



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LEILANY KAMILY DINIZ BARBOZA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA VERSUS O FORMALISMO
MODERADO NA LEI Nº 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS)
ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

SÃO CRISTÓVÃO

2026

LEILANY KAMILY DINIZ BARBOZA

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA VERSUS O FORMALISMO
MODERADO NA LEI Nº 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS): ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA
ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal de Sergipe (UFS)
como requisito parcial para a obtenção da
graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos

SÃO CRISTÓVÃO

2026

LEILANY KAMILY DINIZ BARBOZA

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA VERSUS O FORMALISMO
MODERADO NA LEI Nº 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS): ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICIÊNCIA
ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal de Sergipe (UFS)
como requisito parcial para a obtenção da
graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos (Presidente)

Universidade Federal de Sergipe

Prof.^a Dr.^a Miriam Coutinho de Faria Alves

Universidade Federal de Sergipe

Prof.^a Dr.^a Kelly Helena Santos Caldas

Universidade Federal de Sergipe

RESUMO

O presente trabalho examina a tensão estrutural entre o princípio da legalidade estrita e o formalismo moderado no âmbito da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA). A pesquisa demonstra que a trajetória histórica das contratações públicas brasileiras foi marcada pela oscilação entre paradigmas de controle burocrático-formal e eficiência gerencial, desde o Decreto nº 2.926/1862 até a legislação vigente. A partir de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência dos Tribunais de Contas, especialmente do TCU, e do Poder Judiciário, o trabalho investiga como o formalismo moderado, positivado no art. 12, inciso III, da NLLCA, opera como instrumento de conciliação entre segurança jurídica e eficiência administrativa nas contratações públicas. Constata-se que a evolução do princípio da legalidade em direção à juridicidade administrativa ampliou o parâmetro de vinculação da Administração Pública ao bloco normativo constitucional, conferindo ao formalismo moderado status de princípio autônomo. A análise jurisprudencial revela quatro fases decisórias do TCU: construção (1992-2014), consolidação (2015-2020), adaptação (2021-2023) e aprofundamento (2024-2025), culminando em inovações como a teoria da equivalência funcional de certidões e a teoria da foto. Conclui-se que o formalismo moderado não enfraquece o regime licitatório, mas racionaliza seus controles, substituindo a ilusão de conformidade formal pelo controle substantivo dos resultados, desde que observados os limites constitucionais da isonomia, da motivação qualificada e do planejamento prévio.

PALAVRAS-CHAVE: formalismo moderado; legalidade estrita; licitações públicas; Lei nº 14.133/2021; segurança jurídica; eficiência administrativa; juridicidade administrativa.

ABSTRACT

This paper examines the structural tension between the principle of strict legality and moderate formalism within the framework of Law No. 14,133/2021, the New Brazilian Public Procurement and Contracts Act (NLLCA). Drawing on bibliographic review and case law analysis from the Federal Court of Accounts (TCU) and the Judiciary, the research investigates how moderate formalism, codified in Article 12, Section III of the NLLCA, operates as an instrument to reconcile legal certainty and administrative efficiency in public contracting. The study finds that the evolution of legality toward administrative juridicity has expanded the normative parameters binding public administration to constitutional principles, conferring on moderate formalism the status of an autonomous principle. Jurisprudential analysis reveals four decisional phases of the TCU: construction (1992-2014), consolidation (2015-2020), adaptation (2021-2023), and deepening (2024-2025), culminating in innovations such as the functional equivalence theory of certificates and the snapshot theory. The conclusion is that moderate formalism does not undermine the procurement regime but rationalizes its controls, replacing the illusion of formal compliance with substantive results-oriented oversight, provided the constitutional limits of equality, qualified motivation, and prior planning are observed.

KEYWORDS: moderate formalism; strict legality; public procurement; Law No. 14,133/2021; legal certainty; administrative efficiency; administrative juridicity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 HISTÓRICO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL: DO PATRIMONIALISMO À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA.....	11
2.1 O PERÍODO IMPERIAL E A PRIMEIRA REPÚBLICA: CONTRATAÇÕES SEM CONTROLE SISTÊMICO.....	13
2.2 A ERA VARGAS E AS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937: BUROCRACIA COMO RESPOSTA AO PATRIMONIALISMO.....	15
2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E O DECRETO-LEI Nº 200/1967: ENTRE A DEMOCRACIA RESTAURADA E A RACIONALIZAÇÃO AUTORITÁRIA.....	16
2.4 O DECRETO-LEI Nº 2.300/1986 E A SISTEMATIZAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL.....	18
2.5 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI Nº 8.666/1993: A LICITAÇÃO COMO DEVER CONSTITUCIONAL.....	18
2.6 A REFORMA GERENCIAL E AS INOVAÇÕES NA LEGISLAÇÃO LICITATÓRIA.....	20
2.7 A LEI Nº 14.133/2021: A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE E EFICIÊNCIA.....	21
2.8 DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: O REGIME LICITATÓRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	23
3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E SUA EVOLUÇÃO.....	27
3.1 A LEGALIDADE ESTRITA NA TRADIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	2
3.2 A LEGALIDADE ESTRITA NAS LICITAÇÕES E SEUS LIMITES.....	28

3.3 A VIRADA PRINCIPIOLÓGICA E A RESSIGNIFICAÇÃO DA LEGALIDADE.....	29
4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DO PATRIMONIALISMO AO MODELO GERENCIAL.....	30
4.1 O PATRIMONIALISMO COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DA CULTURA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA.....	30
4.2 A BUROCRACIA WEBERIANA: DO ESCUDO CIVILIZATÓRIO AO ENGESSAMENTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	32
4.3 A REFORMA GERENCIAL E OS LIMITES DE UMA TRANSIÇÃO INACABADA.....	3
4	
4.4 A LEI Nº 14.133/2021 E A TENSÃO ENTRE GERENCIALISMO E NEOBUROCRATIZAÇÃO.....	36
5 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O FORMALISMO MODERADO.....	39
5.1 UM NOVO DIPLOMA SOBRE UM VELHO PROBLEMA.....	39
5.2 O FORMALISMO MODERADO COMO PRINCÍPIO: FUNDAMENTOS E ALCANCE.....	4
0	
5.3 A ARQUITETURA DA LEI Nº 14.133/2021: ENTRE A DESBUROCRATIZAÇÃO E A NEOBUROCRATIZAÇÃO.....	43
5.4 O FORMALISMO MODERADO NA JURISPRUDÊNCIA: DO TCU AO PODER JUDICIÁRIO.....	45
5.5 OS NOVOS INSTRUMENTOS DA NLLCA E O FORMALISMO MODERADO EM PERSPECTIVA SISTÊMICA.....	46
5.6 O FORMALISMO MODERADO COMO HORIZONTE: LIMITES E POSSIBILIDADES.....	4

6 DA BUROCRACIA À DESBUROCRATIZAÇÃO: EM BUSCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NAS COMPRAS PÚBLICAS.....	50
6.1 AS CONDIÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A EFETIVIDADE DO FORMALISMO MODERADO.....	50
6.2 DESBUROCRATIZAÇÃO E INTEGRIDADE: DESCONSTRUINDO UMA FALSA ANTINOMIA.....	5
2	
6.3 O FORMALISMO MODERADO E A CULTURA DE RESULTADOS: O QUE O GERENCIALISMO EXIGE DA ADMINISTRAÇÃO.....	53
6.4 O CONTROLE COMO ALIADO DA DESBUROCRATIZAÇÃO: CONDIÇÕES PARA UMA FISCALIZAÇÃO INTELIGENTE.....	55
6.5 DESBUROCRATIZAÇÃO, COMPETITIVIDADE E ACESSO DAS PEQUENAS EMPRESAS ÀS COMPRAS PÚBLICAS.....	56
6.6 O HORIZONTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NAS COMPRAS: UMA SÍNTESE PROPOSITIVA.....	57
7 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA E PARECERES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE O FORMALISMO MODERADO.....	60
7.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: FASES DECISÓRIAS.....	61
7.1.1 Fase de construção (1992-2014)	61
7.1.2 Fase de consolidação (2015-2020)	62
7.1.3 Fase de positivação e adaptação (2021-2023).....	63
7.1.4 Fase de aprofundamento (2024-2025)	64

7.2 OS TRIBUNAIS DE CONTAS	
ESTADUAIS.....	65
7.2.1 TCE-PR: alinhamento e uso do poder	
cautelar.....	65
7.2.2 TCE-MG: extensão ao âmbito	
municipal.....	66
7.2.3 TCE-SP: rigor	
estruturante.....	66
7.3 ENUNCIADOS NORMATIVOS EXTRAÍDOS DA	
JURISPRUDÊNCIA.....	66
7.4 O DEVER DE DILIGÊNCIA: DE FACULDADE A	
OBRIGAÇÃO.....	68
7.5 TENSÃO COM O PODER	
JUDICIÁRIO.....	69
7.6 O PRINCÍPIO NOS ATOS NORMATIVOS	
INFRASLEGAIS.....	70
8 SEGURANÇA JURÍDICA, EFICIÊNCIA E LIMITES CONSTITUCIONAIS DO	
FORMALISMO MODERADO.....	71
8.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE DOS CRITÉRIOS, NÃO	
DAS	
FORMAS.....	72
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

As contratações públicas constituem um dos domínios mais sensíveis do direito administrativo contemporâneo, pois nelas convergem, de forma particularmente aguda, as exigências de controle e de efetividade que tensionam toda a atividade estatal e a consecução do interesse público.

Ao longo de mais de um século e meio de normatização, do Decreto nº 2.926/1862, que inaugurou o regime jurídico das aquisições públicas no Brasil, até a Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), o legislador brasileiro oscilou entre dois impulsos complementares e por vezes contraditórios: o de controlar rigorosamente os meios pelos quais o Estado seleciona seus contratados e o de garantir que esse controle não se converta em obstáculo à realização eficiente do interesse público. Essa tensão, que percorre toda a trajetória histórica do instituto licitatório, assume contornos especialmente nítidos quando se examina a relação entre o princípio da legalidade estrita e o princípio do formalismo moderado, dois vetores normativos que, longe de se excluírem, se articulam de maneira dialética no ordenamento jurídico brasileiro.

A dimensão concreta desse debate, todavia, não pode ser dissociada da realidade cotidiana que lhe confere sentido. É por meio de procedimentos licitatórios, ou das hipóteses legais de contratação direta, que o Estado provê as condições materiais indispensáveis ao funcionamento de suas próprias estruturas e à prestação dos serviços que a sociedade espera receber.

A merenda que chega às mesas das escolas públicas, a água mineral consumida nas repartições, o gás de cozinha das unidades de saúde, a energia elétrica que ilumina hospitais e mantém equipamentos em funcionamento, os contratos de manutenção predial, a pavimentação de rodovias, a construção de viadutos e obras de infraestrutura urbana, tudo isso pressupõe, em algum momento da cadeia administrativa, a realização de um processo de contratação regido pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a licitação revela-se não apenas um procedimento formal de seleção de fornecedores, mas o principal instrumento pelo qual o Estado transforma recursos públicos em políticas públicas concretas, convertendo normas constitucionais em serviços efetivamente prestados à população. É precisamente por isso que a pergunta sobre o nível adequado de formalismo nos certames transcende o plano técnico-jurídico: burocratizar em

excesso o procedimento licitatório não significa apenas torná-lo mais lento ou oneroso, mas comprometer a própria capacidade estatal de realizar o interesse público, o que torna a tensão entre controle e efetividade, a ser examinada ao longo deste trabalho, uma questão de relevância diretamente constitucional.

O princípio da legalidade, fundamento estruturante do Estado de Direito e vetor obrigatório de toda ação administrativa no Brasil desde a Constituição Federal de 1988, impõe à Administração Pública uma vinculação mais rigorosa à ordem jurídica do que aquela exigida dos particulares: enquanto estes podem fazer tudo o que a lei não proíbe, os agentes públicos somente podem agir quando e como a lei autoriza. No campo licitatório, essa vinculação assumiu historicamente a feição de um formalismo acentuado, cujo exemplo mais aclarado fora a Lei nº 8.666/1993, diploma que, editado como reação ao patrimonialismo da redemocratização, disciplinou exaustivamente cada etapa do procedimento e transformou a conformidade procedimental em condição de validade dos certames.

O paradoxo revelado pela experiência histórica, contudo, foi que o hiperformalismo normativo não impediu a corrupção, a qual migrou de forma e passou a operar dentro dos próprios ritos procedimentais que pretendia suprimir, gerando ineficiências, morosidade e custos de transação que comprometeram a finalidade do instituto licitatório: a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Essa constatação impulsionou, ao longo das últimas décadas, uma profunda revisão do modo como o princípio da legalidade deve ser compreendido no contexto das contratações públicas, revisão que culminou, no plano normativo, com a consagração expressa do formalismo moderado no art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação nem a invalidação do processo”.

O presente trabalho tem por objeto central a análise do princípio do formalismo moderado na Lei nº 14.133/2021 como instrumento de equilíbrio entre a segurança jurídica e a eficiência administrativa nas contratações públicas brasileiras. A investigação parte de três hipóteses complementares. A primeira é que o formalismo moderado não representa uma flexibilização irresponsável da legalidade, mas sua releitura à luz da juridicidade administrativa, concepção ampliada que integra ao parâmetro de vinculação da Administração não apenas a lei em sentido

formal, mas o conjunto dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e das normas de boa-fé que constituem o Estado Constitucional de Direito.

A segunda é que a jurisprudência dos Tribunais de Contas, especialmente do Tribunal de Contas da União, desempenhou papel decisivo na construção e consolidação do princípio, antecipando em décadas sua positivação legal e desenvolvendo critérios aplicativos que a Lei nº 14.133/2021 veio a sistematizar e ampliar.

A terceira é que a efetividade do formalismo moderado depende não apenas de sua positivação normativa, mas também de condições institucionais extrajurídicas, como a adequada capacitação dos agentes públicos, elemento essencial para conferir segurança jurídica à tomada de decisão administrativa, bem como da coerência interpretativa dos órgãos de controle, sem as quais o princípio tende a ser neutralizado pela lógica defensiva que alimenta o fenômeno contemporaneamente denominado “direito administrativo do medo” ou “apagão das canetas”.

A partir dessas hipóteses, a pesquisa adota método hipotético-dedutivo, com revisão bibliográfica da doutrina administrativista brasileira e análise qualitativa da jurisprudência do TCU e de Tribunais de Contas estaduais entre 1992 e 2025.

2 HISTÓRICO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL: DO PATRIMONIALISMO À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

A etimologia revela, de início, a dupla face do instituto. O vocábulo licitação deriva do latim *licitatio* ou *licitationis*, termos que evocam a disputa por lances, própria das antigas práticas de arrematação e leilão. Sua raiz remete ao verbo *licitari*, entendido como oferecer lance, propor melhor preço ou concorrer em oferta, o qual se relaciona, em plano mais profundo, a *licere*, isto é, àquilo que é permitido, lícito ou juridicamente admissível. Essa ambivalência semântica entre a *disputa*, elemento concorrencial, e o *permitido*, elemento de juridicidade, atravessa toda a trajetória histórica do instituto no Brasil e antecipa a tensão estrutural que se examinará ao longo deste tópico.

Em sua dimensão jurídica contemporânea, a licitação configura-se como instrumento essencial à conformação do regime democrático das contratações públicas, na medida em que materializa, em nível procedimental, os princípios estruturantes da Administração Pública. Trata-se de processo administrativo previamente estabelecido, por meio do qual a Administração Pública e as demais entidades legalmente equiparadas promovem a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços e aquisições de bens, assegurando tratamento isonômico aos particulares e submetendo a escolha administrativa a critérios objetivos e impessoais. O conceito, embora amplamente consolidado na doutrina administrativista, comporta releituras interpretativas que evidenciam sua função instrumental no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a clássica formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello permanece como referência estruturante, ao delimitar o núcleo conceitual do procedimento licitatório:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (Mello, 2009, p. 519)

Conforme leciona Oliveira (2023), a licitação não se limita à função econômica de obtenção do melhor preço, assumindo papel normativo mais amplo ao viabilizar o controle da atuação estatal, a transparência decisória e a promoção de valores constitucionalmente relevantes, como a moralidade administrativa e o

desenvolvimento nacional sustentável. Em orientação convergente, o Tribunal de Contas da União assinala que o instituto não se configura como um fim em si mesmo, mas como instrumento voltado à concretização de contratações públicas capazes de atender às necessidades administrativas de forma eficiente e econômica, devendo a condução do certame observar o conjunto de princípios expressamente previstos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021 (TCU, 2024).

A compreensão do instituto exige, ainda, sua inserção no quadro mais amplo da teoria do Estado de Direito. Como adverte Almiro do Couto e Silva, a noção de Estado de Direito apresenta duas faces, uma material, estruturada em torno das ideias de justiça e segurança jurídica, e outra formal, da qual se destacam a existência de sistema de direitos e garantias fundamentais, a divisão harmônica das funções estatais, a legalidade da Administração Pública e a proteção da boa-fé ou da confiança dos administrados na ação do Estado (Silva, 2004).

Esses dois últimos princípios, legalidade administrativa e proteção da confiança, projetam-se diretamente sobre o regime licitatório, pois os administrados esperam, de boa-fé, que os serviços públicos sejam prestados, que a iluminação pública esteja em funcionamento, que a merenda seja fornecida nas escolas, que o transporte público opere regularmente, e tudo isso, no Estado contemporâneo, é provido mediante procedimentos de licitação, procedimentos auxiliares ou contratações diretas também regidas pela legislação de regência.

A licitação é, portanto, expressão qualificada do princípio da legalidade administrativa, cuja incidência, embora ancorada no art. 5º, II, da Constituição Federal, “aplica-se normalmente à Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial” (Moraes, 2007, p. 311). Celso Antônio Bandeira de Mello, no mesmo sentido, sustenta que o princípio da legalidade “é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania” (Mello, 2010, p. 100). Essa lição é especialmente relevante para o percurso histórico que se pretende reconstruir, pois é exatamente em face do poder monocrático e oligárquico que o instituto licitatório se desenvolveu no Brasil, em marchas e contramarchas, ao longo de mais de um século e meio de normatização.

Compreender essa trajetória exige uma leitura integrada, pois o tema entrelaça-se à sucessão constitucional brasileira, às concepções de Estado que cada período histórico consagrou e, de maneira especialmente significativa, à tensão

permanente entre o imperativo do controle dos recursos públicos e a exigência de efetividade nas aquisições governamentais. Esse percurso é, em boa medida, o espelho da própria relação entre o poder estatal e a sociedade brasileira, marcada por avanços graduais, contradições estruturais e recuos pontuais.

Dois conceitos analíticos fundamentam esta análise, quais sejam, o patrimonialismo e o gerencialismo. O patrimonialismo foi sistematizado por Max Weber em *Economia e Sociedade* (1922) e recuperado criticamente por Raymundo Faoro em *Os Donos do Poder* (1958). Trata-se de uma forma de organização estatal na qual a distinção entre o domínio público e o interesse privado se dissolve, e o aparelho do Estado é instrumentalizado como extensão do patrimônio pessoal de quem detém o poder. Nesse arranjo, os processos de aquisição governamental perdem sua função redistributiva e passam a operar como mecanismo de favorecimento de grupos vinculados às redes políticas dominantes. O gerencialismo, por sua vez, emerge como resposta crítica ao modelo weberiano de burocracia, com maior densidade a partir da segunda metade do século XX. Inspirado nas reformas empreendidas no Reino Unido e nos Estados Unidos, propõe uma gestão estatal orientada por resultados mensuráveis, com ênfase na eficiência operacional, na transparência dos atos e na avaliação de desempenho, deslocando o foco do mero cumprimento formal de ritos procedimentais. No Brasil, esse paradigma ganhou impulso com o projeto de Reforma do Estado encabeçado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) nos anos 1990, sob a condução do ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira.

É à luz desse quadro teórico e à sombra do princípio da legalidade administrativa que o instituto da licitação deve ser examinado, como mecanismo de controle que, ao longo da história brasileira, oscilou entre reproduzir dinâmicas patrimonialistas e tentar suplantá-las, mediante a imposição de procedimentos competitivos e impessoais orientados à construção de um modelo de aquisição estatal mais equitativo, transparente e eficiente.

2.1 O PERÍODO IMPERIAL E A PRIMEIRA REPÚBLICA: CONTRATAÇÕES SEM CONTROLE SISTÊMICO

As primeiras normas relativas às aquisições do poder público no Brasil situam-se no período monárquico. O Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, é

reconhecido pela doutrina administrativista como o diploma inaugural do direito licitatório brasileiro. O texto regulamentava os procedimentos de arrematação dos serviços sob responsabilidade do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, disciplinando aspectos elementares como a publicação de edital, fixação de prazos e definição de critérios para o julgamento das propostas (Brasil, 1862). Tratou-se da primeira manifestação normativa do princípio segundo o qual o Estado deve selecionar seus contratados mediante competição aberta, e não por arbítrio do governante.

A leitura contemporânea desse marco normativo exige, contudo, o distanciamento crítico necessário à compreensão de suas limitações institucionais, sobretudo quando analisado à luz dos princípios que hoje informam a Administração Pública republicana e democrática. No período imperial, a fiscalização das despesas públicas assumia feição eminentemente formal e endógena, exercida pelo Tribunal do Tesouro Público Nacional, instituído pela Lei de 4 de outubro de 1831 e submetido a profunda reestruturação em 1850, pelo Decreto nº 736, de 20 de novembro. Esse modelo de controle voltava-se retrospectivamente à regularidade contábil dos dispêndios, sem qualquer capacidade ou vocação para aferir a eficiência, a moralidade ou a adequação das escolhas contratuais.

A Carta imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I, não contemplava regras específicas acerca dos procedimentos de aquisição estatal. Essa lacuna normativa de nível constitucional abria larga margem à discricionariedade dos agentes públicos, que, inseridos num ambiente de patrimonialismo arraigado, operavam frequentemente em benefício de grupos vinculados à Coroa e às oligarquias regionais, em prejuízo manifesto do interesse coletivo. Como pondera Ana Paula Gross Alves, ainda que o Decreto nº 2.926/1862 tenha representado “um marco na história das licitações” e inaugurado “o desenvolvimento de uma gestão pública eficiente”, o governo ainda pertencia à monarquia, “e assim assegurava todo o poder em suas mãos, dirigindo, comandando e administrando conforme seu arbítrio” (Alves, 2017), o que limitava substancialmente o alcance democrático do procedimento licitatório.

A proclamação da República, em 1889, e a subsequente promulgação da Constituição de 1891, de matriz liberal e federativa, não alteraram substancialmente o quadro das aquisições governamentais. O novo texto constitucional consagrou, em

seu artigo 89, o Tribunal de Contas da União, cuja gênese remonta ao final do século XIX. Como registra Mileski:

O Tribunal de Contas, criado pelo Decreto nº 966-A de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, tinha como função precípua o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República, configurando-se como o primeiro grande mecanismo institucional de controle externo no Brasil republicano. (Mileski, 2003, p. 148)

Ainda assim, a Constituição republicana permanecia omissa quanto à disciplina específica dos procedimentos de seleção de contratados pela Administração. Ao longo da Primeira República (1889 a 1930), período marcado pelo coronelismo e pela hegemonia oligárquica articulada em torno da chamada política dos governadores, as aquisições estatais permaneciam submetidas à lógica clientelista. Os ajustes eram firmados, via de regra, com empresas e indivíduos integrados às redes de poder regional, ao passo que o TCU, embora previsto constitucionalmente, via sua autonomia tolhida por constrangimentos políticos que limitavam severamente sua capacidade de intervenção efetiva.

O Código de Contabilidade da União, aprovado pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, marcou um passo relevante na sistematização normativa das despesas federais. O diploma reuniu regras sobre gastos públicos, celebração de ajustes e aquisições, condicionando determinadas compras à realização de concorrência pública e detalhando os ritos aplicáveis às contratações da União. Por longo período, constituiu a principal referência legal das compras governamentais, até que a fragmentação legislativa subsequente tornasse indispensável uma consolidação mais abrangente e específica. A cultura burocrática vigente, contudo, ainda resistia à aplicação rigorosa e imparcial dos dispositivos legais existentes.

2.2 A ERA VARGAS E AS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937: BUROCRACIA COMO RESPOSTA AO PATRIMONIALISMO

A Revolução de 1930 e a chegada de Getúlio Vargas à chefia do governo federal constituem um ponto de inflexão na trajetória da gestão estatal brasileira. O programa varguista de modernização almejava edificar uma burocracia profissionalizada, estruturada em carreiras regulares e recrutamento meritocrático, capaz de desalojar o patrimonialismo oligárquico que caracterizara a República

Velha. Nesse contexto, foi instituído em 1938 o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), concebido à luz dos princípios da administração científica e do modelo racional-legal weberiano, com a missão de racionalizar e padronizar a máquina governamental.

A Constituição de 1934, a despeito de sua curta vigência, introduziu inovações de relevo no campo das contratações estatais. Pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, um diploma de nível constitucional incorporava, ainda que em termos amplos, o princípio da isonomia nas relações entre o poder público e os particulares contratados. O artigo 97 do texto impunha à lei federal a tarefa de organizar o Tribunal de Contas e ampliar suas atribuições fiscalizatórias, enquanto se fixava como regra geral que obras, aquisições e alienações da União deveriam ser precedidas de concorrência pública, ressalvadas exceções legalmente previstas.

A Carta de 1937, imposta no contexto autoritário do Estado Novo, consolidou a centralização do poder sem suprimir inteiramente os instrumentos institucionais de fiscalização. O TCU teve seu rol de competências expandido, e o DASP assumiu posição central na uniformização dos procedimentos administrativos, inclusive no que tange às aquisições governamentais. É nesse período que se gestam as premissas organizacionais que viriam a informar o Decreto-Lei nº 200, de 1967, cuja racionalidade burocrática herdou traços essenciais do projeto varguista de reforma do aparelho estatal.

Sob a perspectiva do controle das aquisições, a Era Vargas consolida no Brasil o chamado controle burocrático-formal, rígido, formalista, centrado na verificação da conformidade procedimental com as normas positivas, mas ainda desprovido de qualquer orientação para resultados ou efetividade. O aparelho do Estado começa a se institucionalizar segundo a racionalidade weberiana, mas o patrimonialismo não se dissolve. Ele se reconfigura, coabita com as estruturas burocráticas recém-criadas e encontra novos vetores de reprodução no interior do próprio aparato governamental, fenômeno que Bresser-Pereira (1998) descreveria com precisão analítica décadas depois.

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E O DECRETO-LEI Nº 200/1967: ENTRE A DEMOCRACIA RESTAURADA E A RACIONALIZAÇÃO AUTORITÁRIA

A redemocratização de 1945 e a promulgação da Carta de 1946 restituíram o Estado Democrático de Direito e ampliaram o rol de garantias constitucionais, com efeitos diretos sobre a organização e o controle da Administração Pública. O novo diploma alargou as atribuições do TCU e reafirmou a legalidade como vetor fundamental da atividade administrativa. Seu artigo 77 impunha à Corte de Contas a realização de registro prévio das despesas e ajustes celebrados pela União, elevando ao patamar constitucional o modelo de controle anterior à execução contratual.

Nesse intervalo histórico, a normatividade aplicável aos certames continuava fragmentada e sem sistematização orgânica. O Código de Contabilidade da União de 1922 persistia como principal referencial legal, complementado por diplomas setoriais isolados e de alcance limitado. A inexistência de um estatuto unificado das aquisições públicas gerava insegurança jurídica e abria espaço para interpretações discricionárias por parte dos gestores, interpretações que, não raramente, deslizavam para a lógica patrimonialista.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, editado sob a ordem constitucional do regime militar, representou o primeiro esforço abrangente de reorganização sistemática da administração federal brasileira. Ao sistematizar modalidades licitatórias e incorporar diretrizes como planejamento, descentralização e controle, o diploma configurou-se como um marco relevante na reorganização administrativa do Estado brasileiro. Embora editado sob um contexto autoritário, o texto não se limitou a promover ajustes formais na estrutura governamental, mas lançou fundamentos conceituais que viriam a influenciar, de modo decisivo, a posterior consolidação de um modelo nacional de licitações. Tal circunstância evidencia que as normas atinentes às compras governamentais não se desenvolvem de maneira isolada ou meramente instrumental, inserindo-se, ao revés, no âmbito mais amplo das políticas de gestão pública, as quais condicionam a conformação das estruturas organizacionais, os processos decisórios e as formas de prestação dos serviços públicos, conforme assinala Gaetani (2004).

Sob a perspectiva dos paradigmas de gestão, o Decreto-Lei nº 200 encerra uma tensão estrutural. Ao mesmo tempo em que buscou racionalizar o aparelho estatal por meio da descentralização administrativa e da atenuação do rigor burocrático aplicável às entidades indiretas, gerou o que Bresser-Pereira (1998) denominou de “patrimonialismo às avessas”. A proliferação de autarquias,

fundações públicas e empresas estatais, ao escapar parcialmente dos mecanismos de fiscalização mais estritos da administração direta, criou zonas propícias à captura privada dos recursos coletivos, problema que se revelaria agudo nas décadas subsequentes.

2.4 O DECRETO-LEI Nº 2.300/1986 E A SISTEMATIZAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL

O Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, editado no contexto da abertura política e da transição para a democracia, é reconhecido como o primeiro estatuto jurídico voltado especificamente à regulação das aquisições e dos ajustes da Administração Pública federal. O diploma reuniu, num único corpo normativo, as principais regras sobre o tema, as modalidades então admitidas (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), os critérios de apreciação das propostas apresentadas e as disposições sobre a formalização e a execução dos ajustes administrativos. O texto buscou fortalecer a moralidade administrativa e consolidar princípios como igualdade, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, embora o período ainda fosse marcado por fragilidades no controle da corrupção, em razão do legado institucional do regime autoritário.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 não resistiu inalterado à velocidade das mudanças institucionais do período. Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, foi emendado pelos Decretos-Leis nº 2.348, de 24 de julho de 1987, e nº 2.360, de 16 de setembro de 1987. As modificações visaram aprimorar os mecanismos de seleção e ajuste, corrigindo imprecisões técnicas e ampliando o alcance das regras originais. O conjunto formado pelo diploma de 1986 e seus textos modificadores constituiu o primeiro estatuto sistematizado sobre seleção de fornecedores e celebração de contratos pela Administração no Brasil, vigente até o advento da Lei nº 8.666/1993.

Não obstante o inegável avanço que representou frente ao quadro de dispersão normativa anterior, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 operava dentro do paradigma burocrático-formal, pois o eixo de controle era a aderência dos procedimentos às prescrições legais, e não a efetividade dos resultados que as aquisições deveriam gerar para o erário e para a coletividade. Tratava-se, em última

análise, de um controle voltado exclusivamente aos meios, limitação que o processo constituinte, então em pleno curso, se incumbiria de problematizar.

2.5 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI Nº 8.666/1993: A LICITAÇÃO COMO DEVER CONSTITUCIONAL

A promulgação da Constituição Federal de 1988 configura o principal divisor de águas na história dos processos seletivos de contratação estatal no Brasil e representou um marco decisivo para a reorganização do Estado sob bases democráticas. Como observa Alves, ao analisar esse período de redemocratização, “o advento da Constituição Federal de 1988 foi ao encontro dos anseios da sociedade por um Estado que assegurasse a democracia e a cidadania” (ALVES, 2017, p. 530).

Pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, a obrigatoriedade de realização de certame competitivo prévio à contratação foi alçada à categoria de norma constitucional, tornando-se exigência que o legislador ordinário não pode afastar. Como observa Barroso, “somente com a Constituição Federal de 1988 foi que a licitação ganhou foro constitucional de generalidade e de aplicação obrigatória a toda Administração Pública” (Barroso apud Niebuhr, 2008, p. 30).

O inciso XXI do art. 37 da Carta Cidadã determina que, salvo nos casos expressamente ressalvados em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988). Niebuhr (1999), ao examinar o princípio da isonomia na licitação pública em dissertação defendida na Universidade Federal de Santa Catarina, observa que esse salto normativo rompeu com a fragmentação que caracterizara os períodos anteriores, ao vincular toda a Administração Pública brasileira, em qualquer esfera federativa, ao dever de tratamento isonômico dos licitantes.

A Constituição de 1988 promoveu igualmente um notável fortalecimento do sistema de fiscalização externa das aquisições governamentais. O Capítulo VII do Título IV, consagrado à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, atribuiu ao Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, a competência para o controle externo

da Administração Pública, conferindo ao órgão de contas uma autonomia institucional sem equivalente em toda a história republicana.

A dimensão constitucional do instituto licitatório convida, nesse ponto, a uma reflexão mais ampla sobre o próprio fundamento da juridicidade administrativa. Como observa André Cyrino, “a legalidade administrativa é a ferramenta normativa para o ajuste fino da tensão entre os interesses de cada um dos atores do jogo em que o estado de direito (real) será promovido”, operando como “método básico para a manutenção do colóquio entre administração pública e o Congresso”, ao mesmo tempo em que previne a usurpação e incentiva a cooperação entre os Poderes políticos (Cyrino, 2017, p. 198).

Essa leitura dialoga com a advertência de Seabra Fagundes, segundo o qual “nenhum texto normativo foge à prova da experiência. [...] As normas legais são, dessarte, objeto de um trabalho permanente de renovação, pela influência dos fatos, e do aperfeiçoamento no sentido de sua melhor adequação à disciplina deles” (Fagundes, 2013, p. 93). A travessia da legalidade estrita para a juridicidade administrativa, que abrange não apenas a lei em sentido formal, mas também os princípios constitucionais, a moralidade, a eficiência e a boa-fé, reflete, precisamente, essa renovação permanente dos marcos normativos em face dos desafios concretos da gestão pública.

Imbuída do espírito da Constituição Cidadã, marcado pela vontade de romper com décadas de autoritarismo e de práticas patrimonialistas, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi editada para regulamentar o comando do inciso XXI do artigo 37. O diploma construiu um arcabouço normativo de minudência incomum, disciplinando exaustivamente as modalidades de seleção, os requisitos de habilitação dos interessados, os critérios de escolha da proposta mais vantajosa e as hipóteses de contratação direta, seja por dispensa, seja por inexigibilidade. A lei buscou combater práticas corruptas, ampliar a competitividade e garantir a seleção da proposta mais vantajosa, estabelecendo princípios, modalidades e critérios objetivos de julgamento.

A Lei nº 8.666/1993 nasceu, portanto, como reação ao patrimonialismo, pois a minuciosa regulamentação visava suprimir as margens de arbítrio que, historicamente, haviam funcionado como porta de entrada para o favoritismo e a corrupção. O paradoxo, entretanto, aflorou rapidamente, na medida em que o hiperformalismo normativo gerou ineficiências, morosidade e custos de transação

elevados, sem lograr erradicar as práticas ilícitas. Estas simplesmente migraram de forma, manifestando-se, por exemplo, no superfaturamento de objetos contratados ou no direcionamento dos certames mediante especificações técnicas elaboradas sob medida para favorecer determinado fornecedor.

2.6 A REFORMA GERENCIAL E AS INOVAÇÕES NA LEGISLAÇÃO LICITATÓRIA

O processo de reforma gerencial do Estado brasileiro, capitaneado pelo MARE durante a gestão do ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira (1995 a 1998), formulou crítica frontal ao modelo burocrático-formal de fiscalização das aquisições governamentais. Para os reformadores, a hipertrofia regulatória da Lei nº 8.666/1993 configurava obstáculo estrutural à eficiência estatal, pois privilegiava a verificação dos meios em detrimento da avaliação dos resultados, invertendo a hierarquia de prioridades que deveria guiar a ação governamental.

Nesse contexto, a Lei nº 9.648, de 1998, e, sobretudo, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que criou o pregão como nova modalidade de seleção, incorporaram elementos do paradigma gerencial ao ordenamento das aquisições públicas. O pregão, em especial na sua vertente eletrônica, regulamentada inicialmente pelo Decreto nº 5.450/2005, instaurou a lógica da competição dinâmica pelo menor preço, com disputa em sessão aberta, ofertas sucessivas e uso intensivo de plataformas digitais, ampliando o universo de participantes e reduzindo os custos operacionais dos processos de compra.

O pregão eletrônico firmou-se rapidamente como a modalidade de seleção mais empregada no âmbito federal, respondendo pela larga maioria das aquisições realizadas pelo governo central. Sua difusão representou uma reorientação no sistema de controle, pois a ênfase deslocou-se do controle de conformidade procedimental, centrado na verificação do cumprimento dos ritos formais, para a tentativa de controle de resultados econômicos, orientado pela obtenção do menor preço compatível com as especificações técnicas exigidas.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, acrescentou ao caput do artigo 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência como vetor normativo da Administração Pública, ao lado dos já consagrados princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Com essa positivação constitucional, o paradigma gerencial alcançou reconhecimento formal no ordenamento jurídico

brasileiro, projetando reflexos diretos sobre a interpretação e a aplicação de toda a legislação reguladora dos processos de seleção e contratação estatais.

2.7 A LEI Nº 14.133/2021: A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O EQUILÍBRIO ENTRE CONTROLE E EFICIÊNCIA

Após décadas de reformas parciais e de sobreposições legislativas que tornaram o sistema de seleção de fornecedores progressivamente mais opaco e fragmentado, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, denominada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), representa a revisão mais abrangente do instituto desde a promulgação da Lei nº 8.666/1993. O novo diploma unificou, num único corpo normativo, as regras antes distribuídas entre a lei geral de certames, a lei do pregão e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com o objetivo de modernizar e desburocratizar o sistema sem abdicar dos mecanismos de controle.

A NLLCA expressa com nitidez a tensão entre controle e efetividade que atravessa toda a trajetória histórica das aquisições públicas brasileiras. De um lado, aperfeiçoa os mecanismos de fiscalização ao ampliar as hipóteses de responsabilização de agentes públicos e particulares, reforçar as atribuições dos órgãos de controle interno e externo e criar novos instrumentos de transparência ativa, como o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). De outro, avança em direção ao paradigma gerencial ao introduzir o diálogo competitivo como modalidade inédita, ampliar os instrumentos auxiliares de contratação e atribuir papel de destaque à fase de planejamento.

A valorização da fase de planejamento, concretizada na exigência de Estudo Técnico Preliminar, Análise de Riscos e Termo de Referência com fundamentação técnica adequada, reflete a assimilação da racionalidade gerencial, segundo a qual o controle eficaz não se inicia na auditoria dos ritos formais, mas já na etapa de definição precisa do objeto e dos critérios de seleção. Trata-se de uma concepção de controle preventivo, que aposta na qualidade do planejamento como condição necessária, ainda que não suficiente, para aquisições governamentais eficientes e íntegras.

A Nova Lei de Licitações pode, assim, ser interpretada como a mais recente tentativa de síntese entre dois paradigmas que tensionaram toda a trajetória das

aquisições públicas brasileiras, o controle burocrático-formal, sedimentado na Lei nº 8.666/1993, e o controle orientado por resultados, de matriz gerencial, que vem sendo progressivamente incorporado ao ordenamento desde a criação do pregão eletrônico e as reformas administrativas dos anos 1990. Nessa perspectiva, a evolução do regime licitatório brasileiro confirma a advertência de Prosper Weil, segundo o qual o direito administrativo, “nascido do milagre, não sobrevive senão por um prodígio cada dia renovado”, pois o Estado “pode pôr fim, quando assim desejar, à autolimitação em que consentiu” (Weil, 1964, p. 8). É precisamente a força da história e a permanência da sociedade organizada que formam a âncora em que se apoia a necessária continuidade de uma administração governada pelo direito. Se a síntese inaugurada pela Lei nº 14.133/2021 logrará superar as insuficiências de seus antecessores, apenas a aplicação concreta do diploma, ao longo do tempo, permitirá avaliar.

2.8 DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: O REGIME LICITATÓRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O percurso histórico reconstruído no tópico anterior evidencia que o regime jurídico das licitações no Brasil foi moldado, em grande medida, pela paulatina consolidação do princípio da legalidade administrativa. Encerrar o capítulo, contudo, no marco da Lei nº 14.133/2021, seria desconsiderar uma transformação teórica que atravessa o direito administrativo contemporâneo e que repercute diretamente sobre a forma de pensar as contratações públicas, qual seja, a travessia da legalidade estrita, entendida como mera vinculação ao texto positivo da lei, para a noção mais ampla de juridicidade administrativa, que integra ao regime da Administração Pública os princípios constitucionais, os direitos fundamentais, a moralidade, a eficiência e a boa-fé objetiva.

Tal deslocamento teórico tem raízes filosóficas profundas. A busca por parâmetros normativos estáveis, capazes de conferir segurança à convivência social, configura empreitada milenar da humanidade, pois, como adverte Michael Sandel, a necessidade de separar a identidade de cidadãos das convicções morais e religiosas particulares significa que os debates públicos sobre justiça e direitos devem observar certos limites argumentativos, sob pena de, prevalecendo determinada doutrina, impor aos compatriotas uma ordem jurídica fundada em

concepção moral ou religiosa específica (Sandel, 2012, p. 309 a 310). O direito, nesse sentido, opera como técnica civilizatória que substitui a volatilidade do ideal de justiça, frequentemente capturado por visões de mundo discrepantes, por um núcleo mínimo de previsibilidade normativa. É a partir dessa matriz que o princípio da legalidade se afirma como chave normativa de equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, assegurando que a ação estatal não se reduza ao arbítrio de quem detém o poder político em dado momento.

Essa dimensão principiológica, todavia, não se sustenta sem referenciais teóricos adequados. Miguel Reale observa que toda ciência pressupõe a existência de princípios de diversos graus de generalidade, havendo princípios universais ou onivalentes, comuns a todas as ciências, princípios regionais ou plurivalentes, comuns a um grupo de ciências, e princípios monovalentes, que servem de fundamento a um único campo de enunciados (Reale, 1965, p. 55). O direito administrativo, e dentro dele o regime das contratações públicas, vale-se de princípios monovalentes próprios, como a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do patrimônio coletivo e a impessoalidade, mas articula-os com princípios plurivalentes do direito público, tais como legalidade, publicidade e moralidade, e ainda com princípios onivalentes do sistema jurídico como um todo, como a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa. A licitação, compreendida como procedimento regido por essa pluralidade de princípios, revela-se instituto de inegável densidade normativa.

A legalidade administrativa, nesse arranjo, não se esgota na simples conformidade formal do ato administrativo com a lei em sentido estrito. Como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, tal princípio encontra sua raiz na ideia de soberania popular e na exaltação da cidadania, apresentando-se como antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico (Mello, 2010, p. 100). Essa leitura substantiva do princípio é especialmente relevante no campo licitatório, pois aí a vinculação à lei desempenha função dupla. De um lado, limita a discricionariedade do gestor público e previne o retorno de práticas patrimonialistas. De outro, confere aos particulares que se relacionam com a Administração um feixe de garantias que viabiliza a previsibilidade dos certames e a confiança nas contratações públicas.

A própria compreensão da legalidade, contudo, passou a ser desafiada pela velocidade e pela complexidade das transformações sociais contemporâneas. Seabra Fagundes já advertia que nenhum texto normativo escapa à prova da

experiência, sendo as normas legais objeto de um trabalho permanente de renovação pela influência dos fatos e pelo aperfeiçoamento no sentido de sua melhor adequação à disciplina deles (Fagundes, 2013, p. 93). Na mesma linha, André Cyrino sustenta que a legalidade administrativa precisa ser inserida e testada diante do processo político brasileiro, reposicionando a Administração Pública como engrenagem estratégica do desenho institucional traçado pela Constituição de 1988, de modo a prevenir a usurpação e a incentivar a cooperação entre os Poderes políticos (Cyrino, 2017, p. 198). O autor observa que, na ordem constitucional vigente, inexistia administração pública sem as duas casas legislativas, do que decorre a exigência prática de barganha e tensão institucional entre os agentes eleitos, sendo a legalidade o método básico para a manutenção desse colóquio permanente.

É precisamente nesse contexto que ganha centralidade a noção de juridicidade administrativa, que amplia o parâmetro de vinculação da Administração da estrita lei formal para todo o bloco normativo que conforma o Estado Constitucional de Direito. Trata-se, como sugere a literatura especializada, da travessia da legalidade para a juridicidade administrativa, pela qual o direito administrativo se reposiciona no campo das ciências sociais e reencontra sua conexão com a história, superando a postura ensimesmada que o caracterizou em etapas anteriores. Essa reconfiguração não implica abandono da legalidade, mas sua releitura à luz da Constituição, de sorte que os atos administrativos, inclusive os editais de licitação, as decisões dos agentes de contratação e os contratos administrativos, passam a ser avaliados não apenas quanto à sua conformidade com o texto legal ordinário, mas também quanto à sua adequação aos princípios constitucionais estruturantes da Administração Pública.

A transposição dessa discussão para o terreno licitatório permite compreender com maior precisão o sentido da Lei nº 14.133/2021. O diploma incorpora, em seu art. 5º, um extenso catálogo de princípios aplicáveis às contratações públicas, entre os quais figuram legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. A leitura desse rol revela que o legislador

optou por afirmar explicitamente a vinculação da Administração não a uma norma isolada, mas a um conjunto amplo de princípios constitucionais e infraconstitucionais cuja aplicação exige interpretação sistemática e ponderada.

Tal densidade principiológica, embora indispensável ao aprimoramento democrático da função administrativa, não está isenta de riscos. A literatura mais recente, identificada com a expressão direito administrativo do medo, adverte que a multiplicação de princípios e de órgãos de controle, associada à ameaça difusa de responsabilização pessoal do gestor público, pode conduzir a um cenário de paralisia decisória, em que a conduta administrativa mais racional do ponto de vista individual consiste em evitar decisões, postergar contratações e recusar responsabilidades, ainda que à custa da efetividade do interesse público. No campo das licitações, esse fenômeno manifesta-se em práticas defensivas, como o excesso de formalismos desnecessários, a solicitação reiterada de pareceres técnicos e jurídicos sobre questões já pacificadas e a recusa em empregar soluções inovadoras admitidas pela legislação, como o diálogo competitivo ou os procedimentos auxiliares de contratação.

A superação desse impasse reclama o manejo equilibrado do princípio da juridicidade, de modo que a amplitude do parâmetro normativo não se converta em fator de insegurança para o gestor público. Nesse sentido, o princípio do formalismo moderado, consagrado jurisprudencial e doutrinariamente no direito administrativo brasileiro e incorporado pela Lei nº 14.133/2021, opera como mecanismo de concretização equilibrada da juridicidade, permitindo que a Administração Pública supere exigências puramente formais quando tais exigências não se revelarem indispensáveis à proteção do interesse público ou dos direitos dos licitantes. O formalismo moderado, assim, traduz a ideia de que a vinculação da Administração à juridicidade não autoriza o apego ao rito como valor em si, devendo o procedimento licitatório ser conduzido de modo a conciliar a observância das normas com a busca efetiva da proposta mais vantajosa.

O regime jurídico das contratações públicas, nesta perspectiva, confirma o diagnóstico de Prosper Weil, segundo o qual o direito administrativo, nascido do milagre, não sobrevive senão por um prodígio cada dia renovado, pois o Estado pode, ao menos em tese, pôr fim, quando assim desejar, à autolimitação em que consentiu, sendo a força da história e a permanência da sociedade organizada que formam a âncora da continuidade de uma administração governada pelo direito

(Weil, 1964, p. 8). A licitação, enquanto instrumento típico dessa autolimitação, constitui expressão concreta do compromisso do Estado brasileiro com a juridicidade administrativa, compromisso que se renova, cotidianamente, nos milhares de procedimentos de contratação conduzidos pela Administração Pública em todas as esferas federativas.

É a partir dessa compreensão, que articula legalidade, juridicidade e formalismo moderado no horizonte do Estado Constitucional de Direito, que se torna possível enfrentar, nos capítulos seguintes, o objeto central já delimitado na introdução, situando-o agora não apenas como questão teórica, mas como problema concreto de aplicação do art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 pelos órgãos da Administração e pelos órgãos de controle.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E SUA EVOLUÇÃO

3.1 A LEGALIDADE ESTRITA NA TRADIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O princípio da legalidade constitui um dos pilares estruturantes do direito administrativo brasileiro e ocupa posição central na organização do Estado de Direito. Sua compreensão, contudo, não pode ser dissociada do contexto histórico em que emergiu. A erosão da ideia de irresponsabilidade estatal e, por consequência, o surgimento da legalidade como princípio vinculante têm raízes nas revoluções liberais, especialmente na Revolução Francesa de 1789.

Antes desse marco, nos Estados Absolutistas, a figura do monarca se confundia com o próprio Estado, como ilustra a célebre frase atribuída a Luís XIV: *“L'État c'est moi”* (“O Estado sou eu”). O poder estatal era encarado como de origem divina, o que tornava impensável atribuir falhas ou responsabilidades aos governantes, sintetizadas nas máximas *“The king can do no wrong”* (“O rei não erra”) e *“Le roi ne peut mal faire”* (o rei não pode fazer o mal) (Oliveira, 2021, p. 1362).

Com o advento do Estado de Direito, forjado a partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, especialmente a Revolução Inglesa de 1688, a Independência americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, esse paradigma se inverte de forma estrutural. A ideia central que emerge desse processo histórico é a de que o poder estatal não é ilimitado nem deriva de fontes

divinas ou pessoais, mas encontra seus fundamentos e seus limites na ordem jurídica.

A Administração Pública passa a ser limitada pelo direito, com destaque para três pilares fundamentais: a submissão à lei, a separação de funções estatais e o reconhecimento de direitos fundamentais a serem promovidos e protegidos pelo Estado (Oliveira, 2021, p. 1362). É nesse quadro que o princípio da legalidade se consolida como fundamento de toda atividade administrativa, representando não apenas uma técnica jurídica, mas uma conquista política da modernidade.

No direito administrativo brasileiro, esse princípio encontra assento expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao lado da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sua lógica é diametralmente oposta à que rege as relações entre particulares: enquanto no direito privado torna-se permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública somente é autorizado agir quando e como a lei expressamente autorizar. Conforme leciona Mazza (2024, p. 234), o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, devendo obrigatoriamente respeitar a vontade da lei como expressão da vontade popular.

Essa vinculação à lei não se limita à observância de comandos proibitivos. O direito administrativo opera com uma lógica própria em que todo poder é simultaneamente um dever, o que a doutrina, a partir da contribuição do jurista italiano Santi Romano, convencionou denominar poder-dever (Mazza, 2024, p. 147). O agente público não apenas não pode agir contra a lei, como também não pode deixar de agir quando ela assim o determinar, sob pena de omissão ilícita. Meirelles reforça esse entendimento ao afirmar que as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos (Meirelles *apud* Mazza, 2024, p. 593).

3.2 A LEGALIDADE ESTRITA NAS LICITAÇÕES E SEUS LIMITES

No âmbito específico das contratações públicas, o princípio da legalidade assume feição ainda mais acentuada. Conforme aponta Amorim (2021, p. 49), a licitação é um procedimento inteiramente vinculado à lei, de modo que a

obrigatoriedade de observância das normas legais atinge todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não podem se desvincular das balizas impostas pela legislação, sob pena de ilegalidade dos atos praticados e de responsabilização nas esferas civil, penal e administrativa.

Essa vinculação rigorosa ao procedimento formal traduziu-se, historicamente, em uma cultura administrativa na qual o cumprimento das etapas legalmente previstas era tratado como fim em si mesmo, servindo de garantia de isonomia e controle, mas também como fonte de engessamento da atividade estatal. O próprio princípio da legalidade, quando interpretado em sua acepção mais estrita, conduz ao que Amorim (2021, p. 49) denomina de situação extremada: a do administrador que, sem qualquer juízo de valoração, resumiria seu campo de atuação à mera observância literal do preceito legal, sem considerar a finalidade que a norma busca realizar.

Essa concepção revelou limitações estruturais evidentes. A atividade administrativa não se limita a executar mecanicamente o comando normativo. O administrador deve pautar sua atuação de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para atingir a real finalidade de todas as ações do Estado: o interesse público (Amorim, 2021, p. 49). Reconhecer isso não significa relativizar a legalidade, mas compreendê-la em sua dimensão mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

3.3 A VIRADA PRINCIPIOLÓGICA E A RESSIGNIFICAÇÃO DA LEGALIDADE

A superação da legalidade estrita em sentido puramente literal não representa um enfraquecimento do princípio, mas sua evolução necessária. Nos dias atuais, a legalidade é compreendida como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo os princípios constitucionais explícitos, como moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e isonomia, bem como os implícitos, como razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva e supremacia do interesse público, além das normas constitucionais e legais vigentes e da imprescindibilidade de atendimento às necessidades sociais (Amorim, 2021, p. 49). O comportamento administrativo deixa de ser pautado pela literalidade do texto normativo isolado e passa a ser orientado pela norma jurídica produzida a partir de um processo interpretativo que contempla legitimidade e finalidade (Amorim, 2021,

p. 49). Parte-se, portanto, de uma concepção que busca a observância íntegra do Direito, compreendido como um conjunto de normas que inclui tanto princípios expressos e implícitos quanto regras específicas do ordenamento.

É nesse movimento de ressignificação da legalidade que se insere a noção de formalismo moderado, incorporada pela Lei nº 14.133/2021. Se a legalidade estrita exigia conformidade com a forma como condição de validade do ato administrativo, o formalismo moderado reconhece que nem toda irregularidade formal compromete a finalidade pública perseguida e que insistir no formalismo a qualquer custo pode, paradoxalmente, violar o próprio interesse público que a licitação visa a proteger.

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DO PATRIMONIALISMO AO MODELO GERENCIAL

A reconstrução histórica desenvolvida no capítulo anterior revelou que a trajetória das contratações públicas brasileiras não é apenas uma sequência de diplomas legislativos, mas o reflexo de uma disputa mais profunda entre paradigmas de organização estatal. Cada estatuto, do Decreto nº 2.926/1862 à Lei nº 14.133/2021, traduziu, em maior ou menor grau, as tensões entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo que atravessaram as sucessivas configurações do Estado brasileiro. Compreender o princípio do formalismo moderado, eixo deste trabalho, exige agora um movimento complementar, qual seja, examinar com maior densidade teórica esses paradigmas e a forma como eles se articulam, ou deixam de se articular, no cotidiano da administração pública contemporânea.

A reflexão se orienta por algumas inquietações que acompanham a vivência de quem atua nas contratações públicas. A primeira diz respeito ao próprio diagnóstico do estágio em que a administração brasileira hoje se encontra, pois há razões para suspeitar que a transição para um modelo verdadeiramente gerencial ainda não se consolidou, e que práticas patrimonialistas e formalismos burocráticos seguem convivendo no dia a dia dos órgãos públicos. A segunda inquietação volta-se para a Lei nº 14.133/2021 que, embora se apresente como expressão do paradigma da eficiência e da consensualidade, suscita o questionamento de se, em determinados aspectos, não terá acabado por intensificar a burocratização do procedimento licitatório, agora sob a justificativa da segurança jurídica e do controle preventivo da corrupção.

4.1 O PATRIMONIALISMO COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DA CULTURA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

A historicização realizada no capítulo anterior demonstrou que o Decreto nº 2.926/1862 e os diplomas que o sucederam até a Era Vargas operavam em ambiente institucional marcadamente patrimonialista, em que a indistinção entre o público e o privado não constituía exceção, mas regra de funcionamento do aparato estatal. Cabe agora aprofundar o conceito mesmo de patrimonialismo, pois sua persistência, ainda que sob formas atenuadas e atualizadas, é um dos elementos que tornam problemática a tese de uma transição linear para o modelo gerencial.

A leitura weberiana, retomada por Faoro e por Bresser-Pereira, descreve o patrimonialismo como uma forma pré-burocrática de administração na qual o aparelho estatal é tratado como extensão do patrimônio dos detentores do poder político. A racionalidade que orienta a ação administrativa não é a do interesse coletivo, mas a da reciprocidade política e da troca de favores. Com precisão conceitual, Bresser-Pereira registra que a administração patrimonialista é aquela na qual “o patrimônio público e o privado eram confundidos”, de modo que “o Estado era entendido como propriedade do rei”, sendo “o nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, [...] a norma” (Bresser-Pereira, 1996, p. 4). O nepotismo, o empreguismo e a captura de procedimentos por interesses privados decorrem naturalmente dessa indistinção, e não constituem desvios eventuais do modelo, mas sua expressão consequente.

O ponto que merece destaque, e que dialoga diretamente com a hipótese deste trabalho, é que o patrimonialismo brasileiro não foi superado por nenhum dos modelos que historicamente se propuseram a substituí-lo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que práticas patrimonialistas sobrevivem na cultura administrativa nacional, manifestando-se em fenômenos como a indicação política para cargos técnicos, o uso eleitoral da máquina pública e a captura de procedimentos licitatórios por interesses privados. Essa persistência é confirmada por estudos contemporâneos: Cintra e Fedel observam que “a evolução do modelo de administração pública não foi absorvida no Brasil, que mantém práticas típicas do patrimonialismo como as negociações político-partidárias de cargos comissionados, bem como a praxe do nepotismo” (Cintra; Fedel, 2019, p. 59). Essa persistência não

é mero resíduo histórico, pois compõe o pano de fundo sobre o qual se assenta toda a engenharia normativa do controle, da impessoalidade e da moralidade administrativa exigida pelo artigo 37 da Constituição Federal.

Compreender o patrimonialismo como elemento estrutural, e não apenas episódico, da administração brasileira é decisivo para avaliar criticamente os modelos que a ele se contrapõem. Tanto a burocracia weberiana quanto o gerencialismo se apresentaram, em momentos distintos, como antídotos contra a apropriação privada do público. A questão que se coloca, e que será retomada adiante, é se cada um desses modelos efetivamente cumpriu, ou tem condições de cumprir, esse papel no contexto brasileiro.

4.2 A BUROCRACIA WEBERIANA: DO ESCUDO CIVILIZATÓRIO AO ENGESSAMENTO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto no capítulo anterior, a Era Vargas e a criação do DASP em 1938 constituem o ponto de inflexão em que o Brasil tenta institucionalmente abandonar o patrimonialismo, adotando uma estrutura de inspiração weberiana. Importa agora compreender, em maior profundidade, o que significa, do ponto de vista teórico, esse modelo burocrático e quais são as suas implicações para a forma como a administração pública opera, especialmente no campo das contratações.

A burocracia, no sentido weberiano, é caracterizada pela hierarquia funcional, pela divisão racional do trabalho, pelo recrutamento por mérito, pela formalização documental dos atos e pela vinculação à lei. Em sua concepção original, o modelo tinha fundamento na eficiência: a burocracia foi adotada porque “era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado”, embora “o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real” (Bresser-Pereira, 1996, p. 5). Bresser-Pereira reconhece que esse modelo representou, em sua origem, um avanço civilizatório, pois rompeu com o casuísmo patrimonialista e dotou o Estado de previsibilidade. O agente público deixa de servir ao soberano para servir à ordem jurídica, e a impessoalidade torna-se o critério orientador da decisão administrativa. Contudo, o autor sustenta que a burocracia, ao orientar-se quase exclusivamente pelo controle dos procedimentos, e não dos resultados, transformou-se em obstáculo à eficiência da administração pública.

A administração pública burocrática concentra-se no processo, em definir procedimentos para contratação de pessoal, para compras e para o atendimento das demandas dos cidadãos, e a controlar internamente esses procedimentos, deixando de lado o objetivo principal a que toda administração pública deve atender: o de servir ao cidadão. (BRESEER-PEREIRA, 1996, p. 6)

Essa crítica gerencial à burocracia precisa, contudo, ser temperada pela advertência de Di Pietro, segundo a qual a burocracia, embora frequentemente associada à lentidão e ao excesso de formalidades, cumpre função jurídica relevante, pois é o instrumento por meio do qual se assegura a impessoalidade, a moralidade e o controle dos atos administrativos. Para a autora, atacar a burocracia em bloco é correr o risco de fragilizar as garantias que ela historicamente edificou contra o arbítrio, tema que se conecta diretamente com a discussão sobre a evolução do princípio da legalidade desenvolvida em capítulo próprio deste trabalho.

A tensão intrínseca ao modelo burocrático é bem descrita por Zhu Qianwei, ao identificar que a burocracia porta simultaneamente elementos de racionalidade e de disfunção:

A burocracia tem elementos altamente racionais: a precisão, a rapidez, a eficiência, a profissionalização do pessoal, e a gestão impessoal, mas também tem elementos negativos: a rigidez, o seguimento de práticas anteriores, o conservadorismo, e a ofensa à personalidade, sendo estas duas, faces de uma moeda, enquanto que os aspectos negativos aparecem sob a forma de burocratização, daí decorrendo, as exigências da reforma. (Zhu Qianwei, 2010, p. 1124)

Merton, por sua vez, sistematizou as chamadas disfunções burocráticas, identificando como causas do mau funcionamento da gestão pública: a internalização das regras e o apego aos regulamentos; o excesso de formalismo e de papelório; a resistência a mudanças; a despersonalização do relacionamento; a categorização como base do processo decisório; a superconformidade às rotinas e aos procedimentos; a exibição de sinais de autoridade; e a dificuldade no atendimento a clientes e conflitos com o público (Merton *apud* Cintra; Fedel, 2019, p. 58). Esse conjunto de patologias, longe de ser exceção, descreve com precisão o cotidiano de muitos órgãos públicos brasileiros.

Marçal Justen Filho situa o problema em outro plano. Para o autor, o vício da administração burocrática brasileira não está na exigência de procedimentos, mas na sobreposição desordenada de exigências formais que, em vez de proteger o interesse público, criam um ambiente de insegurança jurídica e de paralisia decisória. A multiplicação de controles redundantes, sejam internos, externos ou judiciais, gera o que parte da doutrina contemporânea tem denominado de “direito

administrativo do medo”, em que o agente público, temendo a responsabilização, prefere não decidir, fenômeno que tem sido descrito como “apagão das canetas”.

Esse diagnóstico revela uma tensão que será central para a análise da Lei nº 14.133/2021, qual seja, a burocracia, pensada como escudo contra o patrimonialismo, pode tornar-se, ela própria, fonte de ineficiência e de novas formas de captura, agora não pela troca de favores, mas pela ritualização excessiva do procedimento. A Lei nº 8.666/1993, examinada no capítulo anterior, é o exemplo mais acabado dessa ambivalência. Editada como reação ao patrimonialismo da redemocratização, ela acabou por produzir um regime de minudência regulatória cuja própria densidade alimentou as patologias que pretendia combater. Bresser-Pereira, ao analisar o retrocesso burocrático da Constituição de 1988, oferece uma síntese precisa desse mecanismo: ao procurar proteger a administração dos excessos patrimonialistas, o constituinte “sacramentou os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo”, produzindo “uma administração pública altamente centralizada, hierárquica e rígida, em que toda a prioridade será dada à administração direta ao invés da indireta” (Bresser-Pereira, 1996, p. 8-9).

4.3 A REFORMA GERENCIAL E OS LIMITES DE UMA TRANSIÇÃO INACABADA

A reforma gerencial dos anos 1990, capitaneada por Bresser-Pereira no MARE e materializada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, foi tratada no capítulo anterior sob o ângulo de seus reflexos legislativos, notadamente a Lei nº 9.648/1998, a Lei nº 10.520/2002 e a EC nº 19/1998. Cumpre agora examinar essa reforma sob outro prisma, qual seja, o de seus pressupostos teóricos e o de suas limitações estruturais quando aplicada ao contexto brasileiro.

O movimento integra-se a uma tendência internacional, identificada com a New Public Management, que propõe deslocar o foco da administração pública do controle dos meios para o controle dos resultados. O modelo gerencial, segundo Bresser-Pereira, delineou-se a partir de seis eixos fundamentais: a descentralização política, transferindo recursos e atribuições para níveis regionais e locais; a descentralização administrativa, mediante a delegação de autoridade para administradores transformados em gerentes autônomos; a redução dos níveis hierárquicos; o pressuposto da confiança limitada — e não da desconfiança total; o

controle por resultados, a posteriori, em substituição ao controle rígido dos processos; e a orientação para o atendimento do cidadão, em vez da autorreferência burocrática (Bresser-Pereira, 1996, p. 6). O modelo gerencial, portanto, conserva alguns pilares da burocracia, como o recrutamento por mérito e a impessoalidade, mas reorienta a lógica de funcionamento da administração.

No plano jurídico, a positivação do princípio da eficiência pela EC nº 19/1998 representa o esforço de constitucionalizar essa lógica gerencial. Como observam Cintra e Fedel, essa emenda constitucional “foi o marco da mudança no modelo de administração do Estado brasileiro, que objetivou incrementar a qualidade do serviço público colocado à disposição do cidadão”, fazendo com que “o termo eficiência passasse a fazer parte do rol de princípios estabelecidos no caput do art. 37 da Carta Magna” (Cintra; Fedel, 2019, p. 60). Di Pietro alerta, contudo, que a eficiência não pode ser interpretada de forma a relativizar os demais princípios constitucionais, sobretudo a legalidade e a moralidade. Esse alerta dialoga com a compreensão do princípio da legalidade desenvolvida em capítulo próprio deste trabalho, em que se sustentou que a virada principiológica não significa abandono da legalidade, mas sua ressignificação para incluir o conjunto da juridicidade administrativa.

Um aspecto decisivo da proposta gerencial de Bresser-Pereira é que ela não preconiza a ruptura com a burocracia, mas sua superação dialética. Nas palavras do próprio autor, “a administração pública gerencial deve ser construída sobre a administração pública burocrática. Não se trata de fazer tábula rasa desta, mas aproveitar suas conquistas, os aspectos positivos que ela contém, ao mesmo tempo que se vai eliminando o que já não serve” (Bresser-Pereira, 1996, p. 24). Essa perspectiva é teoricamente relevante para o presente trabalho, pois o princípio do formalismo moderado opera precisamente nessa zona de articulação entre os dois paradigmas: preserva o núcleo procedimental indispensável à impessoalidade e ao controle, mas recusa o ritualismo que converte o meio em fim.

É justamente nesse ponto que se concentra uma das críticas mais consistentes ao gerencialismo brasileiro. A importação de modelos pensados para administrações já consolidadamente burocráticas, como a britânica e a neozelandesa, foi feita em um contexto em que o patrimonialismo nunca havia sido efetivamente superado. Como adverte parte da doutrina, o risco é que a flexibilização gerencial, em vez de produzir eficiência, sirva de salvo-conduto para o reaparecimento de práticas patrimonialistas sob nova roupagem, agora travestidas

de “discrecionalidade técnica” ou de “resultados”. Zhu Qianwei sistematiza o problema ao analisar os limites da desburocratização: em determinadas circunstâncias, a flexibilização excessiva pode levar à perda das “características vantajosas da burocracia tais como a racionalidade, a precisão, e a despersonalização e, a dedicação, a fidelidade e a isenção dos funcionários” (Zhu Qianwei, 2010, p. 1122). A reforma, nesse caso, não conduz a uma burocracia mais racionalizada, mas ao seu esvaziamento desordenado.

Daí a importância de reconhecer que, no Brasil, os três modelos não se sucedem cronologicamente de modo linear, mas se sobrepõem. Convivem, no mesmo aparato administrativo, traços patrimonialistas residuais, estruturas burocráticas consolidadas e tentativas pontuais de gerencialismo, sem que nenhum dos paradigmas tenha logrado hegemonia plena. Essa hibridez é o terreno real sobre o qual incide a Lei nº 14.133/2021 e é também o que torna problemática qualquer leitura que a apresente como simples coroamento de uma transição linear para o modelo gerencial.

4.4 A LEI Nº 14.133/2021 E A TENSÃO ENTRE GERENCIALISMO E NEOBUROCRATIZAÇÃO

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é apresentada, em sua exposição de motivos e em boa parte da doutrina que a recepcionou, como expressão normativa do paradigma gerencial. A consagração expressa dos princípios da eficiência, da economicidade, do planejamento e da segregação de funções, a exigência de estudo técnico preliminar e de matriz de riscos, a admissão do diálogo competitivo e a previsão da consensualidade na resolução de conflitos contratuais são todos elementos que parecem confirmar essa vocação, conforme já destacado no capítulo histórico ao examinar a NLLCA como tentativa de síntese entre os paradigmas burocrático e gerencial.

Justen Filho destaca, nesse sentido, que a Lei nº 14.133/2021 incorpora explicitamente a lógica do planejamento e da gestão por resultados, deslocando o centro de gravidade do procedimento licitatório do ato isolado da contratação para o ciclo integrado de gestão das contratações públicas. O autor sublinha, ainda, a tentativa do legislador de superar o formalismo exacerbado da Lei nº 8.666/1993, mediante o reconhecimento expresso, no artigo 12, inciso III, do princípio do

formalismo moderado, princípio que, conectado à evolução da legalidade tratada em capítulo próprio, opera como ponte entre os dois paradigmas.

Não obstante, a leitura crítica da nova lei revela uma face menos celebrada. Parte da doutrina contemporânea, em diálogo, ainda que indireto, com a tradição que vai de Floriano de Azevedo Marques Neto a Egon Bockmann Moreira, tem chamado atenção para o fato de que, ao lado das aberturas gerencialistas, a Lei nº 14.133/2021 multiplicou exigências documentais, instituiu novos atores no processo (como o agente de contratação, a comissão de contratação, o gestor e o fiscal do contrato e a assessoria jurídica), expandiu o rol de documentos obrigatórios na fase preparatória e ampliou os deveres de motivação e de registro. Essa dinâmica reproduz, em novo registro, o mecanismo que Zhu Qianwei identifica como “burocratização”: os organismos excedem sua área de atuação, impondo seus critérios a outros e dilatando seus poderes, de modo que a racionalização formal converte-se em seu próprio oposto (Zhu Qianwei, 2010, p. 1119).

Sob essa ótica, é legítimo questionar se a Nova Lei de Licitações representa, de fato, um avanço gerencial ou se, ao contrário, configura aquilo que parte da literatura tem denominado de neoburocratização, vale dizer, um novo formalismo, agora justificado não pela impessoalidade weberiana, mas pela lógica do *compliance*, do controle preventivo e da blindagem do agente público contra eventual responsabilização. Em outras palavras, troca-se a burocracia do carimbo pela burocracia do parecer, substitui-se o ritual do processo físico pelo ritual da matriz de riscos e do estudo técnico preliminar, sem que, necessariamente, isso se traduza em maior eficiência ou em melhores resultados para o cidadão. É exatamente esse o ponto denunciado por Cintra e Fedel ao afirmar que a “burocratização excessiva e desnecessária não apenas torna ineficiente os atos e procedimentos administrativos como também priva o cidadão do efetivo exercício de seus bens e direitos juridicamente tutelados” (Cintra; Fedel, 2019, p. 63).

Essa hipótese ganha densidade quando se observa o cotidiano dos órgãos públicos sob a vigência da nova lei. A elaboração de um único processo licitatório passou a exigir, em muitos casos, um conjunto de documentos preparatórios cuja produção consome semanas ou meses, envolvendo diversos setores e múltiplas instâncias de revisão. O receio da responsabilização, alimentado pela atuação dos órgãos de controle e pela tipificação ampla de condutas na Lei nº 14.133/2021 e na Lei de Improbidade Administrativa, induz o agente público a uma postura defensiva,

em que a juntada de documentos e a profusão de pareceres funcionam menos como instrumentos de eficiência e mais como mecanismos de autoproteção, retomando, em registro contemporâneo, o fenômeno do “apagão das canetas” referido anteriormente.

O problema é estruturalmente o mesmo identificado por Zhu Qianwei ao analisar o equilíbrio necessário ao funcionamento saudável da burocracia: “a chave para que a burocracia expresse a primeira modalidade, é a manutenção do equilíbrio entre a autonomia dos burocratas e o controle sócio-político sobre eles. Uma vez este equilíbrio é quebrado, a burocratização e a desburocratização aparecem” (Zhu Qianwei, 2010, p. 1125-1126). A Lei nº 14.133/2021, ao ampliar controles sem corrigir a cultura decisória subjacente, corre o risco de romper esse equilíbrio na direção do excesso formal, produzindo exatamente o oposto de seus objetivos declarados.

Não se está, com isso, a defender o retorno a uma informalidade indesejada nem a negar os avanços da Lei nº 14.133/2021. O que se sustenta é que a transição para o modelo gerencial, no plano das contratações públicas, segue inacabada. O princípio do formalismo moderado, expressamente positivado, surge precisamente como ponte entre os dois paradigmas, e só faz sentido se compreendido como instrumento de superação tanto do patrimonialismo quanto do formalismo burocrático, recusando-se tanto à arbitrariedade do julgamento por conveniência quanto ao ritualismo desprovido de finalidade. Como sustenta a teoria gerencial em sua formulação mais madura, não se trata de abolir a forma, mas de subordiná-la à substância — o interesse público efetivamente realizado.

A análise que se desenvolverá nos capítulos seguintes parte, portanto, da seguinte premissa: avaliar se a aplicação concreta da Lei nº 14.133/2021, e, em particular, a interpretação que se vem dando ao formalismo moderado, efetivamente promove a passagem para um modelo gerencial ou se, ao contrário, consolida uma neoburocratização que apenas substitui as antigas formalidades por novas, sem enfrentar o núcleo do problema brasileiro, qual seja, a indistinção, ainda persistente, entre o procedimento como meio e o procedimento como fim.

5 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O FORMALISMO MODERADO

5.1 UM NOVO DIPLOMA SOBRE UM VELHO PROBLEMA

Quando a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, entrou em vigor, o debate doutrinário que a recebeu oscilou entre dois polos igualmente apressados: o do entusiasmo modernizante, que a saudava como ruptura definitiva com o hiperformalismo da Lei nº 8.666/1993, e o do ceticismo estrutural, que a via como mera reconfiguração dos mesmos vícios sob nova roupagem. Ambas as leituras, embora iluminassem aspectos reais do problema, pecavam por simplificação. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não se apresenta como revolução nem como continuidade acrítica: é, antes, o resultado de tensões históricas, doutrinárias e políticas que percorrem toda a trajetória das aquisições públicas brasileiras, tal como reconstituída nos capítulos precedentes.

O que o novo diploma representa, em sua dimensão mais significativa, é a tentativa de positivar, em escala normativa inédita, um conjunto de soluções que a doutrina e a jurisprudência vinham construindo paulatinamente para superar os limites do modelo anterior. Entre essas soluções, nenhuma revela com mais nitidez o espírito da nova lei do que o princípio do formalismo moderado. Sua incorporação ao texto legal, entretanto, ocorreu de maneira peculiar: o art. 5º da Lei nº 14.133/2021, que elenca vinte e dois princípios aplicáveis às licitações públicas e contratos administrativos, não contempla expressamente o formalismo moderado em seu rol. A positivação ocorreu no art. 12, inciso III, que veda o afastamento de licitante ou a invalidação do processo por desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição de sua qualificação ou a compreensão do conteúdo de sua proposta (Oliveira, 2024, p. 127-128).

Essa distinção topográfica, entre o rol principiológico do art. 5º e a norma de concretização do art. 12, inciso III, não é juridicamente irrelevante. Ela revela que o legislador optou por traduzir o formalismo moderado em linguagem de regra aplicável, e não apenas em diretriz geral, o que reforça sua eficácia normativa imediata. Ao mesmo tempo, a ausência do princípio no art. 5º não prejudica sua plena aplicabilidade ao regime licitatório: como demonstra Oliveira (2024, p. 141), os arts. 12 e 64 da NLLCA são fundamento normativo suficiente para sua incidência em todo o ciclo das contratações públicas.

Para compreender o que o formalismo moderado representa nesse contexto, é indispensável retomar a questão que justificou sua incorporação ao texto legal. A experiência acumulada sob a égide da Lei nº 8.666/1993 demonstrou que o rigor procedimental excessivo não apenas não impediu a corrupção, como, em certos casos, serviu de instrumento para ela. O superfaturamento, o direcionamento de certames mediante especificações técnicas elaboradas sob medida e o fracionamento irregular de despesas foram práticas que se desenvolveram precisamente nos interstícios de um regime que, ao disciplinar tudo, não conseguiu controlar nada com eficácia. A multiplicidade de exigências formais criou oportunidades para que agentes públicos e particulares mal-intencionados operassem nas margens de um sistema que, para o gestor probo, funcionava como camisa de força. Como reconhece o próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em estudo temático sobre os primeiros quatro anos de vigência da Lei nº 14.133/2021, o novo diploma, embora tenha buscado modernizar o regime das contratações públicas, manteve o estilo marcadamente formalista que caracterizara seu antecessor, conforme já apontava a maioria dos doutrinadores administrativistas (TCE-MG, 2025, p. 9).

Esse paradoxo é central. A legalidade estrita em sua formulação mais rígida, aquela que tolhia toda e qualquer margem interpretativa do administrador, não produziu a eficiência nem a moralidade que prometia. Produziu, isso sim, o que Marques Neto e Freitas (2017) identificaram como o fenômeno do “direito administrativo do medo”: um ambiente em que o gestor honesto se vê paralisado pelo receio da responsabilização, enquanto o gestor desonesto encontra, nas brechas do formalismo, espaço para manobras que o procedimento rígido, paradoxalmente, não alcança. Nesse contexto, o formalismo moderado surge não como permissividade irresponsável, mas como racionalização do sistema: a substituição do rito pelo resultado, sem abrir mão das garantias que o procedimento deve assegurar.

5.2 O FORMALISMO MODERADO COMO PRINCÍPIO: FUNDAMENTOS E ALCANCE

A construção doutrinária e jurisprudencial do formalismo moderado antecede em décadas sua positivação legal. Compreender seus fundamentos exige, portanto,

percorrer tanto a tradição teórica que o embasou quanto as sucessivas decisões que o foram consolidando no campo específico das licitações públicas.

Do ponto de vista filosófico-processual, o formalismo moderado encontra raízes na superação da fase autonomista do processo, aquela em que o rigor técnico-formal se impunha sobre a realização do direito material, em favor do que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006, p. 65) denominou formalismo-valorativo. Nessa perspectiva, o formalismo é legítimo apenas na medida em que serve à organização de um processo justo e colabora para a justiça material da decisão. O formalismo que não possui conteúdo, vazio e desconectado das finalidades do processo, deve ser rejeitado, não como transgressão ao ordenamento, mas como fidelidade à sua finalidade mais profunda. Como adverte expressamente o autor:

[...] não se está a dizer que os fins justificam os meios na busca do interesse público, com afronta à observância de regras formais que venham a atingir princípios e garantias fundamentais do cidadão e da própria licitação pública. O que se sustenta é a veemente rejeição do formalismo vazio e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso. (Oliveira, 2006, p. 77)

Transportada para o direito administrativo licitatório, essa perspectiva encontra expressão direta na Constituição Federal. O art. 37, inciso XXI, in fine, ao prescrever que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, estabelece um limite constitucional às exigências formais da Administração: aquelas que não sejam indispensáveis ao objeto do certame são, por força da Constituição, inadmissíveis (Reis, 2015). O formalismo moderado, nessa perspectiva, não é uma concessão do legislador ordinário: é uma imposição direta da Carta de 1988.

No plano infraconstitucional, Odete Medauar (2018, p. 168) articula o princípio em dois vetores complementares e indissociáveis. O primeiro exige a previsão de ritos e formas simples, suficientes para proporcionar certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. O segundo impõe uma interpretação flexível e razoável das formas, de modo a impedir que estas se convertam em fim em si mesmas, desconectadas das finalidades reais do procedimento. Para Medauar, a não aplicação desse princípio produz um efeito perverso e preciso: ao privilegiar o formalismo exacerbado, a Administração coloca em segundo plano o verdadeiro objetivo do processo licitatório, que é confrontar o maior número possível de propostas para obter a contratação mais adequada ao interesse público.

Na síntese de Alexandre Mazza (2023, p. 352), o formalismo moderado, também denominado informalismo, consiste, em fórmula que retoma a redação do Acórdão TCU nº 357/2015 examinado adiante, na adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 205) acrescenta a dimensão da proporcionalidade: o princípio do formalismo sofre mitigações legítimas sempre orientadas por considerações de equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade, de modo que inobservâncias de exigências formais que não maculem a competitividade do certame não têm o condão de excluir o licitante do processo.

Marçal Justen Filho (2023, p. 221), por sua vez, enquadra a questão sob o “princípio da utilidade”: toda formalidade administrativa deve guardar compatibilidade com o objetivo que o procedimento persegue. O formalismo não serve como instrumento para impedir o controle da atividade administrativa nem como meio de sacrificar direitos e interesses alheios. Na mesma direção, as regras de forma do ato administrativo não se orientam à defesa dos interesses da Administração Pública, mas à garantia do controle das competências administrativas e dos poderes estatais, sem que a disciplina quanto à forma possa tornar-se obstáculo à realização da função administrativa (Justen Filho, 2023, p. 169). Desse modo, a licitação, nas palavras de Adilson Abreu Dallari, deixa de ser uma gincana de destreza procedimental para converter-se em instrumento racional de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Do ponto de vista da teoria dos princípios, Queiroz da Silva (2023, p. 182-183) propõe uma leitura estrutural que esclarece a autonomia normativa do formalismo moderado. Segundo o autor, o princípio enfrenta uma colisão com o princípio do formalismo estrito: de um lado, acumula os vetores da eficiência, da economicidade e do interesse público; do outro, tensiona-se com as exigências da legalidade estrita, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Essa formulação é teoricamente relevante porque esclarece que o formalismo moderado não opera como exceção ao regime licitatório, não é válvula de escape para desvios grosseiros do procedimento. Trata-se de um princípio autônomo que, em situação de tensão com exigências formais rígidas, impõe ao administrador o dever de ponderar e, sempre que a forma não cumpra função substantiva de proteção à isonomia, à competitividade ou à moralidade, ceder em favor do conteúdo. A distinção é crucial:

o formalismo moderado não legitima a fraude na forma do procedimento, legitima a sanção de vícios formais irrelevantes.

Dois limites normativos complementares devem, todavia, ser sublinhados. O primeiro é o da garantia constitucional: como alertam Oliveira (2006, p. 77) e Reis (2015), a rejeição do formalismo excessivo não significa que os fins justifiquem os meios. Exigências formais que protejam princípios e garantias fundamentais do cidadão, contraditório, ampla defesa, isonomia, não são passíveis de flexibilização. O segundo limite é o da segurança jurídica na disputa: o STJ assentou, no RMS 10.404/RS, que o atraso na entrega de envelopes de proposta não é hipótese de formalismo excessivo, pois os princípios da legalidade e da igualdade, que impõem tratamento procedimental idêntico a todos os concorrentes, prevalecem. Esse precedente confirma que o formalismo moderado opera sobre exigências formais irrelevantes para a isonomia, não sobre requisitos que asseguram o tratamento igualitário entre os licitantes.

Os princípios que sustentam o formalismo moderado estão expressamente previstos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021: eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, economicidade e interesse público. Essa constelação normativa revela que o legislador concebeu o formalismo moderado não como princípio isolado, mas como resultante da ponderação entre a necessidade de procedimentos que garantam isonomia e aquela de procedimentos que alcancem resultados. Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2023, p. 41) elenca as manifestações concretas dessa opção legislativa no art. 12 da NLLCA: a possibilidade de aproveitamento de atos com vícios formais que não comprometam a avaliação da proposta; a dispensa de reconhecimento de firma salvo dúvida fundada; a prova de autenticidade perante agente da Administração; e a possibilidade de saneamento de atos com vícios formais que não afetem direitos dos participantes ou o interesse público. Para esse autor, a nova lei demonstra que o formalismo é moderado e não absoluto, o que representa uma escolha normativa expressa e deliberada do legislador de 2021. Amorim (2021, p. 49) destaca, nesse ponto, que o formalismo moderado integra o próprio princípio constitucional da eficiência, ao lado da economicidade e da vantajosidade, configurando, na arquitetura da Lei nº 14.133/2021, vetor normativo de equilíbrio entre garantia procedimental e racionalidade econômica da contratação pública.

5.3 A ARQUITETURA DA LEI Nº 14.133/2021: ENTRE A DESBUROCRATIZAÇÃO E A NEOBUROCRATIZAÇÃO

Um dos debates mais férteis que a Nova Lei de Licitações suscitou na doutrina diz respeito ao seu caráter ambíguo: ao mesmo tempo em que consagra o formalismo moderado e incorpora instrumentos típicos do paradigma gerencial, o diploma multiplica exigências documentais, institui novos atores no processo e amplia os deveres de motivação e de registro. A questão que se impõe, portanto, é a seguinte: a Lei nº 14.133/2021 desburocratiza ou reburocratiza o regime licitatório brasileiro?

A resposta honesta é que ela faz as duas coisas, em proporções que variam conforme o dispositivo analisado. No plano das modalidades e dos instrumentos auxiliares de contratação, o novo diploma avança inequivocamente em direção à simplificação e à eficiência. A unificação das regras antes fragmentadas entre a Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações elimina sobreposições que tornavam o sistema progressivamente mais opaco. A introdução do diálogo competitivo como modalidade inédita, inspirada na *competitive dialogue* europeia, representa abertura substantiva à interlocução técnica entre Administração e mercado antes da definição do objeto, permitindo contratações de maior complexidade sem o engessamento que a definição prévia e exaustiva das especificações impunha.

Também no plano da fase preparatória há avanços reais. A exigência de Estudo Técnico Preliminar e de Análise de Riscos como documentos obrigatórios anteriores à abertura do certame incorpora a lógica do planejamento e do controle preventivo, retomando o deslocamento do eixo do procedimento licitatório, do ato isolado da contratação para o ciclo integrado de gestão, já registrado no tópico 4.4. Esse deslocamento é relevante: um processo licitatório bem planejado tende a produzir menos impugnações, menos recursos e menos litígios, reduzindo os custos de transação que o hiperformalismo da lei anterior havia inflado.

Não obstante, a leitura crítica da nova lei revela uma face menos celebrada, que se alinha ao fenômeno da neoburocratização descrito no tópico 4.4. Ao lado das aberturas gerencialistas, o diploma multiplicou exigências documentais e instituiu novos atores no processo, o agente de contratação, a comissão de contratação, o gestor e o fiscal do contrato, além da assessoria jurídica qualificada, expandindo o

rol de documentos obrigatórios na fase preparatória. Em diálogo com as contribuições de Marques Neto e Moreira, essa face do diploma confirma a hipótese ali formulada: a substituição da burocracia do carimbo pela burocracia do parecer e do ritual do processo físico pelo ritual da matriz de riscos não traduziu, ainda, melhoria proporcional nos resultados das contratações públicas.

Essa ambivalência reflete a convivência, no mesmo aparato normativo, de dois impulsos contraditórios que disputam a alma do diploma: o impulso gerencial, orientado para resultados, e o impulso controlista, orientado para a autoproteção do gestor e para a satisfação das exigências de controle externo. O resultado é que, embora a lei declare o formalismo moderado como diretriz, sua própria estrutura, ao multiplicar documentos e exigências, pode induzir o gestor a um comportamento que na prática reproduz o formalismo que se pretendia superar, agora com novos rituais e novos papéis.

5.4 O FORMALISMO MODERADO NA JURISPRUDÊNCIA: DO TCU AO PODER JUDICIÁRIO

A construção jurisprudencial do formalismo moderado antecede em muito a positivação operada pela Lei nº 14.133/2021, e sua trajetória revela como o princípio foi sendo progressivamente consolidado tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pelo Poder Judiciário.

Como o exame detalhado dessa jurisprudência é objeto específico do Capítulo 7, este tópico limita-se a registrar três traços gerais que dela emergem. Primeiro, a orientação dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário é convergente quanto a um núcleo comum: vícios formais que não comprometam a isonomia, a competitividade ou a capacidade de execução do objeto não justificam a exclusão do licitante, devendo ser saneados por diligência.

Segundo, essa convergência antecede em décadas a positivação operada pela Lei nº 14.133/2021, remontando à Decisão TCU nº 570/1992, do Plenário, e ganhando densidade a partir do Acórdão TCU nº 357/2015, do Plenário, precedente mais citado sobre o tema. Terceiro, sob a vigência da nova lei, a jurisprudência aprofundou-se com a introdução de critérios como o da equivalência funcional de certidões (Acórdão TCU nº 117/2024) e da teoria da foto (Acórdão TCU nº 8.289/2025).

Essa trajetória decisória, ao converter a diligência de faculdade em obrigação do gestor e ao deslocar o foco da forma documental para a função protetiva que cada exigência cumpre, oferece o pano de fundo sem o qual os instrumentos da NLLCA analisados a seguir não se compreendem em sua dimensão sistêmica.

No TCU, o ponto de partida remonta à Decisão nº 570/92 do Plenário, que já advertia ser inadmissível que o princípio do procedimento formal autorizasse a Administração a formular exigências inúteis ou desnecessárias, ou a anular procedimentos diante de simples omissões que não geraram prejuízo ao certame. Essa orientação consolidou-se ao longo das décadas seguintes em linha jurisprudencial consistente e reiterada, expressa nos Acórdãos nºs 2302/2012, 357/2015, 119/2016, 1217/2023, 641/2025 e 2382/2025, todos do Plenário: o TCU não admite o formalismo como valor autônomo, desconectado dos fins que o procedimento licitatório deve realizar. Essa orientação foi sistematizada de modo precursor pelo próprio Tribunal de Contas da União na 4ª edição do manual Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU (BRASIL, TCU, 2010), publicação que consolidou os precedentes da Corte de Contas sob a égide da Lei nº 8.666/1993 e ofereceu aos jurisdicionados o primeiro repertório oficial do princípio do formalismo moderado nas contratações públicas brasileiras.

5.5 OS NOVOS INSTRUMENTOS DA NLLCA E O FORMALISMO MODERADO EM PERSPECTIVA SISTÊMICA

A Lei nº 14.133/2021 introduziu um conjunto de instrumentos que, analisados sob a perspectiva do formalismo moderado, revelam coerência interna com o princípio positivado no art. 12, inciso III. O diálogo competitivo, as atas de registro de preços, o credenciamento, a pré-qualificação e o procedimento de manifestação de interesse são todos instrumentos que pressupõem, em maior ou menor grau, uma Administração capaz de exercer juízo técnico e discricionário sem submeter-se ao formalismo que o modelo anterior impunha.

O diálogo competitivo é, nesse conjunto, o instrumento mais revelador da mudança de paradigma. Ao admitir que a Administração dialogue com potenciais contratantes antes de definir o objeto, a lei reconhece que há situações em que a solução ótima para o interesse público não pode ser determinada unilateralmente pela burocracia, mas exige a contribuição técnica do mercado. Esse reconhecimento

é incompatível com o rigorismo formal que impede qualquer interação entre Administração e licitantes anteriormente à abertura do certame, e é exatamente por isso que a introdução do diálogo competitivo só faz sentido num sistema comprometido com o formalismo moderado.

Da mesma forma, a exigência de Estudo Técnico Preliminar e de Análise de Riscos, embora possa parecer, à primeira vista, um acréscimo burocrático, é, na sua lógica interna, um instrumento antiburocrático: ao antecipar a reflexão sobre o objeto e seus riscos para a fase de planejamento, reduz a probabilidade de que exigências formais inadequadas, especificações técnicas fechadas, critérios de habilitação desproporcionais, contaminem o certame e justifiquem impugnações e recursos que atrasam e encarecem as contratações.

O art. 64 da NLLCA, por sua vez, é a expressão mais direta do formalismo moderado na fase de habilitação. Ao vedar a substituição ou apresentação de novos documentos após o prazo de habilitação, mas ressaltar expressamente a possibilidade de diligência para complementação de informações sobre documentos já apresentados e para atualização de documentos com validade expirada, o legislador incorporou ao texto legal a distinção jurisprudencial entre o vício formal irrelevante, sanável pela diligência, e a inovação indevida no conteúdo da habilitação (Oliveira, 2023, p. 277). Como observa Oliveira (2024, p. 128), essa disposição está em pleno alinhamento com o princípio do formalismo moderado ao prever, expressamente, a possibilidade de saneamento de falhas e erros no curso dos procedimentos licitatórios.

A tensão entre formalismo moderado e segurança jurídica, contudo, permanece como questão aberta. O risco de que a flexibilização formal se converta em arbítrio não é retórico: é real, e a história das contratações públicas brasileiras está repleta de exemplos em que a discricionariedade do gestor foi utilizada como instrumento de favorecimento. Por isso, o formalismo moderado não pode ser compreendido como liberdade irrestrita do administrador, mas como obrigação de fundamentar as escolhas que se afastem do rito padrão, demonstrando, em cada caso, que a forma preterida não era indispensável à proteção dos bens jurídicos que o procedimento licitatório tutela.

5.6 O FORMALISMO MODERADO COMO HORIZONTE: LIMITES E POSSIBILIDADES

A análise empreendida ao longo deste capítulo permite formular, em caráter provisório, algumas proposições sobre o lugar do formalismo moderado no sistema inaugurado pela Lei nº 14.133/2021.

A primeira proposição é que sua positivação no art. 12, inciso III representa um avanço real, não apenas simbólico: ao integrar o texto normativo da lei como regra de aplicação imediata, o princípio vincula interpretativamente todos os seus aplicadores, constringendo leituras que pretendam restaurar o rigorismo formal como valor em si. Embora ausente do rol do art. 5º, o formalismo moderado incide sobre todo o diploma pela força combinada dos arts. 12 e 64, que estabelecem, respectivamente, a prevalência do conteúdo sobre a forma desnecessária e a possibilidade de saneamento de falhas formais irrelevantes (Oliveira, 2024, p. 141).

A segunda proposição é que sua efetividade depende, em larga medida, de condições extrajurídicas que o texto normativo não pode, por si só, produzir. Um princípio que exige do administrador juízo técnico e proporcional pressupõe gestores com formação adequada, órgãos de controle dispostos a reconhecer a margem de apreciação legítima do agente público e uma cultura institucional que tolere o erro escusável sem equipará-lo ao dolo. Essas condições estão longe de ser uniformes na Administração Pública brasileira, cuja heterogeneidade, do âmbito federal ao municipal, foi amplamente reconhecida pela doutrina do direito administrativo do medo desenvolvida por Marques Neto e Freitas (2017).

A terceira proposição diz respeito ao risco simétrico: assim como o excesso de formalismo paralisou a gestão pública e não impediu a corrupção, a flexibilização sem critérios pode abrir espaços para a arbitrariedade. O formalismo moderado não é sinônimo de informalismo: pressupõe formas simples, mas existentes; exigências reduzidas ao essencial, mas presentes; discricionariedade técnica fundamentada, não discricionariedade irresponsável. A lição de Oliveira (2024, p. 141) é precisa nesse ponto: o princípio constitui poderosa ferramenta à disposição dos licitantes e dos gestores, mas deve ser aplicado de modo a não violar a segurança jurídica, o direito dos demais licitantes e, especialmente, a garantia de que a Administração fará a escolha da proposta que mais atenda ao interesse público.

É nesse equilíbrio, difícil, tenso, mas necessário, que reside o projeto normativo mais ambicioso da Lei nº 14.133/2021. A NLLCA não resolve o problema estrutural das contratações públicas brasileiras; ela redesenha o campo em que esse problema se manifesta. E o formalismo moderado, princípio que conecta a evolução da legalidade administrativa ao horizonte do Estado Constitucional de Direito e à missão constitucional de seleção da proposta mais vantajosa para o poder público (Moraes, 2019, p. 403), é o instrumento central desse redesenho. A questão que permanece, e que os capítulos seguintes continuarão a enfrentar, é se o novo arcabouço normativo será capaz de produzir, na prática cotidiana dos órgãos públicos, a eficiência e a integridade que o formalismo exacerbado prometeu e não entregou.

6 DA BUROCRACIA À DESBUROCRATIZAÇÃO: EM BUSCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NAS COMPRAS PÚBLICAS

O percurso traçado nos capítulos anteriores conduziu a uma questão que não pode ser respondida de modo puramente descritivo: se os modelos patrimonialista, burocrático e gerencial coexistem no aparato administrativo brasileiro sem que nenhum deles tenha logrado hegemonia plena, conforme demonstrado no capítulo 4, e se a Lei nº 14.133/2021 positivou o princípio do formalismo moderado sem, porém, garantir por si só sua efetividade, conforme examinado no capítulo 5, qual é, afinal, o caminho concreto para a desburocratização das compras públicas? Mais ainda: essa desburocratização é um projeto juridicamente legítimo ou representa risco para a integridade do sistema?

6.1 AS CONDIÇÕES INSTITUCIONAIS PARA A EFETIVIDADE DO FORMALISMO MODERADO

A positivação de um princípio jurídico é condição necessária, mas não suficiente, para a sua efetividade. A história do direito administrativo brasileiro oferece exemplos eloquentes de princípios que, embora formalmente consagrados, não lograram transformar a cultura das organizações públicas. O princípio da eficiência, acrescentado ao artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, é talvez o caso mais emblemático: passadas quase três décadas de sua positivação constitucional, sua aplicação concreta nos procedimentos de contratação pública permanece fragmentária e desigual, dependente, em larga medida, da capacidade técnica dos gestores, do estágio de desenvolvimento institucional de cada órgão e da postura dos respectivos órgãos de controle.

O mesmo risco pesa sobre o formalismo moderado positivado no artigo 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021. Para que o princípio transcenda a declaração normativa e efetivamente reoriente as práticas de contratação, três condições institucionais precisam ser cumpridas simultaneamente: formação dos agentes públicos, segurança jurídica para a tomada de decisão e coerência interpretativa dos órgãos de controle.

A formação dos agentes públicos é, talvez, a mais fundamental dessas condições. Aplicar o formalismo moderado não é tarefa simples: exige do gestor a capacidade de distinguir, em cada caso concreto, o formalismo que protege bens jurídicos relevantes, como a isonomia entre licitantes, a competitividade do certame e a moralidade administrativa, do formalismo que serve apenas à aparência de conformidade. Essa distinção pressupõe conhecimento jurídico, experiência prática e, sobretudo, disposição para exercer julgamento em situações de incerteza. O gestor que opta pelo formalismo excessivo raramente é responsabilizado pela exclusão indevida de licitante ou pelo prejuízo decorrente da contratação por preço superior; já aquele que aplica o formalismo moderado de modo motivado fica exposto a questionamentos posteriores dos órgãos de controle. Essa assimetria de risco é precisamente o mecanismo que alimenta o fenômeno que Rodrigo Tostes Mascarenhas descreve com precisão: o medo do gestor não está, primariamente, em praticar atos ilegais, mas em tomar decisões tecnicamente corretas que serão posteriormente contestadas por órgãos de controle que adotam interpretação mais restritiva. Nas palavras do autor, trata-se do “medo de ser punido pela prática, não meramente de uma conduta, mas sim de um ato administrativo que, na visão do agente, é necessário e oportuno; que analisado pela advocacia pública é considerado como juridicamente legítimo, mas que não é assim considerado pelos órgãos de controle” (Mascarenhas, 2016). Enquanto essa assimetria persistir, o formalismo moderado positivado na lei tende a ser neutralizado pela lógica defensiva da prática administrativa.

A segunda condição, relativa à segurança jurídica para a tomada de decisão, foi parcialmente endereçada pelo artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que estabelece que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Ao circunscrever a responsabilização pessoal do gestor a hipóteses de culpa grave ou má-fé, o dispositivo pretendeu criar o espaço de segurança necessário para que o administrador exerça sua função sem a paralisia induzida pelo temor de responsabilização por equívocos de boa-fé. Como observam Binenbojm e Cyrino, o artigo 28 da LINDB surge precisamente como antídoto ao apagão das canetas, pois o legislador precisava lidar com “o receio de qualquer espécie de criatividade

administrativa, de não se querer assumir o risco do erro” (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 206).

A efetividade dessa garantia depende, contudo, da disposição dos órgãos de controle em respeitá-la, o que conduz à terceira condição. A coerência interpretativa do controle externo é fator determinante para o sucesso ou o fracasso do formalismo moderado na prática. Um princípio que a lei declara, mas que o órgão de controle sistematicamente ignora ou contorna, perde progressivamente sua força normativa. O gestor público aprende, pela experiência, que não basta seguir a lei: é preciso antecipar a interpretação do controlador, que pode ser mais restritiva do que o próprio texto legal. Esse fenômeno foi identificado por Rafael Vêras de Freitas como a substituição da certeza do agente público pela certeza do controlador, gerando uma incerteza generalizada em que nem o administrador nem o particular que com ele se relaciona pode confiar na estabilidade das escolhas feitas (Freitas, 2018).

6.2 DESBUROCRATIZAÇÃO E INTEGRIDADE: DESCONSTRUINDO UMA FALSA ANTINOMIA

O argumento mais persistente contra a desburocratização das compras públicas é de ordem preventiva: as exigências formais funcionariam como barreira à corrupção, e sua flexibilização abriria espaço para o favorecimento e a fraude. Esse argumento merece ser examinado com cuidado, porque, embora apele para uma intuição razoável, não resiste à análise dos dados históricos.

A experiência brasileira é, nesse sentido, especialmente instrutiva. A Lei nº 8.666/1993 foi, por décadas, o diploma mais detalhista e rigoroso da história das contratações públicas nacionais. Seus quase 120 artigos disciplinavam minuciosamente cada etapa do procedimento licitatório, desde a elaboração do edital até a extinção do contrato. E, no entanto, foi exatamente sob sua vigência que as maiores operações de corrupção licitatória da história recente do Brasil se desenvolveram. Como anota Cleber Masson ao examinar os crimes em licitações e contratos, as condutas que a legislação penal tipifica, entre as quais a fraude à licitação, o estelionato licitatório e a frustração do caráter competitivo do certame, são, por definição, condutas que se praticam dentro das formas do procedimento, não à sua margem (Masson, 2021). O agente corrupto não ignora o edital: ele o

redige de forma a favorecer o parceiro. Não desrespeita os prazos: cumpre-os, enquanto combina com os concorrentes quem vai ganhar.

Essa constatação revela que a relação entre formalismo e integridade é muito mais complexa do que o argumento preventivo supõe. O formalismo exacerbado pode, paradoxalmente, facilitar a corrupção por três razões. A primeira consiste em que, ao criar procedimentos opacos e de difícil compreensão para cidadãos e pequenas empresas, ele restringe o universo de potenciais participantes àqueles que dominam o ritual e têm recursos para cumpri-lo, reduzindo a competição real e facilitando o conluio entre um número menor de atores. A segunda decorre de que, ao multiplicar exigências documentais, ele cria oportunidades para a discricionariedade seletiva do gestor na aferição do cumprimento formal: quem decide se um documento é suficiente ou irregular detém poder de veto sobre qualquer candidato indesejado. A terceira resulta de que, ao afastar gestores honestos por excesso de riscos, ele concentra a operação das compras públicas em perfis de agentes com menor aversão à exposição, que podem ser, eventualmente, os mais propensos a condutas ilícitas.

A integridade nas contratações públicas depende, portanto, não da quantidade de exigências formais, mas da qualidade dos mecanismos de controle substantivo. O acúmulo de rituais procedimentais não constitui, por si só, garantia de moralidade: o que efetivamente previne a corrupção é a transparência que permite o controle social, a competitividade real que impede o conluio e a responsabilização efetiva que pune o dolo, e não o volume de documentos que o licitante precisa reunir para participar do certame.

O formalismo moderado, compreendido nessa perspectiva, não é concessão à ilicitude. É a substituição de um sistema que cria ilusão de controle por um sistema que pratica controle real. A diferença é sutil, mas decisiva: a ilusão de controle produz conformidade aparente; o controle real produz responsabilidade efetiva. E responsabilidade efetiva, nas contratações públicas, significa que o gestor responde pelo resultado da contratação, pela entrega do objeto dentro do prazo, pela qualidade do serviço prestado, pela economicidade do preço pago, e não apenas pela juntada dos documentos exigidos.

6.3 O FORMALISMO MODERADO E A CULTURA DE RESULTADOS: O QUE O GERENCIALISMO EXIGE DA ADMINISTRAÇÃO

A transição do modelo burocrático para o modelo gerencial nas compras públicas não se opera, como já demonstrado, pela simples alteração legislativa. Ela exige uma mudança cultural mais profunda, que a literatura especializada tem descrito como a passagem de uma cultura de conformidade para uma cultura de resultados. A diferença entre essas duas culturas não está nos procedimentos que cada uma adota, mas na pergunta que orienta a ação do gestor.

Na cultura de conformidade, a pergunta central é: “estou seguindo os procedimentos corretos?” O sucesso é medido pelo cumprimento dos ritos. A avaliação do gestor é retrospectiva, pois olha para o processo que foi realizado e verifica se obedeceu às formas. O risco que o gestor teme é o da irregularidade formal. Na cultura de resultados, a pergunta central é: “estou alcançando os fins que o procedimento serve?” O sucesso é medido pela efetividade das contratações. A avaliação é ao mesmo tempo prospectiva e retrospectiva, pois olha para o que se pretende alcançar e depois verifica se foi alcançado. O risco que o gestor teme é o da ineficiência e do desperdício.

Essa distinção, que Bresser-Pereira formulou em termos de controle dos meios versus controle dos resultados no Plano Diretor de 1995, tem implicações diretas para a interpretação e aplicação do formalismo moderado. Em uma cultura de conformidade, o princípio é percebido como ameaça, isto é, como uma abertura que pode ser explorada para justificar descumprimentos que, na verdade, comprometem a isonomia ou a competitividade do certame. Em uma cultura de resultados, o princípio é percebido como instrumento, ou seja, como autorização para que o gestor concentre sua atenção e seus recursos naquilo que realmente importa para a qualidade da contratação, em vez de dispersá-los em rituais que não agregam valor.

Essa distinção cultural não é apenas teórica. Ela se manifesta, concretamente, nas escolhas que os gestores públicos fazem diariamente. O gestor formado na cultura de conformidade tende a exigir o máximo de documentos de habilitação, a adotar os critérios de julgamento mais objetivos e menos sujeitos a questionamento, a evitar diálogos com o mercado e a solicitar pareceres para qualquer situação que fuja do roteiro previsto. O gestor formado na cultura de resultados tende a calibrar as exigências de habilitação em função dos riscos reais do objeto, a adotar critérios de julgamento que selecionem a proposta mais

adequada ao interesse público e a dialogar com potenciais fornecedores antes de definir o objeto, quando a complexidade técnica assim o exige.

A Lei nº 14.133/2021 foi elaborada para o segundo perfil de gestor. O diálogo competitivo pressupõe um gestor capaz de interagir tecnicamente com o mercado. O estudo técnico preliminar pressupõe um gestor capaz de analisar as alternativas disponíveis antes de fixar o objeto. A análise de riscos pressupõe um gestor capaz de antecipar as contingências que podem comprometer a execução contratual. Todos esses instrumentos demandam julgamento técnico substantivo e são, por isso, incompatíveis com o rigorismo formal que reduz a ação do administrador ao cumprimento de uma lista de etapas.

O problema é que grande parte da Administração Pública brasileira ainda está organizada para o primeiro perfil de gestor. As estruturas de treinamento, os mecanismos de avaliação de desempenho, os padrões de remuneração e, sobretudo, a cultura das carreiras ligadas às compras públicas ainda privilegiam o conhecimento dos ritos sobre o conhecimento dos resultados. Essa inércia cultural é um dos principais obstáculos à efetividade do formalismo moderado como instrumento de transição para o modelo gerencial.

6.4 O CONTROLE COMO ALIADO DA DESBUROCRATIZAÇÃO: CONDIÇÕES PARA UMA FISCALIZAÇÃO INTELIGENTE

Uma das razões pelas quais a desburocratização das compras públicas avança lentamente no Brasil é a relação de desconfiança que, historicamente, se estabeleceu entre os gestores públicos e os órgãos de controle. Essa desconfiança não é irracional: ela foi construída por décadas de atuação de tribunais de contas e do Ministério Público que, ao responsabilizar agentes públicos por irregularidades formais sem nenhuma evidência de dano ao erário ou de má-fé, induziram exatamente a postura defensiva que o formalismo moderado pretende superar.

A relação entre controle e eficiência nas contratações públicas não precisa, contudo, ser necessariamente antagônica. Uma fiscalização orientada por riscos, que concentra seus recursos nos processos de maior complexidade e valor, nas áreas de maior histórico de irregularidade e nas contratações com maior potencial de dano ao erário, é ao mesmo tempo mais eficiente e mais eficaz do que uma

fiscalização que verifica, uniformemente, a conformidade formal de todos os procedimentos, independentemente de seu objeto ou de seu valor.

Essa é, precisamente, a lógica que o Tribunal de Contas da União vem incorporando progressivamente em sua atuação. A evolução de uma postura de controle de legalidade estrita para uma postura de controle de resultados e de gestão de riscos não é simples nem linear, e a jurisprudência do TCU ainda exhibe tensões entre a tradição formalista e a orientação gerencial. Mas a direção geral é clara, e os acórdãos mais recentes do Plenário, examinados no capítulo anterior, demonstram que a Corte de Contas tem resistido à tentação de converter irregularidades formais irrelevantes em causas de nulidade de certames ou de responsabilização de gestores.

Para que o controle externo efetivamente funcione como aliado da desburocratização, é necessário que os órgãos de fiscalização adotem, de forma consistente, três parâmetros de avaliação. O primeiro é a materialidade: só deve ser objeto de impugnação ou de responsabilização a irregularidade que efetivamente compromete o interesse público tutelado pelo procedimento licitatório, como a isonomia, a competitividade, a economicidade ou a moralidade. Irregularidades formais que não afetam nenhum desses bens jurídicos não merecem a mesma atenção que aquelas que os comprometem. O segundo parâmetro é a proporcionalidade: a sanção aplicada deve ser proporcional à gravidade do desvio e ao dano efetivamente causado, não à mera distância entre o que foi feito e o que o edital previa. O terceiro parâmetro é a tolerância ao erro escusável: o gestor público que toma decisão de boa-fé, fundamentada em interpretação razoável da lei e orientada pelo interesse público, não pode ser equiparado ao que age com dolo ou negligência grave.

Esses três parâmetros, que a literatura do direito administrativo do medo vem propugnando há anos, encontram agora base normativa mais sólida no artigo 28 da LINDB e nos dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que circunscrevem a responsabilização dos agentes públicos. A questão que permanece é se essa base normativa será suficiente para produzir a mudança cultural necessária nos próprios órgãos de controle, mudança que, se não vier de dentro, dificilmente virá de fora.

6.5 DESBUROCRATIZAÇÃO, COMPETITIVIDADE E ACESSO DAS PEQUENAS EMPRESAS ÀS COMPRAS PÚBLICAS

Um dos efeitos mais concretos e menos discutidos da desburocratização das compras públicas é seu impacto sobre a competitividade dos certames. O excesso de exigências formais não penaliza igualmente todos os potenciais licitantes: ele penaliza, de forma desproporcional, as empresas de menor porte, que não dispõem das estruturas administrativas, dos departamentos jurídicos e das equipes dedicadas à elaboração de propostas que as grandes empresas mantêm exclusivamente para participar de licitações públicas.

Esse fenômeno tem sido amplamente documentado pela literatura de economia política das compras governamentais. Quando o custo de participação em um certame, medido não apenas em termos financeiros, mas em termos de tempo, de expertise técnica e de risco de inabilitação por falha documental, é muito elevado, as empresas de menor porte deixam de competir. Não o fazem porque careçam de capacidade técnica ou econômica para executar o objeto, mas porque o custo de participação é desproporcional ao valor esperado do contrato. O resultado é uma concentração progressiva das contratações públicas em um número reduzido de fornecedores de grande porte, com efeitos negativos sobre a concorrência, os preços e a inovação.

A Lei nº 14.133/2021, ao incorporar o formalismo moderado como princípio e ao simplificar o regime aplicável às contratações de menor valor, com a ampliação dos limites para dispensa de licitação e a criação do procedimento simplificado de compras, tentou endereçar esse problema. A Lei Complementar nº 123, de 2006, e suas modificações posteriores já tinham avançado nessa direção, ao estabelecer regras diferenciadas de habilitação e de empate ficto para microempresas e empresas de pequeno porte. A nova lei consolida e amplia esse movimento, reconhecendo que a desburocratização é também uma política de fomento à competitividade e ao acesso das pequenas empresas ao mercado governamental.

Esse aspecto da desburocratização costuma ser subestimado no debate jurídico, que tende a focar nos princípios e nos procedimentos sem examinar seus efeitos distributivos. Trata-se, porém, de aspecto fundamental para a compreensão do que o formalismo moderado significa na prática: uma exigência formal que, em abstrato, parece neutra pode, na prática, funcionar como barreira de entrada que favorece determinados fornecedores em detrimento de outros, não por desonestidade do gestor, mas pelo efeito estrutural das assimetrias de capacidade

administrativa entre empresas de diferentes portes. O formalismo moderado, ao permitir a sanção de irregularidades formais irrelevantes, é um instrumento de correção dessas assimetrias e, portanto, de ampliação da concorrência real nos certames públicos.

6.6 O HORIZONTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NAS COMPRAS: UMA SÍNTESE PROPOSITIVA

A análise desenvolvida ao longo deste capítulo permite formular, em caráter conclusivo, uma proposição central: a desburocratização das compras públicas é juridicamente legítima, administrativamente necessária e socialmente desejável, mas somente se concebida como racionalização dos controles, e não como sua eliminação.

Racionalizar os controles significa, concretamente, quatro coisas. A primeira consiste em concentrar as exigências formais onde elas têm função substantiva, isto é, na proteção da isonomia, da competitividade, da moralidade e da economicidade, e em eliminar ou simplificar aquelas que servem apenas à aparência de conformidade. A segunda consiste em orientar a avaliação dos procedimentos licitatórios pelo resultado alcançado, como a qualidade da contratação, o preço obtido e a execução satisfatória do objeto, e não apenas pela conformidade dos ritos. A terceira consiste em distribuir o ônus do controle de forma proporcional ao risco, concentrando a fiscalização nas contratações de maior valor, complexidade e potencial de irregularidade e aliviando o custo de conformidade nas contratações de menor risco. A quarta consiste em calibrar a responsabilização dos agentes públicos à gravidade efetiva de suas condutas, respondendo pelo dolo e pelo erro grosseiro, mas tolerando o erro escusável de quem age de boa-fé em direção ao interesse público.

Essas quatro operações descrevem, em conjunto, o que significa aplicar o formalismo moderado como princípio estruturante do procedimento licitatório e, por extensão, o que significa operar segundo a lógica do modelo gerencial nas compras públicas. Nenhuma delas é incompatível com o Estado de Direito, com a legalidade ou com a moralidade administrativa. Ao contrário: todas elas são expressão da juridicidade administrativa que, como examinado no capítulo 3, supera a legalidade

estrita para subordinar a Administração ao conjunto dos princípios constitucionais, entre os quais a eficiência e a proporcionalidade.

O projeto normativo da Lei nº 14.133/2021 aponta nessa direção. Suas limitações, como a proliferação de documentos na fase preparatória, a multiplicação de atores no processo e o risco de neoburocratização, não invalidam o projeto, mas indicam que a lei por si só não é suficiente. A transição para uma administração pública gerencial nas compras exige, além da norma, a construção de capacidades institucionais que a norma pode estimular, mas não pode substituir: a formação de gestores, a consolidação de uma cultura de resultados e a evolução de um controle externo que reconheça o espaço de apreciação legítima do administrador como condição da eficiência, e não como ameaça à integridade.

A desburocratização das compras públicas é, em última análise, um projeto político e cultural tanto quanto jurídico. E é exatamente por isso que o formalismo moderado, princípio que conecta a norma à prática, o procedimento ao resultado e o rito à finalidade, ocupa papel central nesse projeto: não como solução definitiva, mas como instrumento de uma transição que, para ser bem-sucedida, precisa ser ao mesmo tempo firme nos seus compromissos com a integridade e corajosa nos seus compromissos com a eficiência.

7 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA E PARECERES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE O FORMALISMO MODERADO

A construção jurisprudencial do formalismo moderado antecede em décadas sua positivação no art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021. Ao longo de mais de trinta anos, o Tribunal de Contas da União e os Tribunais de Contas estaduais foram, acórdão a acórdão, delimitando o que se pode exigir dos licitantes sem comprometer a finalidade do certame. Esse percurso atravessou quatro fases qualitativas distintas: construção gradual do princípio (1992-2014), consolidação de parâmetros (2015-2020), adaptação ao novo regime legal (2021-2023) e aprofundamento para situações antes não contempladas (2024-2025). A Figura 7, disposta na página seguinte, sintetiza essa trajetória e identifica os precedentes estruturantes de cada fase.

Linha Jurisprudencial — Formalismo Moderado nas Licitações Públicas Brasileiras

TCU · TCEs · STJ · 1992–2025

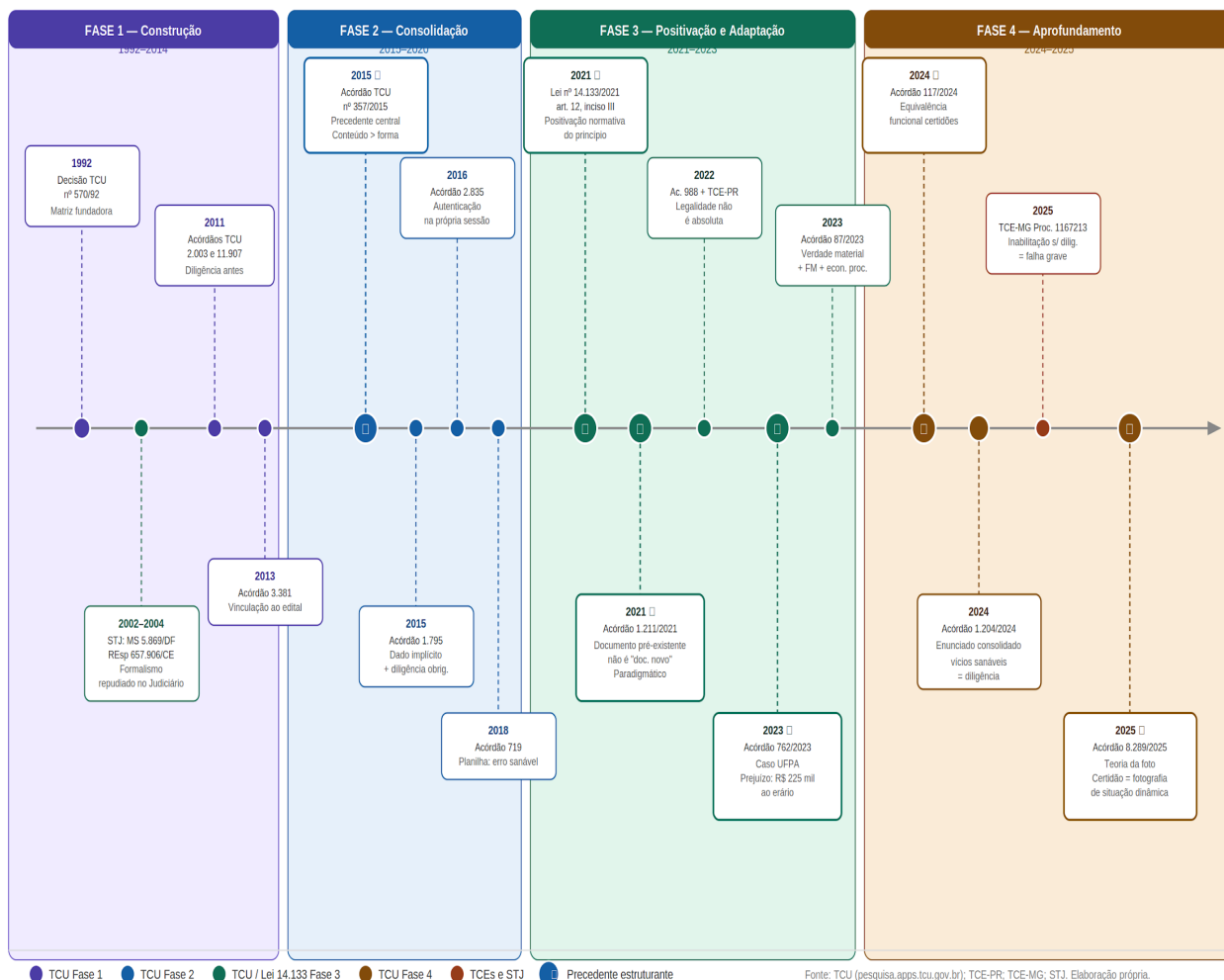


Figura 7 — Linha jurisprudencial do formalismo moderado nas licitações públicas brasileiras (1992–2025). Fonte: elaboração própria, com base em acórdãos do TCU, TCE-PR, TCE-MG e precedentes do STJ.

7.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: FASES DECISÓRIAS

7.1.1 Fase de construção (1992-2014)

O ponto de partida é a Decisão TCU nº 570/1992 do Plenário, que fixou a premissa fundadora de toda a jurisprudência subsequente: o princípio do procedimento formal não autoriza exigências inúteis, tampouco justifica a invalidação de procedimentos diante de omissões sem prejuízo ao certame. Naquele momento,

o enunciado era mais uma diretriz de bom senso do que um princípio sistematizado; faltava-lhe, ainda, o conjunto de casos concretos que lhe daria densidade normativa.

Essa densidade começou a ser construída quase duas décadas depois. Em 2011, o TCU julgou dois casos que, tomados em conjunto, revelam a dupla face do princípio em formação. No Acórdão nº 2.003/2011 do Plenário (Rel. Min. Nardes), o Tribunal reagiu a uma situação concreta: a inabilitação de licitante por equívoco na interpretação de declaração sobre trabalho de menores, sem que o pregoeiro tivesse promovido qualquer diligência para esclarecer a dúvida. O TCU reconheceu o excesso e responsabilizou os agentes envolvidos, sinalizando que a omissão em diligenciar tem custo. No mesmo ano, o Acórdão nº 11.907/2011 da Segunda Câmara foi além da reação ao caso e adotou postura prospectiva: recomendou a uma prefeitura que passasse a graduar, nos próprios editais, as exigências formais menos relevantes, prevendo medidas alternativas para seu descumprimento. Pela primeira vez, o princípio era invocado não para corrigir um erro passado, mas para redesenhar condutas futuras.

Fechando o ciclo desta fase, o Acórdão nº 3.381/2013 do Plenário enfrentou um argumento que costumava ser oposto ao formalismo moderado: o de que a vinculação ao edital seria norma absoluta, impermeável à ponderação. O TCU recusou essa leitura, afirmando que o princípio da vinculação está sujeito à ponderação com os demais princípios basilares da licitação, entre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. Com isso, encerrou-se a fase de construção com três pilares já firmados: a vedação ao rigor inútil, o dever de diligência e a relativização da vinculação formal ao edital.

7.1.2 Fase de consolidação (2015-2020)

Se a fase anterior estabeleceu os pilares, a de consolidação os transformou em padrão decisório estável. O marco é o Acórdão nº 357/2015 do Plenário, que se tornaria o precedente mais citado na jurisprudência do TCU sobre o tema. Em linguagem precisa e abrangente, o Tribunal fixou que falhas formais sanáveis não devem levar à desclassificação, devendo a Administração adotar formas simples e suficientes que promovam a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas as praxes essenciais à proteção dos administrados (BRASIL, TCU, Acórdão nº 357/2015, Plenário). A partir desse acórdão, o princípio deixou de ser

invocado apenas em situações-limite: passou a orientar o exame ordinário dos processos licitatórios.

Com o parâmetro central estabelecido, o TCU dedicou os anos seguintes a precisar seu alcance em situações específicas. O Acórdão nº 1.795/2015 (Rel. Min. José Múcio), julgado no mesmo ano, avançou sobre uma hipótese particular: a inabilitação de licitante quando a documentação entregue contém implicitamente a informação supostamente faltante, sem que a comissão tenha realizado qualquer diligência. A conclusão foi de que, nesses casos, a inabilitação configura formalismo exagerado com prejuízo à competitividade.

O passo seguinte veio com o Acórdão nº 2.835/2016 (Rel. Min. Zymler), que estendeu o raciocínio ao plano probatório: admitiu que a autenticação de cópias pode ser realizada pela própria comissão durante a sessão, dispensando a exigência prévia de autenticação em cartório. Esse precedente é relevante também por seu relator, que na doutrina manifestara reservas à extensão do princípio a procedimentos concorrenciais; ao decidir o caso concreto, porém, reconheceu que o rigorismo quanto à forma de autenticação não servia a nenhuma finalidade substantiva. Por fim, o Acórdão nº 719/2018 aplicou o mesmo raciocínio às propostas de preço, qualificando como erro formal sanável a composição de custo com salário inferior ao piso normativo da categoria, vedando a desclassificação imediata em hipótese que até então gerava controvérsia entre os gestores de licitações de serviços terceirizados.

7.1.3 Fase de positividade e adaptação (2021-2023)

A promulgação da Lei nº 14.133/2021 colocou o TCU diante de um novo desafio: adaptar a jurisprudência consolidada ao texto legal, que ao mesmo tempo positivava o princípio no art. 12, inciso III, e introduzia, no art. 64, uma vedação expressa à inclusão de novo documento após o prazo de habilitação. A questão era saber se essa vedação legal revertia o entendimento construído ao longo de anos ou se o princípio continuava a operar, agora com fundamento legal expresse.

A resposta veio com o Acórdão nº 1.211/2021 do Plenário (Rel. Min. Walton Alencar), que fixou o enunciado destinado a reger todos os casos subsequentes: a vedação do art. 64 não alcança o documento ausente comprobatório de condição atendida pelo licitante quando da apresentação da proposta, não juntado por

equivoco ou falha; esse documento deve ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro (Brasil, TCU, Acórdão nº 1.211/2021, Plenário). O critério decisivo, portanto, não é o momento da juntada, mas a preexistência da condição que o documento comprova. Com essa distinção, o TCU preservou a coerência de sua jurisprudência e conferiu ao art. 64 uma interpretação conforme o espírito do art. 12, inciso III.

A aplicação imediata desse enunciado confirmou sua amplitude. No Acórdão nº 2.443/2021, o TCU reconheceu a ilegalidade da inabilitação de licitante que apresentara Certidão de Acervo Técnico emitida 84 dias após a abertura da licitação, por referir-se a obra executada antes do certame. Pouco depois, no Acórdão nº 2.528/2021, estendeu o mesmo raciocínio à ausência de declaração de inexistência de nepotismo, documento que, por sua natureza, apenas atesta situação preexistente. Esses dois julgamentos demonstraram que o enunciado do Acórdão nº 1.211/2021 não era tese restrita a situações excepcionais, mas critério geral de aplicação do formalismo moderado na fase de habilitação.

A evolução prosseguiu em 2022, quando o Acórdão nº 988/2022 (Rel. Min. Anastasia) afastou inabilitação por ausência de atestado de visita técnica e declaração de concordância com o edital, reconhecendo explicitamente que o princípio da legalidade não é absoluto e que sua aplicação irrestrita, naquele caso concreto, operara contra o interesse público. Já em 2023, o Acórdão nº 87/2023 (Rel. Min. Zymler) invocou a tríade verdade material, formalismo moderado e economia processual para anular inabilitação indevida em pregão eletrônico, confirmando que o princípio opera de forma integrada com outros vetores do ordenamento administrativo, e não de forma isolada.

O caso que melhor ilustra o custo real do formalismo exacerbado nessa fase é o Acórdão nº 762/2023 do Plenário, relativo ao Pregão Eletrônico SRP nº 18/2021 da Universidade Federal do Pará, analisado por Oliveira (2024, p. 133-138). A licitante com o menor preço foi inabilitada por não ter inserido, além do assinalamento eletrônico da declaração, certidão comprobatória do percentual de pessoas com deficiência, muito embora o próprio pregoeiro detivesse certidão RAIS/CAGED confirmando o atendimento da exigência. Ao reverter a decisão, o TCU foi além da declaração de ilegalidade: quantificou o prejuízo ao erário em R\$ 225.142,98, valor correspondente à diferença entre o menor preço preterido e o valor efetivamente contratado. Esse dado numérico transforma o debate abstrato

sobre formalismo em argumento concreto: cada inabilitação indevida tem um custo que pode ser medido.

7.1.4 Fase de aprofundamento (2024-2025)

A quarta fase caracteriza-se não pela reiteração dos parâmetros já consolidados, mas pela extensão do princípio a situações que as formulações anteriores não haviam alcançado. O primeiro avanço substancial veio com o Acórdão nº 117/2024 (Rel. Min. Cedraz), que introduziu o critério da equivalência funcional: a certidão positiva com efeitos de negativa satisfaz materialmente a exigência de certidão negativa prevista no edital, pois ambas comprovam a mesma condição de regularidade fiscal (Brasil, TCU, Acórdão nº 117/2024, Plenário). Diferentemente dos precedentes anteriores, que se preocupavam com o momento e a forma da juntada do documento, este acórdão perguntou algo distinto: qual documento cumpre materialmente a exigência? A resposta desloca o foco do tipo documental prescrito no edital para a função que a exigência pretende cumprir.

Na esteira desse desenvolvimento, o Acórdão nº 138/2024 (Rel. Min. Vital do Rêgo) reafirmou a ilegalidade da exigência de capital social integralizado mínimo como condição de habilitação econômico-financeira, por não constituir indicador adequado da capacidade de execução do objeto. Embora não invoque expressamente o formalismo moderado, a lógica é a mesma: exigências sem função protetiva real são inadmissíveis. Em seguida, o Acórdão nº 1.204/2024 consolidou esse conjunto em enunciado de jurisprudência de ampla aplicação, declarando irregular a desclassificação de proposta por erros formais ou por vícios sanáveis mediante diligência, em face dos princípios do formalismo moderado e da seleção da proposta mais vantajosa (Brasil, TCU, Acórdão nº 1.204/2024, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo). Esse enunciado passou imediatamente a ser reproduzido em acórdãos subsequentes, como os de nos 476/2025 e 483/2025, ambos aplicados a casos de inabilitação por ausência de certidão de falência sem diligência prévia.

O desenvolvimento mais sofisticado desta fase, porém, é a teoria da foto, antecipada no Acórdão nº 523/2025 do Plenário e consolidada no Acórdão nº 8.289/2025 da Primeira Câmara. O TCU considerou formalismo exacerbado a inabilitação por Certificado de Regularidade do FGTS vencido por lapso temporal ínfimo, fundamentando que a certidão é essencialmente a fotografia de uma

situação de natureza dinâmica, pelas constantes alterações decorrentes de admissões e desligamentos, sendo necessário buscar mais evidências antes de inabilitar. Esse entendimento vai além dos critérios anteriores: não se trata mais apenas de verificar se o documento comprova condição preexistente ou se cumpre funcionalmente a exigência do edital. Trata-se de reconhecer que certas situações jurídicas são, por natureza, incompatíveis com a exigência de perfeição formal, porque a realidade que o documento retrata é mais fluida do que qualquer certidão consegue capturar com precisão fotográfica.

7.2 OS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS

7.2.1 TCE-PR: alinhamento e uso do poder cautelar

A jurisprudência do TCE-PR sobre formalismo moderado desenvolveu-se em paralelo à do TCU, com orientação consistentemente alinhada e, em alguns aspectos, antecipando parâmetros que o Tribunal federal viria a consolidar. O Acórdão nº 286/2022 do Plenário já adotava, ainda sob a Lei nº 8.666/1993, o critério do documento pré-existente, determinando a abertura de diligência em vez da desclassificação imediata. Seguindo essa linha, o Acórdão nº 3.409/2023 (Rel. Cons. Linhares) foi além ao permitir a complementação de documento de Inscrição de Empresário Individual referente a fatos anteriores à abertura do certame, aplicando o mesmo raciocínio do Acórdão TCU no 1.211/2021 ao plano estadual. O Acórdão nº 816/2025 (Rel. Cons. Bonilha) acrescentou uma dimensão processual relevante: o Tribunal deferiu medida cautelar de suspensão do pregão enquanto apurava inabilitação por ausência de certidão fiscal, consignando que as normas licitatórias devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa. O uso do poder cautelar como instrumento de preservação da competitividade enquanto se verifica a regularidade da inabilitação é, nesse sentido, uma das contribuições mais práticas da jurisprudência estadual ao tema.

7.2.2 TCE-MG: extensão ao âmbito municipal

A contribuição do TCE-MG está menos no volume de precedentes e mais na precisão com que um deles delimitou o alcance subjetivo do princípio. No Processo no 1167213 (Rel. Cons. Passareli, 2025), ao qualificar a inabilitação automática sem

diligência prévia como falha procedimental grave, o Tribunal afastou qualquer dúvida sobre a aplicabilidade do formalismo moderado aos entes municipais: o princípio não é prerrogativa da Administração federal, mas vincula todo gestor público que realize licitação sujeita ao controle dos Tribunais de Contas estaduais (MINAS GERAIS, TCE-MG, Processo no 1167213, 2025).

7.2.3 TCE-SP: rigor estruturante

O TCE-SP ocupa posição diferente no espectro: combina exigência técnica elevada com abertura à flexibilização motivada. É especialmente rigoroso quanto ao Estudo Técnico Preliminar, ao uso do Sistema de Registro de Preços e à escolha da modalidade licitatória, aspectos em que adota linha mais severa do que o TCU. Quanto ao formalismo moderado propriamente dito, no entanto, admite o saneamento de falhas formais irrelevantes desde que a flexibilização seja devidamente fundamentada e não comprometa a isonomia entre os licitantes. Essa postura é relevante para o equilíbrio sistêmico: ao exigir motivação robusta para a flexibilização, o TCE-SP impede que o princípio seja invocado como recurso retórico para suprir planejamento deficiente da Administração (São Paulo, TCE-SP, Boletim de Jurisprudência, 2024-2025).

7.3 ENUNCIADOS NORMATIVOS EXTRAÍDOS DA JURISPRUDÊNCIA

A sistematização dos precedentes analisados permite formular seis enunciados normativos com força orientadora para gestores, licitantes e órgãos de controle. Tais enunciados não consistem em mera reprodução de ementas; ao contrário, representam a síntese do padrão decisório subjacente aos julgados examinados. Em primeiro lugar, o Enunciado 1 (vedação à inabilitação por vício irrelevante) estabelece que a exclusão de licitante somente se legitima quando o vício formal comprometer a isonomia, a competitividade ou a capacidade de execução do contrato. Ausente esse impacto material, o defeito deve ser saneado mediante diligência, e não ensejar a exclusão do certame (TCU, Acórdãos nºs 357/2015, 1.795/2015, 1.217/2023 e 1.204/2024, todos do Plenário).

Na mesma linha interpretativa, o Enunciado 2 (documento pré-existente) dispõe que a vedação prevista no art. 64 da Lei nº 14.133/2021 não alcança

documento destinado a comprovar condição já atendida pelo licitante à época da apresentação da proposta, mas não juntado por equívoco. Nessas hipóteses, impõe-se ao pregoeiro a realização de diligência para sua apresentação (TCU, Acórdão nº 1.211/2021, Plenário).

De modo complementar, o Enunciado 3 (equivalência funcional) reconhece que a certidão positiva com efeitos de negativa satisfaz materialmente a exigência de certidão negativa, razão pela qual a inabilitação fundada exclusivamente na divergência formal entre espécies documentais configura afronta ao formalismo moderado (TCU, Acórdão nº 117/2024, Plenário, Rel. Min. Cedraz).

Sob perspectiva semelhante, o Enunciado 4 (teoria da foto) afirma que a certidão representa apenas a fotografia momentânea de uma situação jurídica dinâmica. Por isso, a inabilitação motivada por certidão vencida por lapso temporal ínfimo, sem prévia diligência administrativa, caracteriza formalismo exacerbado incompatível com a racionalidade da Lei nº 14.133/2021 (TCU, Acórdão nº 8.289/2025, Primeira Câmara; Acórdão nº 523/2025, Plenário).

Além disso, o Enunciado 5 (dever de motivação) determina que decisões de desclassificação, inabilitação ou julgamento de recursos devem conter fundamentação suficientemente detalhada para assegurar plena compreensão pelos interessados e viabilizar o controle administrativo e jurisdicional do ato (TCU, Acórdão nº 977/2024, Plenário, Rel. Min. Jorge Oliveira).

Por fim, o Enunciado 6 (presunção relativa de inexecutabilidade) consagra que o critério previsto no art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 estabelece presunção meramente relativa de inexecutabilidade, impondo-se a concessão de oportunidade para que o licitante demonstre a viabilidade de sua proposta antes da desclassificação definitiva (TCU, Acórdão nº 214/2025, Plenário, Rel. Min. Jhonatan de Jesus).

Enunciados normativos do formalismo moderado
Extraídos da jurisprudência do TCU — Lei nº 14.133/2021

- 1
Vedação à inabilitação por vício irrelevante
A exclusão de licitante só é legítima quando o vício formal comprometer a isonomia, a competitividade ou a capacidade de execução. Vícios sem esse efeito exigem diligência.
TCU – Acórdãos nº 357/2015, 1.795/2015, 1.217/2023 e 1.204/2024 – Plenário
- 2
Documento pré-existente
A vedação do art. 64 da Lei nº 14.133/2021 não alcança documento que comprova condição atendida na data da proposta e não juntado por equívoco. Deve ser solicitado pelo pregoeiro.
TCU – Acórdão nº 1.211/2021 – Plenário (Rel. Min. Walton Alencar)
- 3
Equivalência funcional
A certidão positiva com efeitos de negativa satisfaz materialmente a exigência de certidão negativa. Inabilitação pela diferença de espécie documental viola o formalismo moderado.
TCU – Acórdão nº 117/2024 – Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz)
- 4
Teoria da foto
A certidão é fotografia de uma situação dinâmica. Inabilitação por certidão vencida por lapso ínfimo, sem diligência prévia, configura formalismo exacerbado.
TCU – Acórdãos nº 8.289/2025 – 1ª Câmara; nº 523/2025 – Plenário
- 5
Dever de motivação
Decisões de desclassificação, inabilitação ou julgamento de recurso exigem motivação com nível de detalhamento suficiente para plena compreensão pelos interessados.
TCU – Acórdão nº 977/2024 – Plenário (Rel. Min. Jorge Oliveira)
- 6
Presunção relativa de inexecuibilidade
O critério do art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 gera presunção relativa. O licitante deve ter oportunidade de demonstrar exequibilidade antes da desclassificação.
TCU – Acórdão nº 214/2025 – Plenário (Rel. Min. Jhonatan de Jesus)

Todos os acórdãos são do Tribunal de Contas da União.
Formalismo moderado positivado no art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021.

7.4 O DEVER DE DILIGÊNCIA: DE FACULDADE A OBRIGAÇÃO

O art. 43, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/1993 previa a diligência como faculdade do agente público. A jurisprudência do TCU, construída caso a caso ao longo de mais de uma década, converteu-a em obrigação: quando há dúvida sanável sobre documentos de habilitação, a inabilitação sem diligência prévia não é

opção legítima, é ilegalidade. No Acórdão nº 1.924/2011 (Rel. Min. Carreiro), o TCU assentou que, havendo dúvida sobre o conteúdo do atestado, caberia ao gestor zeloso promover diligência para esclarecê-las, providência que não foi tomada, sendo indevida, portanto, a inabilitação da empresa (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1.924/2011, Plenário *apud* REIS, 2015). Essa formulação vai além de reconhecer a ilegalidade do ato: responsabiliza o gestor pela omissão em diligenciar. O art. 64 da Lei nº 14.133/2021 codificou esse entendimento, e a jurisprudência posterior estendeu seu alcance à solicitação de documentos que comprovem condições pré-existentes não juntados por equívoco. O TCE-MG, no Processo no 1167213, deu o passo seguinte ao conferir a essa omissão a qualificação de falha procedimental grave, com potencial de responsabilização dos agentes envolvidos, não apenas a anulação do ato.

7.5 TENSÃO COM O PODER JUDICIÁRIO

A jurisprudência dos Tribunais de Contas sobre formalismo moderado é internamente coerente e consolidada, mas não vincula o Poder Judiciário, o que gera insegurança relevante para o gestor que age conforme as orientações do controle externo. O caso mais ilustrativo dessa tensão ocorreu quando TCU e TRF da 2ª Região decidiram de forma diametralmente oposta sobre a mesma inabilitação: o TCU, no Acórdão nº 966/2022 (Rel. Min. Zymler), determinou sua anulação por afronta ao formalismo moderado; o TRF-2, no processo 5016101-23.2021.4.02.5101, considerou-a regular em decisão que transitou em julgado. Levado ao STF por mandado de segurança, o conflito resultou em decisão monocrática que reconheceu a prevalência da decisão judicial. Em sentido semelhante, o TJMG reverteu, em remessa necessária julgada em 15 de dezembro de 2022, decisão administrativa que admitira a juntada posterior de certidões, reconhecendo violação ao princípio da isonomia (Brasil, TJMG, Remessa Necessária-Cv no 10000221623960001 MG *apud* 11E Licitações, 2024).

A divergência não é apenas de resultado: reflete concepções estruturalmente distintas de isonomia. Para parte do Judiciário, ela exige igualdade procedimental, inclusive quanto aos prazos de juntada de documentos. Para o TCU, ela exige igualdade substantiva quanto às condições de habilitação: o que viola a isonomia é admitir um licitante sem as condições exigidas, não a juntada posterior de

documento que comprova condição que já existia para todos os concorrentes. Nenhuma das duas concepções é evidentemente errada; são leituras distintas do mesmo princípio. Por isso, a positivação do formalismo moderado no art. 12, inciso III, da NLLCA tem potencial concreto de reduzir essa tensão: ao converter a orientação jurisprudencial em norma legal expressa, dota o gestor de fundamento normativo mais sólido e transforma eventual divergência judicial em questão de interpretação da lei, terreno consideravelmente mais favorável ao administrador que agiu conforme o texto normativo.

7.6 O PRINCÍPIO NOS ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS

A recepção do formalismo moderado não se limitou ao plano jurisprudencial. A IN Seges/ME no 73/2022 (art. 41) prevê expressamente que defeitos formais das propostas podem ser sanados pelo agente de contratação em conformidade com o art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, integrando o princípio ao sistema regulamentar federal com eficácia operacional imediata. Complementarmente, o Parecer AGU no 00017/2024 reconheceu a discricionariedade técnica da Administração para graduar as exigências de habilitação econômico-financeira conforme a proporcionalidade e a razoabilidade, leitura coerente com a lógica do princípio: a lei estabelece o teto das exigências possíveis, mas o gestor deve calibrar sua aplicação segundo a finalidade concreta do certame.

8 SEGURANÇA JURÍDICA, EFICIÊNCIA E LIMITES CONSTITUCIONAIS DO FORMALISMO MODERADO

A análise desenvolvida nos capítulos anteriores, especialmente no exame do tópico 5.6, evidenciou que o rigor procedimental excessivo, longe de impedir a corrupção, em diversos contextos serviu-lhe de instrumento, na medida em que agentes públicos e privados aprenderam a operar dentro das formas do certame para fraudar-lhe o conteúdo. Convém, neste capítulo, deslocar o foco da diagnose para a prescrição: enfrentar a tensão entre os fundamentos constitucionais que tornam o formalismo moderado legítimo, sobretudo a segurança jurídica e a eficiência administrativa, e os limites também constitucionais que impedem que sua aplicação degenere em arbítrio. Trata-se, em outras palavras, de demarcar o espaço de flexibilização autorizado pela ordem jurídica e de fixar as fronteiras intransponíveis para além das quais a flexibilização deixa de ser principiológica e se converte em violação da legalidade.

O novo papel do controle externo sinalizado pela jurisprudência do TCU e pelo art. 12, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 é distinguir entre o vício que compromete a substância do certame e o vício que compromete apenas o papel que o documenta. Essa distinção não é subjetiva: é funcional, fundada na pergunta objetiva sobre se o vício prejudicou a isonomia, a competitividade ou a capacidade de execução do objeto. Onde a resposta é negativa, a exclusão do licitante viola o princípio, não o aplica.

8.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE DOS CRITÉRIOS, NÃO DAS FORMAS

A segurança jurídica que o regime licitatório deve assegurar não é a do ato perfeito em sua forma, mas a da previsibilidade dos critérios com que as exigências são avaliadas. Um sistema que ora exclui licitantes por determinado vício, ora os aceita, sem critério discernível entre os casos, gera mais insegurança do que aquele que flexibiliza motivadamente. O formalismo moderado, ao exigir que cada exclusão seja fundamentada na função protetiva que a exigência cumpre, produz mais segurança jurídica do que o rigorismo que pretende substituir: torna previsível não a forma do documento, mas o critério de relevância do vício.

A divergência entre Tribunais de Contas e Poder Judiciário documentada no capítulo anterior, nos casos TCU versus TRF-2 e TJMG, revela precisamente esse ponto. Não há insegurança porque o TCU flexibiliza formas; há insegurança porque instâncias distintas aplicam critérios distintos para a mesma situação. A posituação do formalismo moderado no art. 12, inciso III, da NLLCA tem potencial de reduzir essa tensão ao converter a orientação jurisprudencial em norma legal expressa que vincula todas as instâncias.

CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133/2021 não resolveu a tensão entre legalidade estrita e formalismo moderado suprimindo um dos polos. Resolveu distribuindo-os em planos distintos: a legalidade define o perímetro do que é exigível, o formalismo moderado orienta como essas exigências devem ser aplicadas dentro desse perímetro. O princípio não autoriza a contratação de empresa inabilitada ou em situação irregular. Autoriza a não exclusão de empresa que está habilitada e em situação regular, mas cujo documento comprobatório apresenta vício formal que não compromete essa verificação. A diferença é entre o conteúdo da exigência e a forma do documento que o comprova.

A jurisprudência de 2024 e 2025 do TCU representa o grau mais avançado desse raciocínio. O Acórdão nº 117/2024 do Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz) introduziu a equivalência funcional de certidões: a certidão positiva com efeitos de negativa satisfaz materialmente a exigência de certidão negativa porque cumpre a mesma função protetiva (Brasil, TCU, Acórdão nº 117/2024, Plenário). O Acórdão nº 8.289/2025 da Primeira Câmara consolidou a teoria da foto: a certidão é a fotografia de uma situação dinâmica, e sua imperfeição formal por lapso temporal ínfimo não pode justificar a exclusão do licitante sem prévia diligência (Brasil, TCU, Acórdão nº 8.289/2025, Primeira Câmara). Em ambos, a pergunta deslocou-se do tipo documental apresentado para a condição substantiva que ele comprova.

A segurança jurídica, nesse quadro, não é ameaçada pelo formalismo moderado: é por ele reafirmada. O que ameaça a segurança jurídica é a imprevisibilidade dos critérios de exclusão, não a exigência de que esses critérios sejam fundamentados na função protetiva que cada forma cumpre. Um regime licitatório que exclui licitantes sem demonstrar que o vício formal comprometeu a isonomia, a competitividade ou a capacidade de execução não é mais seguro: é mais opaco, mais suscetível à manipulação e mais distante do interesse público que a Constituição Federal incumbiu as contratações públicas de realizar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Paula Gross. A história da licitação no Brasil. **Revista da CGE**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 525-535, 2017.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2022/01/licitacoes_contratos_administrativos_teorja_jurisprudencia_4ed.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. Especial, p. 203-224, 2018.

BORGES, Maria Cecília Mendes. **Licitação**: instrumento de realização dos princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 2.926**, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Rio de Janeiro, 1862.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993.

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, modalidade de licitação denominada pregão. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 570/1992**. Plenário. Brasília, 1992.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.003/2011**. Plenário. Relator: Min. Nardes. Brasília, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 11.907/2011**. Segunda Câmara. Brasília, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 357/2015**. Plenário. Brasília, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.795/2015**. Plenário. Relator: Min. José Múcio. Brasília, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.835/2016**. Plenário. Relator: Min. Zymler. Brasília, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 719/2018**. Plenário. Brasília, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.211/2021**. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar. Brasília, 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 762/2023**. Plenário. Brasília, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 117/2024**. Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 977/2024**. Plenário. Relator: Min. Jorge Oliveira. Brasília, 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.204/2024**. Plenário. Relator: Min. Vital do Rêgo. Brasília, 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 8.289/2025**. Primeira Câmara. Brasília, 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., ampl. e atual. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2014/07/licitaes%20e%20contratos%20-%20orientaes%20e%20jurisprudncia%20do%20tcu.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. Brasília: TCU, 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 1-28, 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

CINTRA, André Gomes; FEDEL, Henrique. A administração pública brasileira: do patrimonialismo ao gerencialismo. **Revista de Administração e Negócios da Amazônia**, Porto Velho, v. 11, n. 2, p. 53-67, 2019.

CYRINO, André. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada do direito administrativo econômico brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. O agente público e o “apagão das canetas”: o medo de decidir. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 5 maio 2025.

GAETANI, Francisco. O recorrente apelo da reforma administrativa no Brasil: uma breve comparação. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 4, n. 4, p. 5-22, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes. **O medo como fator de imobilismo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASSON, Cleber. **Crimes em licitações e contratos**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Método, 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2017.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Processo nº 1167213**. Relator: Cons. Passareli. Belo Horizonte, 2025.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81335/147445.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 137, p. 7-31, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Henrique Cunha de. **O formalismo moderado na Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

QUEIROZ DA SILVA, Pedro Arthur de. **Formalismo moderado nas licitações: teoria e prática à luz da Lei nº 14.133/2021**. Curitiba: Zênite, 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

REIS, Luciano Elias. O formalismo moderado e o princípio do procedimento formal nas licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 14, n. 159, p. 45-58, 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Boletim de Jurisprudência 2024-2025**. São Paulo: TCE-SP, 2025.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 84, p. 46-63, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 10.404/RS**. Relator: Min. José Delgado. Brasília: STJ, 1999.

TCE-MG. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Lei nº 14.133/2021**: pareceres de consulta nos 4 anos de vigência da Lei. Estudo Temático. Belo Horizonte: TCEMG, Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, ago. 2025. Disponível em: https://www.tce.mg.gov.br/IMG/Estudo_Tematico_Agosto_2025____II.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1999. 2 v.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1964.

ZHU QIANWEI. **Burocracia e desburocratização**: sociologia, problemas e práticas, Lisboa, n. 62, p. 1117-1129, 2010.