

Título : O PODER-DEVER DE DILIGÊNCIA E DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO  
Autor : Giovanna Gabriela do Vale Vasconcelos

## O PODER-DEVER DE DILIGÊNCIA E DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

### GIOVANNA GABRIELA DO VALE VASCONCELOS

Analista judiciário-área judiciária, presidente da comissão permanente de licitação. Especialista em Ordem jurídica e Ministério Público-FESMPDFT, Pós-graduada em direito privado pelo IDP e MBA em direito econômico e das empresas pela FGV.

A licitação não é um fim em si mesmo, constituindo-se rito procedimental para o cumprimento da miríade de princípios administrativos afetos ao regime jurídico das contratações públicas, com o intuito de se promover a garantia constitucional da licitação, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição. Assim, preconiza o referido dispositivo constitucional:

Art. 37, CF

(...)

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

A Lei nº 14.133/2021, representando um novo regime de licitações e contratos, não só reverbera um novo paradigma de funcionalidade da licitação, mas também reforça a lição categórica do professor Adilson Dallari de que “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”<sup>1</sup>.

Eis que o novo regime de licitações e contratos e a respectiva plêiade dinâmica dos princípios licitatórios está em compasso com a pedra angular do ensinamento do mencionado administrativista. Destaca-se o contido no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021:

Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O novel principiológico alinha-se com a **teologia e teleologia** de temas de gestão pública e governança, a propósito da abordagem do controle das contratações. Nesse sentido, transcrevemos o artigo 11 da Lei nº 14.133/2021 o qual enuncia os objetivos da licitação:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela **governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo**, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e **promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações**. (Grifo nosso.)

Assim, reconhece-se a cosmovisão diferenciada da Lei nº 14.133/2021, por ter o legislador ressaltado o ideário da governança e da gestão pública ao preconizar o conceito de linhas de defesa no controle das contratações. Nesse contexto, eis também o artigo 169:

Artigo 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas **medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas**. (grifo nosso)

Essa perspectiva normativa reforça o poder judicante do pregoeiro e do agente de contratação na medida em que no exercício de sua atribuição tem o poder-dever de observar o alcance dos objetivos da licitação.

Assim, para assegurar a “preservação da justa competição”, cabe-lhe, promover a efetividade da seleção da proposta mais vantajosa, superando-se vício de julgamento sanável, sob pena de macular o procedimento com formalismo exacerbado.

Reiteramos a lição do professor Dallari, de que licitação não é um concurso de destreza, mas ideário para o alcance de interesse público, justa competição no sentido material e a busca de proposta mais vantajosa.

A formalidade do processo licitatório jamais pode ser a formalidade sem substancialidade, mecanizada, sem finalidade e propósito, para prestigiar o mero formalismo, como se o procedimento licitatório tivesse uma fórmula sagrada e inquebrantável. O procedimento deve assegurar a justa competição tanto do ponto de vista formal quanto material.

Com efeito, a estrela-guia constitui-se no paradigma do interesse público, a ser avaliado no caso concreto, afastando-se sofismas e influxos inadequados do processo licitatório. O procedimento constitui-se formalmente estruturado, para se evitar surpresas em seu rito, mas essa perspectiva formal não pode macular os objetivos da licitação.

Nesse sentido, deve-se avaliar o núcleo central do princípio do interesse público e a legitimidade do ato administrativo para o alcance dos objetivos licitatórios. Deve haver congruência na atuação da função pública de modo que o agir do pregoeiro e do agente de contratação dever ser fundamentado na razoabilidade e proporcionalidade.

A alegação de interesse público, conceito jurídico indeterminado, não pode alicerçar decisão

cunhada de abuso de poder ou de ilegalidade, pelo contrário, deve estar plenamente motivada, de forma circunstanciada e transparente.

Na lição do advogado Joel de Menezes Niebuhr <sup>2</sup>:

O interesse público remete a conceito jurídico indeterminado, porque não se consegue com o conceito identificar de forma objetiva o que lhe corresponde ou não. A expressão traz consigo uma relatividade, uma vagueza, uma boa dose de subjetividade que não se consegue e não se deve afastar.

Logo, o interesse público remete a conceito que é aberto e dinâmico, que evolui ao passo da sociedade e de seus valores, sempre vinculado, a qualquer tempo, ressalva-se, aos valores plasmados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal, que formam uma espécie de substrato mínimo a que os poderes constituídos e todos os agentes públicos se encontram vinculados.

Deve haver, portanto, razoabilidade em eventual correção de julgamento tanto na fase de classificação de propostas quanto na fase de habilitação para se assegurar os objetivos da licitação. Assim, os mecanismos de controle têm o condão de evitar o excesso de poder e a inadequação da decisão por descompasso com a concreção dos objetivos da licitação.

Nesse contexto, reforça-se também a reflexão acerca da faculdade de se utilizar a **diligência**, por ser instrumento efetivo de *compliance* das aquisições e contratações públicas, inclusive, em razão do que preceitua o artigo 64 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá **sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.**

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Não há se falar em violação à justa competição quando necessário reconhecer um equívoco de julgamento, devidamente motivado, por falha ainda que tenha concorrido o próprio licitante, mas perfeitamente sanável, ao considerar a possibilidade de juntada de documentação complementar.

Antes do interesse dos licitantes, há o interesse público e a vantajosidade da oferta, observada a igualdade de participação e a posição jurídica do licitante detentor da melhor oferta.

A propósito, na operacionalização do novo regime jurídico de licitações e contratos, o portal governamental [www.gov.br/compras](http://www.gov.br/compras) prestigia o conteúdo em detrimento à forma do procedimento.

Na nova modelagem do sistema eletrônico, não se exige o cadastramento prévio de proposta de preços e documentos de habilitação de todos os participantes, exceto quando houver inversão da fase de habilitação anterior à fase de classificação das propostas de preços.

A atuação legítima do pregoeiro e do agente de contratação deve promover a juridicidade do feito licitatório e, isso significa, compreender que o ideário do interesse público deve estar alinhado perfeitamente ao princípio da boa-fé objetiva e da proteção de confiança, na busca da proposta mais vantajosa e no cumprimento dos objetivos da licitação.

Oportuno, assim, destacar o princípio da motivação previsto na Lei nº 9.874/1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões

Desse modo, a partir de uma análise documental incompleta, cabe ao pregoeiro e agente de contratação sanear o feito, quando não se tratar de vício insanável ao considerar a lógica-jurídica do julgamento a ser proferido.

O artigo 59 da Lei nº 14.133/2021 preconiza:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A modelagem do princípio do formalismo moderado na nova Lei perpetua a discricionariedade e dinamicidade, mas o que não se pode deixar de ter em mente são o interesse público e os objetivos da licitação.

A ambiguidade do que é ou não vício sanável e vício insanável continua campo emblemático para o pregoeiro e agente de contratação, em razão da multiplicidade de interpretações, assim como do perfil burocrata, legalista ou tecnocrata do agente público. É preciso ter em mente a eficiência e eficácia do processo de licitação na tomada de decisão.

Nesse contexto, em fase de julgamento, a alegação de preclusão temporal não pode ser absoluta. Deve ser avaliada de forma a promover um processo racional e funcional.

O poder-dever de diligência deve ser invocado de forma legítima e motivada em favor da supremacia do interesse público sobre o privado, de modo que se deve buscar a verdade material para a tomada de decisões legítimas nos processos licitatórios.

Não se deve jamais permitir um processo licitatório meramente formal, inclusive sob pena de responsabilidade do pregoeiro e do agente de contratação por um erro grosseiro por ocasião do seu poder judicante. Na dinamicidade de licitações eletrônicas, o procedimento deve ser ainda mais dialógico e assim promover o devido processo legal substancial.

Assim, por ser medida de bom senso ao fundamento do princípio do formalismo moderado, ainda mais para se reconhecer vício de julgamento passível de reavaliação, a realização de diligência deve ser promovida.

De fato, constitui mecanismo legítimo de modo que a simples invocação da preclusão temporal não pode ser absoluta, por se possível o alcance de anulação do ato de julgamento então proferido.

Nos casos concretos, deve-se antever de forma contextualizada o potencial prejuízo aos demais licitantes ponderando-se a finalidade do ato praticado no curso do procedimento licitatório.

É preciso sopesar a compreensão da justa competição sob o aspecto apenas meramente formal caso haja rompimento da supremacia do interesse público sobre o privado com impacto negativo ao

erário.

Ao permitir a revisão de julgamento e juntada de documentação preexistente, igual tratamento deve ser oportunizado para todos os demais licitantes, na situação de igual hipótese.

Não se pode compreender o processo de licitação como feito hermético, sem dialética, mas com dinamicidade, mas sim, a clarividência do devido processo administrativo substancial, a iluminar-se com proporcionalidade e razoabilidade o *iter* procedimental.

Com efeito, importante avaliar a perspectiva do interesse público para a efetividade da justa competição e da busca de preços vantajosas nas licitações e contratações públicas.

Nesse contexto, destacamos também os artigos 53 e 55 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

No regime de licitações e contratos, a preclusão temporal pode e deve relativizada nos casos concretos, em razão do limite de preclusão administrativa nos termos da Súmula 473, do STF. Desse modo, reforça-se a importância do princípio do formalismo moderado na perspectiva dos objetivos da licitação para o alcance efetivo do próprio interesse público.

Com efeito, evita-se de forma desnecessária acionamento dos órgãos de controle e do Poder Judiciário, com a correta e adequada compreensão da referida súmula a qual preconiza:

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

De fato, constitui-se importante a aplicabilidade do princípio da autotutela e da segurança jurídica na fase externa da licitação, de modo que, com essa prática, busca-se a estabilização dos feitos de forma antecipada, além de efetivos atos de controles de forma preventiva.

Desse modo, minimiza-se, de forma racional, eventuais questionamentos judiciais a estimular a necessidade, inclusive, de interposição de mandado de segurança, representação perante órgãos de controle e acionamentos internos perante os órgãos de ouvidoria.

Importante observar o devido processo legal substancial e a razoável duração do processo, o que significa também resposta em tempo próprio aos administrados acerca do seu direito de petição e do processamento de recursos administrativos, nos termos do artigo 48 e 49 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Nesse contexto, o ferramental do **poder-dever de diligência** ganha magnitude ainda mais no curso dos procedimentos de modo a se firmar a premissa do interesse público e do devido processo legal substancial.

Reitera-se que a **diligência** constitui meio legítimo de que se vale o pregoeiro e o agente de contratação para o exercício de seu poder judicante o qual se constitui direito subjetivo para, inclusive, promover eventual reconsideração e retratação de atos de julgamento.

Destaca-se que somente **reconsidera quem julga**. Ainda que subsidiado pela manifestação técnica, a atuação do pregoeiro e do agente de contratação não pode engessada. Ademais, sua

responsabilidade é individual, como autoridade decisória no curso do processo de licitação. Nesse contexto, rememorar-se também que há vedação de decisão coordenada das instâncias decisórias no âmbito das licitações.

Sobre o tema de diligência, destaca-se a reflexão jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.211/2021 <sup>3</sup> acerca de uma melhor prática:

“Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.”

A propósito, oportuna a reflexão e crítica do professor Joel de Menezes Niebuhr <sup>4</sup> ao avaliar que:

Em que pesem as críticas, o Acórdão n. 1.211/2021 externa a orientação do Tribunal de Contas da União sobre o assunto, que é cada vez mais flexível. Sem levar em conta a legalidade, a orientação é vantajosa para o interesse público, de modo que a Administração não afaste licitante que de fato cumpre os requisitos exigidos no edital. O problema e a razão da crítica são a legalidade, que não andou no mesmo passo e que não poderia ser desprezada ou distorcida como malgrado foi. Certo ou errado, o entendimento do Tribunal de Contas da União, especialmente, é o que deve prevalecer perante a Administração Pública, especialmente, no âmbito federal, diante da sua posição de protagonismo perante os órgãos de controle.

De fato, exsurge a necessária ponderação da plêiade de princípios licitatórios e a relevância do **poder-dever de diligência e do princípio do formalismo moderado**, o qual passa necessariamente pela compreensão de dois pilares:

#### I - O PODER JUDICANTE DO PREGOEIRO E DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO

O ato de julgar deve pautar-se na regularidade do processo licitatório, com devido processo legal administrativo tanto do ponto de vista formal e material.

Nesse contexto, não se pode olvidar o enunciado da Súmula nº 473 STF que impõe à Administração a qualquer tempo, a revisão de seus julgados no âmbito administrativo.

Além disso, não cabe decisão coordenada no âmbito das licitações e contratos, de modo que se deve-se atentar a Lei nº 9.874/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal e assim preservar o poder judicante do pregoeiro e agente de contratação.

Com efeito, a diligência, poder-dever legítimo do pregoeiro e agente de contratação, não pode ser cunhada de máxima preclusão temporal, como no direito processual.

Certo que os direitos dos licitantes devem ser compreendidos com lógica-jurídica em razão do ideário do interesse público. Não se pode deixar de observar o princípio da boa-fé objetiva dos licitantes e a adequada gestão pública.

Na hipótese de reconhecimento de um vício de julgamento, constitui-se totalmente legítimo, afinal, a licitação, nas palavras do professor Adilson Dallari não é um jogo de destreza ou uma avaliação de *performance*, o que importa são a compreensão dos princípios e objetivos da licitação.

O doutor em Administração Renato Fenili <sup>5</sup> reflete sobre a importância da conformidade da administração dos interesses públicos, qual seja, os mecanismos de *accountability*, sob pena de

comprometer a informação, transparência, explicação, justificação e, sob pena de se impor sanção e coerção, punição pelos órgãos de controle e, inclusive, pela sociedade e imprensa e, assim, afirma que:

“Primeiramente, o que determina se o sujeito está ou não submetido à necessidade de prestar contas de seus atos é o fato de administrar interesses públicos. Outro aspecto diz respeito à sanção: se for apurado abuso de poder ou desvio de finalidade, haverá aplicação de penalidade.”

Não se pode olvidar a importância da hierarquia funcional da atividade do pregoeiro e agente de contratação para a existência de um processo licitatório justo e transparente, sem apegos desnecessários ao princípio de formalismo demasiado e com desvio de finalidade.

Busca-se a observância dos princípios da licitação e dos objetivos da licitação, inclusive, em razão da formatação de procedimentos eletrônicos e, não mais, por meio de procedimentos na forma presencial.

Não há dúvidas, acerca da relevância de se afastar o burocratismo e, assim firmar, a relevância do poder-dever de diligência e aplicação do princípio do formalismo moderado em razão dos seguintes aspectos:

a) a importância da *performance* do processo de licitação para a governança e gestão das aquisições e contratações públicas;

b) o cotejo entre o custo de transação do formalismo demasiado a comprometer a racionalidade e a transparência para alcance do interesse público;

c) os constructos do exercício legítimo de atos de controle e gestão inerentes à atividade do pregoeiro e agente de contratação em razão da gestão por competências e da compreensão da responsabilidade e da governança corporativa.

## II - OS LIMITES DE PRECLUSÃO TEMPORAL PARA A COMPREENSÃO DA FACULDADE E DO PODER-DEVER DE DILIGÊNCIA

A relevância da atividade pública exercida pelo pregoeiro e agente de contratação exponencia-se com os novos contornos delineados com as premissas da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB, em razão dos *standards* de erro grosseiro e da análise das consequências práticas da decisão do seu ato de julgar.

Imperioso destacar os artigos 20, 21 e 28 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro

O que se coloca em xeque na atuação do pregoeiro e agente de contratação refere-se à dicotomia diária entre juridicidade-eficiência-competividade-economicidade x legalidade-eficácia -isonomia-vinculação ao edital.

Portanto, essencial a chave hermenêutica do poder dever de autotutela e da pedra angular do interesse público na concreção dos objetivos da licitação, os quais se concretizam pelo instrumental do poder dever de diligência e do correto manejo do princípio do formalismo moderado.

A propósito, a compreensão acima pode ser deduzida da Lei nº 9.874/1999 ao abordar o poder dever de ofício da Administração no controle de seus atos. A propósito:

Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

(...)

**§ 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.** (grifo nosso)

Com efeito, deve-se avaliar o interesse público de um processo licitatório. Isso significa verificar a regularidade do procedimento em seu o aspecto material e, portanto, a própria funcionalidade do certame. Por seu turno, observa-se, assim, o núcleo essencial da garantia constitucional da licitação e a segurança jurídica dos procedimentos licitatórios.

Factível a possibilidade de revisão de julgamento quando se tratar de ilegalidade sanável durante a fase externa de julgamento. A análise quanto à preclusão temporal não pode ser hermética, engessada e sem criticidade da racionalidade quanto à revisão do ato proferido.

Importante frisar que a atuação do pregoeiro e agente de contratação não pode pautar-se em decisão contrária ao bom senso, sob pena de se configurar prejuízo aos objetivos da licitação e aos interesses e direitos dos próprios licitantes, em participar de um procedimento justo e transparente. Certo que o procedimento licitatório tem que ser funcional à medida que observa os princípios e objetivos licitatórios.

Não há fórmulas prontas, e sem desrespeitar regras e normativos constitui-se perfeitamente possível à Administração renovar a fase de diligência quando o julgamento proferido não foi acurado.

Por conseguinte, revolve-se a fase de julgamento para se promover correção de análise, em razão da possibilidade fática quanto à completude em relação a elemento faltante e implícito, cuja ausência não se trata de vício insanável. Assim, o pregoeiro e agente de contratação exercerá com maestria e bom senso suas atividades para a efetividade da supremacia do interesse público.

A propósito, o administrativista Marçal Justen Filho <sup>6</sup> reflete:

“O laconismo da disciplina legal quanto à realização de diligências não implica existir autonomia da Administração para determinar a sua ocorrência segundo critério de conveniência e oportunidade. A realização da diligência é um dever da Administração e se configura como um direito do particular.

Assim, se passa porque a preservação da participação do licitante atende ao interesse da Administração, tanto quanto assegura a competição mais ampla entre os particulares.”

Destaca-se que na fase de adjudicação e homologação dos feitos licitatórios, factível o poder dever de revisão da fase externa da licitação para correção de eventuais irregularidades e superação de vícios sanáveis. Evidencia-se, assim, ainda que de forma oblíqua, a importância do poder judicante do pregoeiro e a legitimidade de suas atribuições. Eis o artigo 71 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - **determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades** (grifo nosso);

De fato, busca-se a verdade real no julgamento proferido pelo pregoeiro e agente de contratação, privilegiando não só as regras editalícias e o formalismo mínimo necessário, mas o objeto do certame e os princípios da isonomia e da competitividade.

Em linha de conclusão, certo a reflexão sobre as seguintes premissas:

a) a dimensão da importância e da consequência do documento complementar, mesmo se natureza meramente formal ou material, no constructo da lógica jurídica do julgamento a ser proferido;



b) não somente o potencial prejuízo aos demais licitantes, mas o prejuízo efetivo, asseverado ao prejuízo sobressalente ao erário;

c) análise acerca da finalidade do procedimento licitatório e do dever de probidade administrativa.

Com efeito, o poder-dever do pregoeiro e agente de contratação deve refletir as seguintes premissas:

(1) ações e resultados legais e éticos para a promoção da garantia constitucional da licitação;

(2) boas práticas e processos de trabalho delineados, transparentes e com seu *iter* procedimental fundamentado e legítimo;

(3) empoderamento da atuação administrativa e seu poder-dever, de modo a ter a macrovisão entre juridicidade, *compliance* e gestão de riscos e, por conseguinte,

(4) a internalização do que denominamos de princípio da funcionalidade da licitação.

Não se pode deixar de afirmar que o pregoeiro e agente de contratação deve exercer seu poder dever judicante e sua posição jurídica para o êxito dos feitos licitatórios com o correto manejo da plêiade de princípios licitatórios e com a cosmovisão das dimensões de sustentabilidades jurídica, econômica, social, ambiental e cultural.

Nesse contexto, deve compreender acerca da conformidade e de integridade dos procedimentos licitatórios, com transparência, gestão pública e racionalidade dos gastos do erário, de modo a evidenciar o que denominamos de princípio da funcionalidade da licitação.

A **expertise da atividade pública do pregoeiro e do agente de contratação** impõe visão gerencial, administrativa e jurídica, de modo que a excelência de sua de atuação deve ser proativa com domínio do processo de trabalho pautado pela ética, profissionalismo e qualificação para o exercício dessa importante atividade pública.

## BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

DALLARI, Adilson. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FENILI, Renato. Governança em aquisições públicas - Teoria e prática à luz da realidade sociológica, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratações administrativas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e Contrato administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2022.

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. O PODER-DEVER DO PREGOEIRO: JURIDICIDADE, COMPLIANCE, GESTÃO DE RISCOS E O PRINCÍPIO DA FUNCIONALIDADE DA LICITAÇÃO, Fonte Biblioteca digital Supremo Tribunal Federal, 2020. Acesso disponível em: <<https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2526>>.

---

<sup>1</sup> DALLARI, Adilson. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6º.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 13.

<sup>2</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e Contrato administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2022, pg. 117.

<sup>3</sup> Pesquisa jurisprudencial TCU, link direto - Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União

(tcu.gov.br).

<sup>4</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e Contrato administrativo. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2022, pg. 683.

<sup>5</sup> FENILI, Renato. Governança em aquisições públicas - Teoria e prática à luz da realidade sociológica, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2018, pg. 17.

<sup>6</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratações administrativas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pg. 832/833.

**Como citar este texto:**

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. O poder-dever de diligência e do princípio do formalismo moderado. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 26 jan. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.