs*).¹⁹ Com base nessas teorias e experiências estrangeiras a respeito dos novos modelos de gestão pública, é possível identificar, na Lei nº 14.133/2021, ferramentas gerenciais que se aproximam das duas vias, descendentes e ascendentes. Por um lado, a estratégia *top-down* pode ser identificada na criação de novas ferramentas que viabilizam o planejamento global das compras públicas, como é o caso do Plano de Contratações Anual (PCA). De outro lado, a estratégia *bottom-up* pode ser identificada na previsão do novo iter procedural que orienta o planejamento na fase preparatória de cada licitação e contratação pública.

Na visão de cima para baixo (iniciativa *top-down*), o Plano de Contratações Anual (PCA) foi idealizado como uma poderosa ferramenta de planejamento global que consolida as contratações a serem realizadas ou prorrogadas no ano seguinte, sendo elaborado a partir do histórico das demandas formalizadas. A elaboração

¹⁷ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo*: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998, p. 39-50.

¹⁸ GUILLAUME, Henri et al. *Gestion Publique: L'État et la performance*. Paris: Dalloz, 2002, p. 67-88.

¹⁹ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o Estado se compromete. Brasília: ENAP, 2001, p. 135-189.

desse plano também deve considerar os demais planos estratégicos de cada esfera de governo, assim como os planos governamentais que se destinam à implementação das políticas públicas, como os planos municipais de saúde, de ensino, de saneamento básico, de resíduos sólidos e de mobilidade urbana, além das diretrizes e dos programas orçamentários que compõem o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Assim, antes mesmo de planejar a contratação específica de cada obra, bem ou serviço, a Administração Pública pode avaliar a necessidade a ser atendida dentro do quadro global das compras previstas para o exercício financeiro, buscando implementar os objetivos e as metas que constam dos demais instrumentos de planejamento governamental. Nesse sentido, o artigo 12, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021 esclarece que o PCA serve para racionalizar as contratações públicas, para estimular o planejamento estratégico e para subsidiar a elaboração do orçamento público, além de evitar desperdícios, favorecer a economia de escala e otimizar os recursos humanos. Aos entes federativos foi dada a possibilidade de editar regulamento próprio para disciplinar esse documento, mas, uma vez editado, ele deve ser obrigatoriamente divulgado no site oficial do governo, como determina o artigo 12, §1º, do mesmo diploma legal.

Na visão de baixo para cima (iniciativa *bottom-up*), o artigo 18 da Lei nº 14.133/2021 estabeleceu o novo iter procedural que orienta o planejamento na fase preparatória de cada licitação e contratação pública. Compatível com as leis orçamentárias e com o Plano de Contratações Anual, o planejamento realizado durante a fase preparatória requer a análise daquelas questões técnicas, mercadológicas e gerenciais que podem interferir na contratação, desdobrando-se em duas etapas. No planejamento inicial, o estudo técnico preliminar (ETP) descreve a necessidade, evidencia o problema e vislumbra a melhor solução para resolvê-lo. Nesse sentido, a solução é o conjunto de bens, serviços e outros elementos que são necessários para gerar o *resultado* capaz de atender à necessidade pública (*outcomes*), levando em conta os riscos que podem comprometer a licitação e a execução contratual. Confirmada a viabilidade técnica e econômica da contratação, começa a etapa do planejamento definitivo. Nesse sentido, o termo de referência ou o projeto básico define o produto final (*outputs*), isto é, o objeto capaz de alcançar o resultado, assim como o processo capaz de levar ao produto final conforme o modelo de execução do objeto, envolvendo o fornecimento dos bens, a prestação dos serviços ou a execução de obras. Nesta etapa são estabelecidas as condições de execução, pagamento e recebimento. Só então será possível calcular os custos diretos e indiretos dos itens necessários para produzir o objeto (*inputs*), cabendo ao orçamento estimado

detalhar os custos inicialmente previstos no estudo técnico preliminar com base nos novos dados técnicos que foram acrescentados pelo termo de referência, pelo projeto básico ou pelo anteprojeto (no caso da contratação integrada).

A partir dos *inputs*, *outputs* e *outcomes* que foram identificados na fase preparatória de planejamento, os contornos fáticos da necessidade pública orientarão o estabelecimento dos contornos jurídicos da licitação, da contratação, da execução e da gestão contratual. Com isso, será possível elaborar a minuta do edital e do contrato, indicando, por exemplo, a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa, as regras de qualificação técnica e de qualificação econômica, os eventuais requisitos de pontuação técnica e as regras específicas de subcontratação e de participação de empresas em consórcio. Na sequência, após a análise da documentação pelo órgão de assessoramento jurídico, o processo licitatório avançará pela fase externa com a divulgação do edital e a realização da sessão, seguindo as fases de proposta, julgamento, habilitação e recurso, até alcançar a fase final de adjudicação do objeto, de homologação do certame e de celebração do contrato. Durante a execução do ajuste, a Administração Pública deverá avaliar o desempenho e a *performance* do contratado com base em critérios objetivos de mensuração quantitativa e de avaliação qualitativa, nos termos do artigo 88, §3º, da Lei nº 14.133/2021. A finalidade desse dispositivo é fazer com que essa avaliação subsidie a elaboração do Plano de Contratações Anual para o exercício financeiro seguinte, alinhando, assim, as estratégias *bottom-up* e *top-down* em favor da gestão pública por rendimentos e resultados.

5 Legitimidade das licitações e contratações públicas na dimensão substancial

Dada a politização do agir administrativo e, consequentemente, do regime jurídico-administrativo das licitações e contratações públicas, o presente tópico tem o objetivo de identificar e exemplificar regras e princípios da Lei nº 14.133/2021 que foram norteados pelo imperativo da legitimidade. De acordo com Paulo Bonavides, o Estado pode recuperar sua legitimidade se implementar uma democracia participativa favorável à tetradiimensionalidade dos direitos, conciliando o aspecto procedural da democracia e o aspecto substancial dos direitos fundamentais.²⁰ No mesmo sentido, Leonel Pires Ohweiller afirma que a legitimidade pode ser fortalecida

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 289.

no plano procedural pela participação popular, operando em conjunto com os vetores constitucionais relacionados a temas como a saúde, a educação e o meio ambiente.²¹ Assim, o imperativo da legitimidade está proceduralmente vinculado à democracia participativa e substancialmente relacionado à promoção do bem-estar social e dos direitos fundamentais. A título ilustrativo, o artigo 21 da Lei nº 14.133/2021 consagrou a dimensão procedural da legitimidade ao facultar a realização de consultas e de audiências públicas em favor da democracia participativa. Isto posto, o artigo enfatizará a dimensão substancial da legitimidade e abordará como a Lei nº 14.133/2021 se vale das licitações e contratações para implementar fins e valores como a probidade administrativa e a promoção de grupos e áreas socialmente relevantes, em favor dos direitos fundamentais e das medidas voltadas para o desenvolvimento nacional sustentável.

Quanto à tutela da probidade administrativa, o artigo 20 da Lei nº 14.133/2021 vedou a aquisição de artigos de luxo, na medida em que os itens necessários para suprir as demandas da Administração Pública devem ser de qualidade comum, cabendo a regulamento de cada Poder definir os limites para enquadrar os bens de consumo na categoria de luxo. No governo federal, o Decreto nº 10.818/2021 definiu bem de luxo como o bem de consumo que pode ser identificado por meio de características como ostentação, opulência, requinte e forte apelo estético, considerando os critérios de relatividade econômica e de relatividade temporal. Não são considerados artigos de luxo aqueles itens de consumo com tais características que forem adquiridos com preço igual ou inferior ao bem de qualidade comum ou que foram adquiridos mediante justificativa com base na atividade do órgão ou da entidade. No governo do Estado de São Paulo, o Decreto nº 67.985/2023 adotou os mesmos critérios do regulamento federal, permitindo, ainda, a aquisição de bens e serviços com aquelas características quando eles não puderem ser substituídos por outros de qualidade comum. O regulamento paulista também estipulou que o estudo técnico preliminar precisa descrever a necessidade da contratação desses itens e demonstrar a essencialidade do objeto para satisfazer a necessidade pública.

Quanto à promoção de grupos e áreas socialmente relevantes, a Lei nº 14.133/2021 previu diversos mecanismos que realçam a dimensão material do princípio da igualdade. A princípio, o processo licitatório de caráter isonômico e competitividade requer a observância da igualdade formal, pois as regras do

²¹ OHLWEILLER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 289-309.

jogo precisam dar a mesma oportunidade para todos os licitantes interessados. Nesse sentido, a igualdade formal norteia as regras proibitivas que se destinam a servidores e interessados. De acordo com o artigo 9º da lei, é vedado ao agente designado conferir tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e empresas estrangeiras assim como estabelecer preferências ou distinções em razão da origem dos licitantes. Segundo o artigo 14 da lei, estão proibidos de disputar a licitação e de participar da execução contratual os projetistas que elaboraram o anteprojeto, o projeto básico ou o projeto executivo, as empresas controladoras, controladas ou coligadas quando concorrerem entre si, bem como as empresas e os sócios que tiverem vínculo de natureza familiar, técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com o agente designado ou o dirigente do órgão, incluindo cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Essa proibição se estende às pessoas impedidas por força de sanção aplicada, sobretudo no caso de condenação judicial por exploração de trabalho infantil, de trabalho vedado aos adolescentes e de trabalho em condições análogas às de escravo.

Além das regras proibitivas, a igualdade formal também orienta, axiologicamente, a regra facultativa que consta do art. 16 da Lei nº 14.133/2021 no ponto em que permite, de forma expressa, a participação de profissionais organizados sob a forma de cooperativa, desde que sejam observados os requisitos legais de constituição e de funcionamento, sem a atribuição das tarefas para pessoas específicas. Essa regra foi prevista na lei porque a jurisprudência do controle externo limitava a participação das cooperativas devido ao risco de responsabilização trabalhista da entidade ou do órgão público. Nesse sentido, a Súmula nº 281 do TCU vedava a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como era usualmente executado no mercado, houvesse a necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade. Por outro lado, a Lei nº 11.445/2007 tinha incluído nova hipótese de dispensa de licitação no artigo 24, inciso XXVII, da Lei nº 8.666/1993, permitindo a contratação direta de associações ou cooperativas formadas por pessoas de baixa renda para coletar, processar e comercializar resíduos urbanos recicláveis ou reutilizáveis. Essa alteração legislativa revela o avanço do quadro normativo das licitações e contratações públicas em favor do desenvolvimento nacional sustentável, promovendo, ao mesmo tempo, novas cadeias econômicas e a defesa do meio ambiente.

Além da igualdade formal, a Lei nº 14.133/2021 assegurou a igualdade material em favor de áreas e grupos socialmente relevantes ao fixar margens de

preferência e ao definir critérios de desempate. Como área socialmente relevante, o desenvolvimento nacional sustentável busca promover o mercado brasileiro, incentivar as inovações tecnológicas e proteger o meio ambiente, consistindo, por isso, em princípio e objetivo das licitações, como indica a leitura do artigo 5º e do artigo 11, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021. Uma das estratégias adotadas pelo Direito brasileiro para desenvolver o mercado nacional consiste em fortalecer as microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos definidos da Lei Complementar nº 123/2006. Essa lei facilitou a participação dessas empresas nas licitações e contratações públicas ao conceder prazo para a regularização de pendências e ao postergar a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista para o momento de assinatura do contrato. Além disso, os editais de licitação podem prever cota obrigatória de até 25%, impor exigência de subcontratação e realizar licitação exclusiva para tais empresas no valor de até R\$ 80.000,00. O artigo 4º da Lei nº 14.133/2021 confirmou a aplicação dessas regras especiais, mas a empresa favorecida deve comprovar que não extrapolou os limites anuais para seu enquadramento nesse regime diferenciado.

Como instrumento da igualdade material, a fixação de margens de preferência está prevista nos artigos 4º e 26 da Lei nº 14.133/2021. Esse diploma legal encampou as regras da Lei Complementar nº 123/2006 que criaram um empate fictício em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte quando as propostas forem iguais ou superiores em até 10% com relação à primeira colocada ou em até 5% no caso do pregão. Configurado o empate fictício, a microempresa ou a empresa de pequeno porte pode apresentar uma proposta que seja de fato inferior à proposta da primeira colocada. Mas, se tal empresa assim não o fizer, a Administração Pública deve convocar as demais microempresas e empresas de pequeno porte que estão dentro desta margem de preferência para que elas possam negociar a proposta. Não havendo a apresentação de proposta dentro da margem de preferência, o objeto da licitação será adjudicado em favor da primeira classificada. No caso do pregão, a microempresa ou a empresa de pequeno porte com melhor classificação tem cinco minutos adicionais após o encerramento da fase de lances para oferecer nova proposta.

Além das microempresas e das empresas de pequeno porte, o artigo 26 da Lei nº 14.133/2021 permitiu que os editais de licitação fixem margem de preferência de até 10% em favor de itens nacionais e de bens sustentáveis com relação aos demais bens e serviços que não se enquadrem em tais categoriais. Os itens nacionais compreendem os serviços e os bens que são manufaturados de acordo com as normas técnicas brasileiras, havendo a possibilidade de estender

essa margem de preferência para os demais países do Mercosul se houver acordo de reciprocidade. Além disso, a margem de preferência pode chegar a 20% com relação às demais propostas quando se tratar de bens manufaturados ou de serviços nacionais que resultem do desenvolvimento e da inovação tecnológica no país. No entanto, a margem de preferência de 10% ou de 20% não se aplica se a capacidade de produção dos bens e serviços nacionais for inferior à quantidade necessária. Existe, ainda, a possibilidade de restringir a licitação aos bens e serviços que são produzidos com tecnologia desenvolvida no país no caso das contratações destinadas a implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação que forem considerados estratégicos.

Por sua vez, os bens sustentáveis compreendem os bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis que otimizam o ciclo de vida dos produtos. De acordo com o artigo 3º da Lei nº 12.305/2010, o ciclo de vida do produto abrange o desenvolvimento do produto, a obtenção dos insumos, além do processo produtivo, do consumo e da disposição final. Por sua vez, a reciclagem consiste no processo de transformação dos resíduos sólidos em novos insumos ou produtos. A fixação da margem de preferência de 10% em favor dos bens sustentáveis deve ser fundamentada no estudo técnico preliminar e no termo de referência ao descrever a solução como um todo. Para tornar mais eficiente a alocação dos recursos em favor do desenvolvimento sustentável, o termo de referência precisa considerar todo o ciclo de vida dos insumos aplicados no fornecimento de bens ou na prestação de serviços. Nesse sentido, o regulamento federal e o regulamento paulista que disciplinam a contratação de bens e serviços dão preferência para os arranjos inovadores em sede de economia circular, estimulando a reutilização, a reciclagem e a compostagem em favor da disposição final adequada.²²

Como instrumento da igualdade material, a definição dos critérios de desempate está prevista no artigo 60 da Lei nº 14.133/2021, compreendendo a disputa final entre os licitantes, a avaliação do desempenho nos contratos anteriores, a promoção da igualdade de gênero no ambiente laboral e a edição de programa de integridade pelo licitante. Se o empate persistir mesmo após a aplicação desses critérios, é necessário seguir uma ordem de preferência, a começar pelos bens e serviços que são produzidos ou prestados no Estado onde a licitação estadual ou municipal é realizada. Havendo mais de um licitante nesta situação, a preferência

²² Nesse sentido, assim prescrevem o artigo 9º, inciso III, Instrução Normativa SEGES nº 81/2022, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, assim como o artigo 6º, inciso III, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

recai sobre os bens e serviços que são produzidos por empresas brasileiras, convergindo, na sequência, para as empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no país. Por último, a preferência incide em favor de empresas que adotam as medidas de mitigação climática que constam da Lei nº 12.187/2009. Ao instituir a Política Nacional de Mudança Climática, essa lei definiu a mitigação como mudança ou substituição de tecnologia que seja capaz de reduzir o uso dos recursos naturais, diminuir a emissão de gases de efeito estufa ou aumentar os sumidouros que retiram os gases prejudiciais da atmosfera.

Além de resguardar áreas socialmente relevantes como o desenvolvimento nacional sustentável, a Lei nº 14.133/2021 também previu a possibilidade de utilizar as licitações e as contratações públicas para promover os direitos de pessoas que merecem a proteção especial do Estado como forma de assegurar a igualdade material e a dignidade humana. Em primeiro lugar, as crianças, os adolescentes e as pessoas submetidas às condições análogas de escravo foram tutelados pelo artigo 14, inciso VI, que proíbe a participação no certame e na execução contratual dos interessados que tiverem promovido o trabalho irregular desses grupos sociais, conforme decisão judicial transitada em julgado, vigorando tal proibição pelo prazo de cinco anos. Em segundo lugar, as vítimas de violência doméstica e os egressos do sistema prisional foram protegidos pelo artigo 25, §9º, que permite a fixação de percentual mínimo para a admissão dessas pessoas, como forma de estimular a autonomia financeira e a reinserção na sociedade. Nesse sentido, o instrumento convocatório pode impor ao vencedor a obrigação de contratar um percentual mínimo dessas pessoas para realizar as obras, fornecer os produtos ou prestar os serviços licitados. Em terceiro lugar, as mulheres também foram tuteladas pelo artigo 60, inciso III, que estabeleceu a equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como o terceiro critério de desempate, conforme regulamento do ente federativo.

Em quarto lugar, os catadores de materiais recicláveis, os portadores de deficiência, os encarcerados, as famílias rurais de baixa renda e as pessoas em situação de vulnerabilidade e risco social também foram tutelados pelo artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, ao definir o rol taxativo de situações fáticas que permitem a contratação direta mediante dispensa de licitação. Nesse sentido, é possível realizar a contratação direta de associações e cooperativas formadas por pessoas físicas de baixa renda para coletar, processar e comercializar material de reciclagem ou reutilizável. Também é permitida a contratação direta de associação sem fins lucrativos para a prestação de serviços por pessoas com deficiência, desde que o preço seja compatível com o mercado. Admite-se, ainda, a contratação direta

de instituição dedicada à recuperação social dos presos, desde que ela tenha reputação ética e finalidade filantrópica. Com a edição da Lei nº 14.628/2023, o artigo 75 da Lei nº 14.133/2021 também passou a admitir a contratação direta de entidades sem fins lucrativos, seja para fornecer alimentação gratuita às pessoas vulneráveis em situação de rua nos termos do Programa Cozinha Solidária, seja para levar água até às famílias rurais de baixa renda que sofrem com a seca ou com a falta regular de água, garantindo, assim, o consumo humano e a produção de alimentos.

6 Conclusão

Ao conjugar a legalidade imposta pelo Estado, a economicidade exigida pelo mercado e a legitimidade clamada pela sociedade civil, de acordo com a rationalidade tridimensional que tem norteado a politização do agir administrativo nas últimas décadas, a edição da Lei nº 14.133/2021 deu continuidade ao longo processo de transformação da Administração Pública. Nesse sentido, o diploma legal ressaltou as garantias procedimentais do processo licitatório em favor do tratamento isonômico e da competição justa, conforme a rationalidade formal e instrumental que permeia o imperativo da legalidade. Dessa forma, a Administração Pública será capaz de identificar e selecionar a proposta mais vantajosa com preço compatível àquele praticado pelo mercado. A obtenção dessa vantajosidade pressupõe o planejamento individualizado da licitação e da contratação com base nos princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia, devendo buscar, na medida do possível, a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, em favor da legitimidade.

Em tempos de guinada axiológica, que coloca o processo a serviço dos diferentes tipos de tutela do direito material, o processo licitatório não enfatiza o rito procedural em si, pois busca a satisfação do interesse público envolvido com base no planejamento realizado na fase preparatória das licitações e contratações públicas. Sob o prisma gerencial, a satisfação desse interesse público envolvido requer a transformação eficiente dos recursos disponíveis (*inputs*) em produtos (*outputs*) que possam alcançar os resultados almejados (*outcomes*). Com isso, o processo licitatório será capaz de cumprir dois grandes objetivos, o objetivo imediato de selecionar de forma justa e equânime a proposta mais vantajosa em termos técnicos e econômicos e o objetivo mediato de impactar positivamente as políticas públicas do governo, como a inovação tecnológica, o desenvolvimento nacional sustentável e a promoção de grupos e áreas socialmente relevantes que merecem a atenção especial do Estado como forma de assegurar a igualdade material e a dignidade humana.

Referências

- ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOZEMAN, Barry. *La gestión pública*: su situación actual. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- BRASIL, Poder Executivo da União, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. *Instrução Normativa SEGES nº 58/2022*.
- BRASIL, Poder Executivo da União, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. *Instrução Normativa nº 81/2022*.
- BRASIL, Poder Executivo do Estado de São Paulo, *Decreto nº 68.017/2023*, do Estado de São Paulo.
- BRASIL, Poder Executivo do Estado de São Paulo, *Decreto nº 68.185/2023*, do Estado de São Paulo.
- BRASIL, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. *Orientações Consolidadas SUB-CONS PGE/SP*, versão 4 - 19.3.2024.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2010.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno*: novo paradigma do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.
- GUILLAUME, Henri et al. *Gestion Publique*: L'État et la performance. Paris: Dalloz, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. Paris: Montchestien, 2011.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- OHLWEILLER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo*: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUNÔZ, Guilhermo Andrés (coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o Estado se compromete*, Brasília: ENAP, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BALDO, Rafael Antonio. Racionalidade tridimensional nas licitações e contratações públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 111-135, out./dez. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i98.1964.
