

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Wagner Onório Pacheco

***Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais
Informadores da Lei de Licitações***

SÃO PAULO

Wagner Onório Pacheco

***Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais
Informadores da Lei de Licitações***

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Especialização em Direito Administrativo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Dra. Julia Maria Plenamente Silva.

SÃO PAULO – SP
Dezembro de 2016

Aos meus Pais... por tudo que sou!

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à professora Dra. Júlia Maria Plenamente Silva por todo o tempo despendido na orientação deste trabalho que, certamente, jamais tomaria forma sem seus importantes conselhos e considerações; agradeço muitíssimo ainda meus amigos e familiares pelo apoio sempre intenso para a concretização deste trabalho monográfico.

“O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”.

(Otto Mayer)

RESUMO

PACHECO, Wagner Onório. ***Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais Informadores da Lei de Licitações***, Monografia – Pós Graduação – Especialização em Direito Administrativo, PUC-SP, 2016.

O presente trabalho monográfico visa proceder a uma análise geral das orientações principiológicas da lei das licitações – lei nº 8.666/1993 –, tendo em vista suas diretrizes e comandos jurídicos mais relevantes tanto no âmbito constitucional como no âmbito infraconstitucional.

A análise pontual dos comandos jurídicos da lei das licitações, proposta neste trabalho, permitirá uma melhor impressão deste instituto jurídico, bem como, uma maior compreensão de sua importância no âmbito do Regime Jurídico Público-Administrativo.

Desde já, vale informar que os preceitos imanentes da lei das licitações fazem dela um formidável instrumento impessoal e moralizador da Administração Pública, permitindo que seja consolidada a ideia de legalidade, impessoalidade, moralidade, bem como, o tão importante conceito do interesse público.

Por tudo isso, faz-se imperioso o bom entendimento dos comandos principiológicos da lei nº 8.666/1993 – Lei das Licitações.

Palavras-chave: Regime Jurídico Público-Administrativo. Princípios Jurídicos da Administração Pública. Princípios Jurídicos Constitucionais e Infraconstitucionais das Licitações. Procedimento Licitatório. Lei nº 8.666/93.

ABSTRACT

PACHECO, Wagner Onório. ***Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais Informadores da Lei de Licitações*** (Constitutional and Ordinary Principles of Bidding Law), Monograph – Post-Graduation Course – Specialization in Administrative Law, PUC-SP, 2016.

This monograph aims at performing a general analysis principles of the bidding law – Law No. 8.666/1993 –, bearing in mind its more relevant directives and legal precepts in constitutional framework as well as in ordinary legislation framework.

Case-by-case analysis of legal precepts of the bidding law, proposed herein, will allow for a better impression of such legal institute, as well as a better understanding of its importance as regards the Public-Administrative Legal Regime.

Henceforth, it is worth mentioning that precepts intrinsic to bidding law make it a redoubtable, impersonal, and moralizer instrument of Public Administration, which admits the idea of lawfulness, impersonality, morality and the very important concept of public interest to be consolidated.

Consequently, it is crucial the good understanding of principles of Law No. 8.666/1993 – Bidding Law.

Keywords: Public-Administrative Legal Regime. Legal Principles of Public Administration. Constitutional and Ordinary Principles of Biddings. Bidding Process. Law No. 8.666/93.

SUMÁRIO

1. Introdução	09
2. Os Princípios Jurídicos e sua Função Norteadora	11
3. O Regime Jurídico Público-Administrativo	21
3.1. A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado	21
3.2. A Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração	23
3.3. O Princípio da Legalidade	25
3.3.1. Princípio da Razoabilidade	27
3.3.2. Princípio da Proporcionalidade	29
3.3.3. Princípio da Finalidade	32
4. Licitações	34
4.1. Conceito, Modalidades, Etapas e Fases da Licitação	34
4.1.1. Conceito	34
4.1.2. Modalidades	36
4.1.2.1. Concorrência	37
4.1.2.2. Tomada de Preços	38
4.1.2.3. Convite	40
4.1.2.4. Concurso	41
4.1.2.5. Leilão	43
4.1.2.6. Pregão	45
4.1.2.7. Consulta	46
4.1.3. Etapas e Fases	47
4.1.3.1. Etapas	48
4.1.3.2. Fases	50
4.1.3.2.1. Edital	50
4.1.3.2.2. Habilitação	52
4.1.3.2.3. Julgamento e Classificação	53
4.1.3.2.4. Homologação	55
4.1.3.2.5. Adjudicação	55

4.2. Os Princípios Constitucionais Informadores da Licitação	57
4.2.1. Princípio da Impessoalidade	58
4.2.2. Princípio da Moralidade	60
4.2.3. Princípio da Publicidade	62
4.2.4. Princípio da Eficiência	65
4.3. Os Princípios Infraconstitucionais Informadores da Licitação	68
4.3.1. Princípio da Probidade Administrativa	68
4.3.2. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	72
4.3.3. Princípio do Julgamento Objetivo	74
5. A Lei 8.666/93 e suas Competências de Aplicação	76
6. Conclusão	78
7. Referências Bibliográficas	81

1. Introdução

O Estado Social e Democrático de Direito desenvolveu-se ao longo dos tempos com a precípua teleologia de atender aos interesses da coletividade, jamais perdendo de vista os direitos e garantias individuais do ser humano.

Nesse contexto, para que suas pretensões se mantivessem híidas, diversos institutos jurídicos foram criados, sem os quais não seria possível conceber o Estado em sua atual conformação.

Em que pese a importância desses diversos institutos no espírito do Estado Social e Democrático de Direito, para o presente trabalho será relevante o realce das diretrizes que embasam o instituto das licitações, a saber: o Regime Jurídico Público-Administrativo, o conceito de Princípio – em especial o princípio da Legalidade, o princípio da Impessoalidade e o princípio da Moralidade na concepção do procedimento licitatório –, a Licitação em si etc.

Vale, desde já, informar que entendemos de extrema relevância para o propósito deste trabalho três princípios constitucionalmente dispostos: o princípio da Legalidade, dentro de sua importância para o Regime Jurídico Público-Administrativo, que dispõe sobre os temas e institutos do Direito Público; o princípio da Impessoalidade e; o princípio da Moralidade – estes dois últimos pelo seu contexto informador e absoluta identidade com a própria essência do instituto das licitações.

Em síntese, esse trabalho monográfico pretende verificar qual seria o contexto normativo informador do procedimento licitatório no Brasil.

Para facilitar o desenvolvimento desse trabalho, optamos por estruturá-lo tendo em vista duas balizas mestras.

A primeira, que inclui os capítulos (i) Os Princípios Jurídicos e sua Função Norteadora e (ii) O Regime Jurídico Público-Administrativo, este subdividido nos subitens: Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração e; Princípio da Legalidade – pretende estabelecer uma visão conceitual do Regime Jurídico Público-Administrativo e a efetiva observância do princípio da Legalidade nesse escopo.

Já a segunda, que engloba os capítulos (iii) Licitações, o qual abordará o Conceito, Modalidades, Etapas e Fases das Licitações, os Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais da Licitação e; por fim, especificamente (iv) A Lei 8.666/93 e suas Competências de Aplicação – busca o entendimento do instituto das licitações em sua função impessoal e moralizadora, abrangendo seus princípios norteadores, em especial os de âmbito constitucional, tanto os já mencionados princípios da impessoalidade e moralidade como também os princípios da publicidade e eficiência (estes dois últimos a serem tratados *en passant*).

Dessa forma, e sabendo-se que a premissa de qualquer estudo jurídico acomoda-se essencialmente nos princípios norteadores da matéria, faz-se necessária uma especial atenção aos princípios que a delimita.

2. Os Princípios Jurídicos e sua Função Norteadora

É importante, antes mesmo de iniciarmos um estudo jurídico, termos um consolidado conhecimento sobre os princípios que regem as matérias em questão. Isso porque é por meio dos princípios que esboçamos uma primeira orientação acerca do tema, fixamos um norte a ser trilhado e, efetivamente, delimitamos a matéria a ser tratada.

A noção de como devemos, por exemplo, conduzir um estudo e mesmo lidar com ele, já é uma boa base para iniciarmos corretamente uma pesquisa.

Pois bem, de forma geral os princípios são grandes diretrizes orientadoras do mundo jurídico, o norte sem o qual as regras (ou normas) individuais não conseguiriam correlacionar-se – a correlação aqui mencionada não se trata da junção ou completude de uma regra individual em abstrato por outra para a criação de um plano deôntico mais amplo do dever ser, mas sim do direcionamento harmônico das regras individuais específicas e concretas em um mesmo propósito, com um arranjo interpretativo consonante entre elas, de tal sorte a ensejar a devida coesão normativa do sistema.

Hans Kelsen informa em sua Teoria Pura do Direito que “a norma funciona como esquema de interpretação”¹, e é exatamente nesse sentido interpretativo que as normas individuais devem correlacionar-se para que sejam aplicadas de forma harmônica e coesa no ordenamento.

Aliás, não podemos perder de vista o conceito que o próprio Hans Kelsen definiu de norma: “é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”².

Sendo a norma uma prescrição do sentido interpretativo de uma determinada conduta, a aplicação posterior das normas individuais *in concreto* devem estar harmonizadas no ordenamento jurídico.

Já no campo da validade Hans Kelsen expõe que as normas individuais encontram seu fundamento de validade em uma norma hierarquicamente superior.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 04.

² Idem. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 06.

Nas próprias palavras de Hans Kelsen temos a seguinte ideia:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.³

A ideia de Kelsen estabelece que uma norma individual encontra seu fundamento de validade em uma norma superior no ordenamento jurídico. Convém, portanto, já que o objetivo desse trabalho é o estudo dos princípios informadores da licitação, verificarmos se devemos ou não considerar um princípio jurídico como uma norma jurídica.

Para esclarecer tal dúvida, optamos por verificar as preleções de Norberto Bobbio, consenso doutrinário entre os mais célebres juristas e, logo após, firmarmos uma breve análise das doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy para chegarmos a uma conclusão sobre a natureza dos princípios.

Vejamos a explicação de Norberto Bobbio:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os argumentos são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.⁴

Norberto Bobbio, com a genialidade que lhe é peculiar, deixa claro que a natureza tanto dos princípios quanto das regras, ou melhor, normas específicas, é a mesma: ambos são normas jurídicas. O que os diferencia é apenas o grau de generalidade e abstração que para os princípios há de ser maior que para as regras – normas específicas.

Vejamos agora as excepcionais proposições teóricas de Ronald Dworkin, nas quais informa que a norma (*standards*) é um gênero que abrange as espécies regras e princípios.

³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. de Maria Cordeiro Leite dos Santos, p. 158, *apud* CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

Em seus estudos R. Dworkin procurou diferenciar as espécies normativas (i) regras jurídicas dos (ii) princípios, informando que a diferença entre essas duas espécies normativas encontra-se em seu âmbito lógico.

Em outras palavras, R. Dworkin informa que “ambos os tipos de normas (standards) apontam para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas diferem quanto ao caráter da direção que elas oferecem”⁵.

Esses diferentes direcionamentos tidos nas regras jurídicas e nos princípios respeitam diferentes lógicas que permitem considerar um afastamento entre esses dois tipos de normas (*standards*), vejamos tais lógicas: (i) o modelo tudo-ou-nada de aplicação das regras e; (ii) a dimensão de peso dos princípios.

(i) O modelo de tudo-ou-nada de aplicação das regras

Esse modelo estabelece que a aplicação de uma regra respeita seu âmbito de validade, ou seja, uma vez observado todo o conteúdo de uma regra, inclusive seu conteúdo negativo, há de ser verificado seu âmbito lógico de validade para cada caso em concreto.

Assim, quando uma regra estabelece seu comando, o faz de modo a formatar todas as possibilidades de sua aplicação no sistema jurídico. No caso concreto, então, há de ser verificado todo o teor definidor desse comando, sendo necessário, inclusive, a previsão das exceções para cada caso.

Em outras palavras, ou a regra é válida, sendo possível sua aplicação em um caso concreto, ou inválida, não se podendo aplicá-la. Seria mesmo um tudo-ou-nada! Nas palavras de Ronald Dworkin podemos ter mais aclarada a ideia:

Regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão. Diversamente, com os princípios, em um caso concreto, a sua aplicabilidade não se apresenta de forma obrigatória, pois, nem mesmo os princípios que mais se aproximam de uma regra estipulam consequências jurídicas que se

⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24.

devam seguir automaticamente quando presentes as condições previstas em seu conteúdo.⁶

A partir do conteúdo disposto na regra, é possível verificar se tal comando é válido ou inválido para um determinado caso concreto, aplicando-o ou não.

A aplicação da regra, portanto, está adstrita a sua verificação de validade em cada caso em concreto. Essa verificação de validade das regras só é possível graças as suas características de especificidade que ora as acomodam em cada caso concreto de forma lógica e harmônica em relação ao ordenamento jurídico, ora as excluem, também de modo lógico, do contexto normativo geral, impossibilitando sua aplicação no caso concreto.

Sem querer comparar os critérios adotados por R. Dworkin e N. Bobbio, pois é evidente consistirem em critérios distintos, vale ainda assim observar que tanto o âmbito lógico das regras de Dworkin, quanto a diferenciação entre as regras e princípios proposta por Bobbio, chegam à mesma conclusão de que regras e princípios possuem diferentes graus de abstração e generalidade, sendo as regras mais específicas e concretas que os princípios.

Esse tudo-ou-nada, válido-ou-inválido, oito-ou-oitenta, observável para as regras jurídicas, não se aplica aos princípios legais. Para estes, segundo R. Dworkin, deve ser observada sua dimensão de peso.

(ii) A dimensão de peso dos princípios

Segundo R. Dworkin, os princípios legais correlacionam-se não por um âmbito de validade, mas por uma análise de primazia de um em detrimento de outro.

Essa correlação entre os princípios é aplicada no âmbito concreto sem que um princípio seja invalidado por outro quando tais princípios possuam comandos informadores colidentes entre si.

Assim, diferentemente das regras jurídicas, que são válidas ou inválidas, os princípios legais convivem entre si, exatamente devido ao seu alto grau de

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24-25.

generalidade e abstração, importando somente para a devida aplicabilidade no caso concreto, a análise de primazia que um princípio terá em relação a outro, ou seja, o maior peso de um em relação a outro em um caso concreto.

Portanto, vale reforçar que na correlação dos princípios legais, o que vigora é um convívio entre eles, de tal sorte que ora um terá peso maior que outro em um determinado caso concreto, ora o peso será menor noutro caso específico.

Essa correlação de preferências, ou melhor, de pesos – como estabelece R. Dworkin – não exclui do sistema o princípio legal preterido num caso específico.

Uma pergunta importante a se fazer é: como estabelecer essa condição de primazia de um princípio legal em relação a outro?

Ao que parece, R. Dworkin informa que sempre ocorrerão tais controvérsias, não se encontrando uma forma de solucionar objetivamente esse embate principiológico.

Contudo, Martin Borowski, visando solucionar essa lacuna informa que existiriam dois critérios objetivos que solucionariam essa problemática de análise de pesos dos princípios legais⁷: (i) a sua força ou capacidade de fundamentação e/ou; (ii) a sua capacidade de satisfação ou de atendimento. Tais critérios podem ser empregados isoladamente ou em conjunto.

É dessa forma que R. Dworkin apresenta a diferenciação das espécies de normas jurídicas (regras individuais e princípios legais).

É relevantíssimo ainda para esse assunto, mencionar a concepção de Robert Alexy, formulada em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Em brevíssimo escorço à ideia de R. Alexy, podemos dizer que regras e princípios são normas porque se apresentam no mesmo âmbito do dever-ser, portanto, as regras e os princípios são normas, pois são afetas ao âmbito deôntico. R. Alexy diz também que não há contraposição entre regra e princípio, mas sim entre norma e princípio ou norma e máxima.

Nas palavras de R. Alexy, verificamos o seguinte:

⁷ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. p. 64, *apud* GUEDES, Néviton. Artigo publicado no site: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>.

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, as regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.⁸

Ele informa também que existem diversos critérios para se diferenciar as regras dos princípios, sendo que o mais utilizado é o critério da generalidade. Contudo, outros critérios existem, a saber: a determinabilidade do caso de aplicação; a forma de seu surgimento (se são normas criadas ou normas desenvolvidas), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e, o critério de importância para a ordem jurídica.

Tais critérios ensejam algumas teses de aplicabilidade das diferenciações entre regras e princípios. Alexy aceita como correta a tese que regras e princípios diferenciam-se não somente pela questão gradual, mas também por um âmbito qualitativo – diferenciação gradual e qualitativa.

R. Alexy pauta sua teoria nas considerações de diferenciação das regras e princípios de R. Dworkin. Aceita, portanto, que para a aplicação das regras, deve ser verificada a ideia de tudo-ou-nada, ou seja, havendo conflito entre regras, o âmbito para a solução da questão estaria na validade da regra; ao passo que para os princípios, não há que se falar em conflito, mas sim em colisão, cuja solução não se encontra no âmbito de validade, mas sim em um critério de ponderação entre eles – dimensão de peso dos princípios encontrada na concepção de Dworkin.

R. Alexy informa em sua teoria que os princípios constituem os denominados “mandados – ou mandamentos – de otimização” que tanto podem ser uma permissão como uma proibição. Este é o grande ponto diferenciador entre regras e princípios. Vejamos em sua própria preleção:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁹

Aliás, R. Alexy informa que os princípios possuem uma dupla face quando da necessidade de ponderá-los: (i) “mandados que são otimizados” e os (ii) “mandados de otimização”.

Os mandados que são otimizados nada mais são que o objeto de ponderação a ser otimizado para que se transfigure num dever ser (âmbito deôntico); já os mandados de otimização são referências situadas em um âmbito metajurídico, de tal sorte a pautar e permitir uma ponderação para o alcance do dever ser.

Ele ainda aprofunda sua teoria no estudo dos princípios, propondo uma “lei de colisão”, que apresenta a solução para as colisões entre princípios, a qual estaria na relação de precedência condicionada entre eles (os princípios) em função do caso em concreto.

Precedência condicionada porque Alexy entende que não é possível efetuar uma relação de ponderação vinculando somente a precedência dos princípios envolvidos.

Para os princípios, portanto, há de ser verificada a lei de colisão que é a relação de precedência de ambos em função do caso concreto¹⁰ (precedência condicionada).

Com essas ponderações e, uma vez analisada a doutrina de N. Bobbio e as doutrinas contemporâneas de R. Dworkin e R. Alexy, dúvidas não restam que as regras e os princípios são ambas normas jurídicas – mas, como foi visto em Bobbio, os princípios possuem elevado grau de generalidade e abstração e seu âmbito de solução de suposta colisão encontra-se não na validade, mas sim na dimensão de peso e relação de precedência que um tem em relação ao outro em cada caso, conforme dispõe Dworkin e Alexy. Vale, então, verificarmos o rigor da palavra princípio.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas magnas preleções acerca do assunto, compara os princípios às edificações civis, de tal forma que, ao edificarmos um prédio, observa-se que nele existem portas, paredes, janelas, colunas etc. Podemos verificar a necessidade de cada um desses elementos. Porém, uns são substituíveis, outros

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

¹⁰ Idem. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96-97.

não; uns podem, inclusive estar ausentes, a outros esta hipótese é absurda. No caso do edifício, poderíamos substituir portas, tombar paredes e, mesmo assim, a obra continuaria erigida. No entanto, algumas colunas mestras são intocáveis, pois sem elas todo o edifício ruiria.

É na analogia entre as colunas mestras de uma edificação e os princípios jurídicos – constitucionais ou não – do ordenamento que poderemos, literalmente, entender seu grau de importância. Assim, para que a edificação do sistema jurídico jamais entre em colapso, são necessários fortes pilares, ou melhor, princípios capazes de sustentar todo o espírito jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípios da seguinte forma:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.¹¹

A partir de um princípio tantas outras regras de comando mais específicas são interpretadas harmoniosamente e é dessa relação que se torna possível a integração de nosso sistema jurídico, com a efetiva junção de todas as suas partes menores – as normas individuais, ou regras específicas.

Nesse sentido, os princípios representam verdadeiros pilares de toda a estrutura de nosso ordenamento jurídico; são ideias matrizes de cada regra individual específica; são vetores de todo o sistema normativo.

Tamanho é a importância dos princípios no sistema jurídico que Jesús Gonzáles Perez informa que: “além de constituir a base permanente e eterna do Direito, é também fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica.”¹²

Segundo Antônio Carrazza:

Princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

¹² PEREZ, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Real Academia de ciencias morales y políticas, 1983, *apud* CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

quadrantes do Direito e, por isso mesmo vincula, de um modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.¹³

O fato de uma norma de âmbito principiológico, geral e abstrata, ser implícita ou explícita no texto normativo não é relevante para caracterizá-la como um “princípio”, exatamente porque sua importância está na necessidade de integrar os mais diversos comandos normativos específicos existentes no ordenamento, além do que, possui função interpretativa, “limitativa” e sistematizadora na pirâmide jurídica, de tal sorte a evitar o colapso de todo o ordenamento.

Realmente, a questão de não estarem expressos no texto legal não atenua a importância dos princípios jurídicos nem, tampouco, distingue-os em grupos diferentes. Este papel somente é incumbido à hierarquização das normas às quais se baseiam.

Nesse sentir, podemos separar os princípios jurídicos em constitucionais e infraconstitucionais. Fácil é a observação, portanto, de que os princípios jurídicos sejam encontráveis em todos os escalões da “pirâmide jurídica”, mantendo, entre si, um forte vínculo hierárquico que se inicia no cume da pirâmide (no mais alto grau hierárquico – os ditos princípios jurídicos constitucionais) e termina em sua base (os princípios infraconstitucionais).

Tanto é assim que basta analisarmos a proximidade dos princípios constitucionais aos princípios infraconstitucionais para entendermos que um não existe sem o outro e, como em uma trama perfeita, sustentam-se uns aos outros.

Essa sustentação recíproca advém, exatamente, das já mencionadas funções desempenhadas pelos princípios, imprescindíveis, diga-se de passagem, à atual formatação do ordenamento jurídico.

Nesse mesmo diapasão, preleciona Rafael Valim, discernindo as duas espécies de normas (os princípios das regras individuais específicas) que “também os princípios são dotados de funções peculiares, que os distinguem das regras. quatro são as funções: integrativa, interpretativa, limitativa e sistematizadora”¹⁴.

¹³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

¹⁴ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38.

O eminente professor concatena as características dos princípios, conceituando-os de modo rico e claro da seguinte forma:

Princípios são normas jurídicas, explícitas ou implícitas, portadoras dos valores mais caros à comunidade jurídica e prestantes a guiar interpretação dos enunciados normativos, a colmatar lacunas normativas, a invalidar aquelas regras que lhes são contrárias e a presidir a racionalidade do ordenamento jurídico, ao qual conferem conexão sistemática.¹⁵

Não nos cabe, aqui, exaurir o entendimento acerca dos princípios. Na verdade, nem seria nossa intenção, dada a dimensão e complexidade do assunto.

O que vale, no entanto, é que tenhamos verificado a essência desses comandos normativos gerais e abstratos, suas peculiaridades e funções, imperiosas a manter hígida toda a estrutura de nosso ordenamento jurídico.

Assim, sem perder de vista o tema proposto, vale identificar esses comandos normativos gerais e abstratos no regime jurídico afeto ao instituto da licitação, a saber, o Regime Jurídico Público-Administrativo.

¹⁵ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38.

3. O Regime Jurídico Público-Administrativo

O Regime Jurídico Público-Administrativo ou, pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello somente Regime Jurídico-Administrativo, é o sistema no qual são encontradas todas as correlações normativas, tanto de âmbito organizacional como funcional e disciplinar da Administração Pública.

É, por isso mesmo, o sistema que concatena os comandos e diretrizes de toda a estrutura e gestão estatal para que, de forma lógica, coerente e coesa, seja preestabelecida a real e verdadeira unidade dos ditames que o Estado deve ser conduzido.

De forma mais expandida, é o liame fronteiro que permite delimitar e diferenciar o público do privado; a esfera estatal da esfera particular; a obediência legal do âmbito público de toda a liberdade da autonomia das vontades para as pessoas privadas.

Nesse sistema, verdadeiro Regime Jurídico-Administrativo, preordenam-se os conceitos mais elementares da Administração Pública, de modo a se tornar exequível e funcional todo o estudo da Teoria Geral do Estado.

Como arcabouço do Regime Jurídico-Administrativo encontram-se dois princípios de suma importância ao sistema, quais sejam: (i) A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e (ii) A Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração.

Adotaremos como metodologia para este trabalho monográfico uma breve explanação sobre esses dois importantíssimos pilares do Regime Jurídico-Administrativo, bem como breves comentários sobre o princípio da Legalidade para a devida pontuação da temática deste trabalho.

3.1. A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

Uma das mais importantes diretrizes do Regime Jurídico Público-Administrativo é o da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, porque é a partir desse comando que se vislumbra e se dá importância maior ao interesse público em detrimento do interesse individual e privado.

Não se está, contudo, a dizer que o interesse individual não possui espaço no Regime Jurídico-Administrativo, ou mesmo, que deve ser esquecido. Em verdade, os direitos e garantias dos indivíduos estão alinhados ao interesse público, vez que só se atinge o interesse público num ambiente político-normativo que respeite os direitos do cidadão, dando-lhe segurança necessária para atuar livre e autonomamente de acordo com suas vontades.

Esta é uma presunção do Estado de Direito que se erige da observância e cumprimento das leis, em outras palavras, da plena atenção à legalidade dos atos administrativos. Isso é o que evita o autoritarismo e os desmandos da Administração Pública em face dos administrados.

Verificado, portanto, que o interesse público deve estar alinhado aos direitos e garantias individuais, aliás, direitos e garantias esses constitucionalmente resguardados, há de ser entendido o que exatamente abrange o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas preleções acerca do tema conceitua interesse público da seguinte forma:

O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.¹⁶

Como se vê, o interesse público não é a contraposição do interesse privado, mas sim, a manifestação da congregação dos interesses individuais aplicável como um indicador elementar do anseio coletivo de toda a sociedade.

Ora, uma vez que o interesse público é o anseio coletivo advindo dos interesses individuais dos membros da sociedade, fica fácil a verificação de que tal interesse se sobrepõe a um único e exclusivo interesse privado, justificando-se a real e necessária supremacia desse interesse coletivo sobre o privado.

O Regime Jurídico-Administrativo determina, então, o dever da Administração Pública de tratar com supremacia essa manifestação do interesse coletivo, observada sempre a razoabilidade e a proporcionalidade das condutas administrativas de modo a não sobrecarregar com excessiva oneração um único indivíduo ou um grupo restrito e identificável de indivíduos.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61.

Além da supremacia do interesse público sobre o privado, a Administração deve atentar-se à indisponibilidade dessa relevantíssima manifestação do interesse coletivo. É o que veremos a seguir.

3.2. A Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração

Uma vez verificada a essência do interesse público, cabe aqui apontar sua importância para o Regime Jurídico-Administrativo.

Assim, o que se vê é que o interesse público tem importância quase finalística no sistema, em outras palavras, cumpre papel tão importante que a própria Administração fica impedida de deixar de lado tudo aquilo que converge para o atingimento do interesse público, tornando-se praticamente uma finalidade maior da gestão da coisa pública.

O interesse público não está à disposição da vontade da Administração Pública... ao contrário! O que se tem é o “dever” da Administração em buscar resolver as questões inerentes aos anseios da população enquanto coletividade.

Não é exagero que assim o seja. Fato é que a atividade administrativa detém o dever de prossecução do interesse da coletividade.

E para que esse dever maior possa ser efetivo e cumprido de forma harmônica aos comandos legais, a Administração Pública dispõe de prerrogativas que a permite atingir suas finalidades.

Ora, é o que a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello chama de dever-poder. A Administração Pública somente dispõe de poderes porque lhe é incumbida a árdua tarefa, o dever, de atingir o interesse público.

O poder da Administração Pública não se justifica *per se*, nem tampouco vale a escusa de que o poder advém de seu papel de representante do povo.

O Regime Jurídico-Administrativo traz um legado à Administração Pública, que é o dever de cumprir com suas atividades de forma fiel e em consonância à lei e ao interesse público. Dessa obrigação perante o povo é que a Administração lança mão de seu poder (prerrogativas).

A indisponibilidade do interesse público pela Administração é, de certa maneira, uma obrigação que impossibilita a Administração Pública de dispor de sua vontade de forma contrária a qualquer situação consonante ao interesse público.

A Administração Pública estaria, por assim dizer, direta e intrinsecamente vinculada à essência do interesse público, não podendo assumir nenhuma postura que vá de encontro a esse objetivo maior.

Nessa mesma toada, Celso Antônio Bandeira de Mello encerra a ideia:

Em suma, o necessário é encarecer que na administração pública os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.¹⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello finaliza apresentando a importantíssima ideia de que “somente a ordem legal dispõe sobre os bens e interesses públicos”. E continua:

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: (i) Legalidade, com implicações e decorrências dos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado; (ii) Continuidade do serviço público; (iii) Controle administrativo ou tutela; (iv) Isonomia; (v) Publicidade; Inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e; (vi) Controle jurisdicional dos atos administrativos.¹⁸

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir desse raciocínio, expande a ideia de Regime Jurídico-Administrativo apontando outras diretrizes normativas que também determinam, agora com maior especialidade, o alcance do Sistema Administrativo.

Vale frisar que nesse rol de princípios elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello não foram mencionados todos os princípios da Administração Pública previstos constitucionalmente e estabelecidos no artigo 37 *caput*.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74.

¹⁸ Idem. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75.

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)¹⁹

Tendo como foco o escopo desse trabalho monográfico, vale informar que dos princípios constitucionais da Administração Pública supramencionados, o da legalidade será tratado com maior detença ao que se segue, haja vista sua relevante importância ao Regime Jurídico Público-Administrativo.

Por uma questão didática, no que tange aos demais princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), serão eles apresentados de forma separada no capítulo referente à lei das licitações²⁰.

3.3. O Princípio da Legalidade

Como já foi dito, a Administração Pública tem como finalidade, além de gerir a coisa pública, também suprir o interesse coletivo. Em outras palavras, possui o dever de atender prontamente o interesse público.

Não obstante, tal dever surge acompanhado da obrigação de cumprimento da lei. Assim, a Administração Pública só pode atuar quando houver mandamento legal autorizador.

O princípio da legalidade apresenta-se imperioso nos meandros do Regime Jurídico-Administrativo exatamente porque nesta seara não se dispõe preponderante a autonomia das partes – como assim o é no Direito Privado –, mas sim a obrigação da Administração Pública de cumprir sua função típica, que é a de executar a lei, respeitá-la e cumpri-la, inexoravelmente.

Nesse mesmo diapasão, Hely Lopes Meirelles em seu *Direito Administrativo Brasileiro* apresenta-nos o princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio de administração (C.F., art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.²¹

¹⁹ Constituição Federal – com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

²⁰ Conferir capítulo 4.2 deste trabalho.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 82.

E continua:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.²²

Portanto, o princípio da legalidade é alicerce para todo e qualquer ato da Administração Pública, sendo certo que não havendo permissão legal para determinado ato, este será considerado como nulo.

Tão importante e intenso esse princípio nos contornos do Regime Jurídico-Administrativo e para a Administração Pública que a simples verificação de um comando normativo autorizador para a execução de certa atividade administrativa, em si só não basta.

O Administrador deve ir além, buscar a essência e os contornos do comando legal, só então, aplicar o que a lei estabelece. Seabra Fagundes em uma de suas célebres e invulgares frases dizia que "administrar é aplicar a lei de ofício"... e, por isso mesmo, não é tarefa fácil.

Deve-se perceber ao longo dessa busca da essência e dos contornos da lei, diversos outros princípios caríssimos à correta aplicação normativa. Somente assim é possível assimilar o comando legal para atingir seu espírito.

A atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade é condição *sine qua non* para que o ofício do Administrador seja cumprido com primazia.

Isso porque os mencionados princípios dão um maior grau de apuração na aplicação tanto ao princípio da legalidade quanto ao devido processo legal, fazendo com que o alcance na aplicação da legalidade e do devido processo legal seja satisfatoriamente atingido.

Em que pese os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade não estarem explicitamente indicados na Constituição Federal brasileira, suas importâncias devem ser sempre verificadas e reforçadas pelos juristas e aplicadores do Direito, pois são notórias as suas referências como diretrizes essenciais de aplicação abrangente e adequada tanto do princípio da legalidade como do devido processo legal.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 82.

Particularmente o devido processo legal é um princípio constitucional de extrema importância no resguardo de direitos fundamentais. Deve, por isso mesmo, ser acautelado com a mais pontual razoabilidade e proporcionalidade. É um princípio relevante principalmente nos E.U.A., onde vigora a Common Law.

Não cabe aqui neste trabalho tecer maiores comentários sobre o devido processo legal, mas vale fixarmos a ideia de que a razoabilidade e proporcionalidade dão a correta dimensão deste importante princípio jurídico.

Em relação ao princípio da legalidade, este também dá guarida e é dependente da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, principalmente nos meandros do Regime Jurídico Público-Administrativo.

Como vimos, a Administração Pública está adstrita à obediência plena do princípio da legalidade com todas as suas consequências inerentes à razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

Vejamos, a seguir, alguns detalhes destes importantes princípios:

3.3.1. Princípio da Razoabilidade

De uma forma muito sintética, devemos entender que todas as atividades administrativas advêm de um comando legal que dispõe sobre o comportamento da Administração, dando-lhe mais ou menos liberdade de discricção administrativa.

Em outras palavras, a própria lei dispõe sobre a margem de liberdade dada à Administração Pública para que possa atuar ante a um caso concreto.

Caso não haja liberdade alguma, está a se falar da competência vinculada, ou seja, a lei dispõe completamente sobre o comportamento que a Administração deverá assumir.

Contudo, existem casos que a lei permite certa margem de liberdade no comportamento da Administração Pública. Está a se falar da discricionabilidade administrativa.

Mesmo nestes casos de competência discricionária da Administração Pública, muito embora a lei lhe confira certa margem de liberdade no mérito de um ato administrativo, ainda assim esta liberdade não pode ser utilizada de forma exacerbada.

Ora, mesmo a Administração Pública tendo margem de liberdade em seu campo de atuação, fato é que para a atividade administrativa ser considerada legal e válida, deverá ser executada de forma razoável e em consonância com a essência da lei.

Não pode a Administração Pública atuar de forma desarrazoada inclusive na parte em que a lei lhe permita margem de liberdade de atuação.

É saber, deve a Administração agir razoavelmente para que a lacuna discricionária – a ela conferida pela lei – seja preenchida em consonância ao espírito legal, evitando-se assim excessos e incompatibilidades com o próprio conteúdo normativo.

Luís Roberto Barroso informa o princípio da razoabilidade em sua obra *Interpretação e Aplicação da Constituição* da seguinte maneira:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.²³

Verifica-se do excerto acima uma certa subjetividade na mensuração de aplicação da razoabilidade, vez que os parâmetros valorativos utilizados por Luís Roberto Barroso vincula-se à justiça, ao equilíbrio, ao senso comum etc.

Isso promove certo grau de incerteza na busca correta de aplicação da razoabilidade, contudo, no julgo do bom senso, a concatenação de parâmetros como a razão, equilíbrio, moderação e harmonia ao ordenamento jurídico – apresentados por Barroso – permite ao Administrador Público de boa índole, isto é, atento ao devido cumprimento das leis, ao atingimento do interesse público e demais institutos do Direito Público, a possibilidade de alcançar a melhor escolha para a coletividade.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204-205.

O professor Luís Roberto Barroso também menciona a devida apreciação do princípio da razoabilidade na criação de normas jurídicas, criação essa vinculada à função típica do legislativo e atípica do executivo.

Vejamos o teor de suas palavras:

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.²⁴

E continua:

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins (...). De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua aplicação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional.²⁵

Portanto, no que diz respeito à aplicação da razoabilidade para a criação de normas, duas condições devem ser satisfeitas: (i) razoabilidade interna – que haja vínculo razoável e proporcional aos motivos, meios e fins inerentes da norma a ser criada e; (ii) razoabilidade externa – que os meios e fins estejam em consonância ao texto constitucional.

É de se verificar, ainda, que a aplicação do princípio da razoabilidade está *pari passu* com o princípio da proporcionalidade, a ser abordado ao que se segue.

3.3.2. Princípio da Proporcionalidade

Dando continuidade aos princípios que ensejam melhor e mais adequada aplicação do princípio da legalidade, temos o princípio da proporcionalidade que, conforme já foi dito, anda lado a lado com o princípio da razoabilidade.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.206.

²⁵ Idem. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206-207.

Aqui, há de ser levado em consideração que todo o comando legal possui uma finalidade e que para o devido atendimento dessa finalidade, deve a Administração Pública atuar de modo compatível, ou seja, com a devida adequação.

A Administração Pública, então, deve dispor de um comportamento compatível, adequado, proporcional à finalidade da lei.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas invulgares reflexões sobre o vínculo entre o princípio da legalidade e o da proporcionalidade, aponta a devida importância na aplicação deste último:

A lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo o excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida por consistir em um transbordamento da finalidade legal.²⁶

Portanto, agir com proporcionalidade é agir com absoluta atenção à teleologia legal, valendo-se da devida adequação e sem qualquer tipo de excessos no atendimento ou cumprimento da finalidade da lei.

Conforme já assinalado, a proporcionalidade caminha ao lado da razoabilidade, proporcionando ao princípio da legalidade uma dimensão adequada, proporcional e razoável no alcance do espírito das leis.

Tão íntima é a proximidade entre esses princípios que o professor Luís Roberto Barroso atenta-se a um requisito qualificador da dicotomia “razoabilidade-proporcionalidade” que é o da exigibilidade ou necessidade. Em suas palavras temos o seguinte:

Verifica-se a presença de um requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade. Conhecido, também como ‘princípio da menor ingerência possível’, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.²⁷

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208.

A doutrina de Luís Roberto Barroso assinala que o princípio da proporcionalidade não se satisfaz com a simples busca dos imperativos legais; essa busca pelo espírito da lei deve ir além para alcançar um comando que vislumbre um atendimento menos gravoso aos fins legais, bem como, ao próprio cidadão.

O professor Barroso ainda aponta outro aspecto da proporcionalidade identificada pela doutrina alemã como “proporcionalidade em sentido estrito”. Vejamos em suas palavras:

Há, ainda, outro requisito desenvolvido na doutrina alemã identificado como ‘proporcionalidade em sentido estrito’. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.²⁸

Podemos, então, de uma forma sintética, caracterizar o importantíssimo princípio da proporcionalidade valendo-se de suas três características fundamentais acima mencionadas e muito bem resumidas da seguinte forma na doutrina de Luís Roberto Barroso:

A doutrina – tanto lusitana quanto a brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.²⁹

Verificado, então, que o princípio da proporcionalidade baliza-se na observância da adequação da finalidade legal, necessidade ou exigibilidade de que os meios aplicados devem atingir as finalidades de forma menos onerosa possível e a proporcionalidade em sentido estrito, que seria uma ponderação entre ônus imposto e benefício trazido no ato da aplicação da norma, partiremos para a análise do princípio da finalidade – que também é requisito primordial para o alcance da legalidade e, por isso mesmo, estão intimamente conectados.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208-209.

²⁹ Idem. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

3.3.3. *Princípio da Finalidade*

Inicialmente, para que não restem dúvidas de que o princípio da finalidade é uma extensão do próprio princípio da legalidade, vale apontarmos importantíssima lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.³⁰

Quando se está a analisar o princípio da legalidade, temos que entender, por óbvio, que todo o comando legal possui um objetivo e, por isso mesmo, toda a conduta permitida da Administração Pública deve estar direcionada para essa finalidade. Por isso mesmo é que Celso Antônio Bandeira de Mello muito bem enfatiza dizendo que o princípio da finalidade é inerente do próprio princípio da legalidade.

Essa informação já é, *per si*, suficiente para entendermos que não basta a Administração Pública atuar atenta ao escopo formal da lei. Deve-se atentar também ao objetivo legal, ao propósito que ensejou a criação do comando normativo, a sua finalidade legal.

A lei, então, possui uma finalidade de existência, um objetivo que norteia todo o seu espírito a uma só direção, uma diretriz que a explica e a justifica. É nessa direção que também a Administração Pública deve atuar.

Observemos, ainda, que o princípio da finalidade possui dois âmbitos de aplicação: (i) a finalidade própria das leis em geral que é o próprio atendimento do interesse público e; (ii) a finalidade específica de cada uma das leis.

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe esses dois âmbitos da finalidade da seguinte forma:

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106.

própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o 'fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato'.³¹

Toda e qualquer autoridade administrativa que atue com desrespeito a qualquer desses dois âmbitos de aplicação do princípio da finalidade da lei, quais sejam: finalidade própria das leis (referente ao interesse público) e finalidade específica de cada uma das leis (conteúdo teleológico de cada lei), age com desvio de poder, ou seja, desvio de finalidade, sendo tal ato nulo de pleno direito.

Por toda essa imperiosa necessidade de atendimento ao princípio da finalidade é inconcebível admitir, no atual estágio do Estado Social e Democrático de Direito, um Administrador Público que se vale de sua competência para, de alguma forma, desvirtuar a essência ou a própria finalidade da lei para satisfazer egoístas pretensões pessoais ou para beneficiar seus pares em detrimento da coletividade.

Até aqui verificamos alguns comandos que norteiam a boa condução e intelecção das leis pela Administração Pública.

Tais comandos normativos são imperiosos para que a Administração Pública conduza sem excessos ou desmandos a coisa pública.

Neste caminho pautado pela boa observância dos comandos legais, nos limites e prerrogativas conferidos à Administração Pública pelo Regime Jurídico-Administrativo e, o que é essencial, no atendimento e plena satisfação do interesse público é que devem ser conduzidos todos os institutos de Direito Público.

Sem fugir das pretensões deste trabalho vale, a partir de agora, expor de forma mais específica o instituto das licitações. Vejamos ao que se segue.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107.

4. Licitações

Como sabemos, a Administração Pública necessita firmar contratos com os particulares para que o alcance do interesse público seja plenamente satisfeito, além de permitir a participação da iniciativa privada na coisa pública.

Esses contratos, sem que se verifique um procedimento de seleção pautado em um critério previamente estabelecido em um edital e na possibilidade qualitativa dos serviços a serem prestados, podem dar margem a desmandos da Administração Pública, bem como, desvios do erário.

A licitação é um procedimento que visa extirpar possíveis predileções e parcialidades do seio da Administração Pública, resguardando-se, dessa forma, a imparcialidade e a moralidade da gestão pública.

Ela, a licitação, o faz porque precede o ato da contratação administrativa, selecionando de forma a atender irredutivelmente o interesse público por meio da análise da proposta mais vantajosa ao contrato a ser celebrado de acordo com um planejamento já determinado no próprio edital do certame e assegurando a igualdade entre os participantes.

Antes de adentrarmo-nos propriamente aos princípios informadores da licitação, vale, por ora, firmar breve digressão quanto ao conceito, modalidades, etapas e fases deste instituto jurídico.

4.1. Conceito, Modalidades, Etapas e Fases da Licitação

4.1.1. Conceito

A notória percepção de toda a trama que envolve os deveres e prerrogativas do Estado, *per si*, já nos faz crer que a Administração da coisa pública é tarefa complexa, a qual exige das entidades governamentais a realização de negócios de

conteúdo patrimonial com os particulares, sem perder de vista, contudo, os ditames legais permissíveis a tal realização.

Tais negócios são elementares à persecução do interesse público – finalidade primeira de toda a Administração Pública.

Sendo assim, na letra de Celso Antônio Bandeira de Melo, conceitua-se licitação como sendo:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.³²

A licitação, portanto, vislumbra melhor atender o interesse público, pois estabelece um procedimento que permite aos Administradores da coisa pública selecionar a proposta mais vantajosa, sem que, para tanto, haja interesses pessoais envolvidos, e ainda, permitir a participação dos administrados no conjunto da Administração Pública.

A licitação é um procedimento administrativo, o qual se identifica, conforme a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”³³.

Por ser uma sucessão encadeada de atos administrativos, podemos verificar de plano que o procedimento licitatório deve seguir a um comando processual bem definido, para fins de dar a mesma oportunidade a todos os administrados interessados na participação nas licitações.

Além da lei nº 8.666/1993, que regula todo o âmbito procedimental das licitações, temos também a doutrina que de forma exaustiva estuda o conteúdo desse iter processual para o melhor entendimento da matéria.

Assim, é importante mencionar o escopo doutrinário³⁴ e alguns importantes artigos da lei nº 8.666/1993 que nos apresentam e esclarecem as modalidades, etapas e fases da licitação.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 481.

³³ Idem. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010 p. 491.

4.1.2. Modalidades

Com o intento de regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal brasileira, foi criada a lei nº 8.666/1993, trazendo cinco modalidades de licitações.

O artigo 22 da lei nº 8.666/1993 estabelece as modalidades:

Art. 22 – São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.³⁵

Essas cinco modalidades licitatórias mantiveram-se até a edição da lei da ANATEL (Agência de Telecomunicações) – lei nº 9.472/1997 – que, apesar da expressa vedação de se criar outras modalidades de licitação, disposta na própria lei nº 8.666/1993 no artigo 22, §8º “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”, acabou criando, com gravíssima ofensa ao mencionado artigo, duas outras modalidades de licitação no âmbito daquela autarquia, quais sejam: o pregão e a consulta.

O artigo 55 da lei da ANATEL (lei nº 9.472/1997)³⁶, além de criar duas novas modalidades licitatórias, ainda dispôs que a matéria fosse disciplinada pela Agência ali criada (ANATEL), o que configura grotesca inconstitucionalidade, já que delega matéria de conteúdo de normas gerais para a mencionada autarquia.

Não cabe aqui neste trabalho analisar a constitucionalidade dessas duas novas modalidades licitatórias. Contudo, vale informar que a inconstitucionalidade dessas duas novas modalidades encontra-se no fato de que a lei que as criaram (lei da ANATEL – nº 9.472/1997) não ter o cunho de edição de normas gerais, como é a lei nº 8.666/1993, mas sim de natureza regulatória daquele âmbito autárquico e somente para a esfera federal.

³⁴ Adotaremos aqui neste trabalho o escopo doutrinário dos professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Adilson Abreu Dallari.

³⁵ Conferir art. 22, *caput*, da lei das licitações – lei nº 8.666/1993.

³⁶ Lei nº 9.472/1997 - Art. 55 – A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente... (conferir os dez incisos do artigo).

Somente com a edição da lei nº 10.520/2002 – lei do Pregão –, que trata, esta sim, de normas gerais para regular essa nova modalidade licitatória, foi sanada a inconstitucionalidade para a modalidade pregão. Aqui, devemos entender essa lei como superveniente à lei nº 8.666/1993 e igualmente aplicável para todo o país.

Ao que segue, iniciaremos uma breve explanação das sete modalidades licitatórias (inconstitucionais ou não) hoje correntes no Brasil: (a) concorrência; (b) tomada de preços; (c) convite; (d) concurso; (e) leilão; (f) pregão e; (g) consulta.

Vamos a elas.

4.1.2.1. Concorrência

Essa modalidade licitatória permite a participação de quaisquer interessados que preencham as qualificações mínimas, ou seja, os critérios objetivos previamente estabelecidos no edital do certame.

Conforme o § 1º do artigo 22 da lei nº 8.666/1993 temos:

Art 22 São modalidades de licitação:

I – concorrência

(...)

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto.”³⁷

O objeto desta modalidade refere-se a transações de grande monta, que, conforme o artigo 23 da lei nº 8.666/1993 destina-se:

- (i) para obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e;
- (ii) para compras e serviços não referidos como de engenharia acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

³⁷ Conferir lei das licitações – lei nº 8.666/1993, art. 22, inciso I e § 1º.

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda informa como conteúdo do § 3º do artigo 23 da lei de licitações o seguinte:

Será, entretanto, obrigatória (a modalidade de concorrência), independentemente da magnitude do negócio, nos seguintes casos, na conformidade do art. 23, § 3º: a) na compra de bens imóveis; b) nas alienações de bens imóveis para as quais não se haja adotado a modalidade do leilão – procedimento este último, aliás, circunscrito a hipóteses em que o valor do bem não exceda o limite da tomada de preços estabelecido para compras; c) nas concessões de direito real de uso.³⁸

Por sua vez, Adilson de Abreu Dallari dispõe a respeito da concorrência da seguinte forma:

Concorrência é a modalidade de procedimento licitatório efetuada mediante convocação genérica a um número indeterminado de pessoas, cuja idoneidade se verificará no curso do procedimento, e que, em função da máxima amplitude do chamamento, exige grande publicidade. É o chamamento mais geral possível; destina-se a toda e qualquer pessoa eventualmente interessada, que, no curso da licitação, puder demonstrar preencher os requisitos expressamente requeridos pela Administração num edital, que é afixado em lugar visível, publicado, ainda que resumidamente, em órgãos oficiais e na grande imprensa e divulgado por todos os meios possíveis e convenientes.³⁹

Em suma, há de ser verificado que a concorrência é a modalidade licitatória genérica, que permite a participação de quaisquer interessados que cumpram as qualificações objetivas prévias do edital para a execução de objeto licitatório de grande vulto financeiro ou conforme as exceções definidas no art. 23, § 3º da lei nº 8.666/1993.

4.1.2.2. Tomada de preços

A modalidade licitatória de tomada de preços permite a participação de pessoas devidamente cadastradas ou que, efetivamente, cumprirem com os requisitos cadastrais até o terceiro dia anterior ao da data de recebimento das propostas.

O § 2º do artigo 22 da lei de licitações dispõe da seguinte forma:

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

³⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

Art 22 São modalidades de licitação:

(...)

II – tomada de preço;

(...)

§ 2º Tomada de preço é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.⁴⁰

Esta modalidade licitatória é destinada a objetos de médio vulto financeiro que, conforme o artigo 23, incisos I e II da lei nº 8.666/1993, atingem os seguintes valores:

- (i) para obras e serviços de engenharia até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e;
- (ii) para compras e serviços não referidos como de engenharia até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello explica-nos a esta modalidade licitatória nos seguintes termos:

A tomada de preços (art. 22, § 2º), destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeriram e sejam destarte, qualificados.⁴¹

Vejamos, ainda, como Adilson Abreu Dallari aborda o tema:

Tomada de preços é a modalidade de procedimento licitatório efetuado mediante convocação genérica a um grupo determinado de pessoas cuja idoneidade já foi devidamente comprovada, e que, em função da relativa amplitude do chamamento, exige publicidade suficiente para atingir o grupo de pessoas ao qual se destina. É o chamamento endereçado a eventuais contratantes previamente cadastrados e que, no curso da licitação, apenas comprovarão essa circunstância e apresentarão propostas de acordo com o requerido no edital de abertura, o qual deverá ser afixado em lugar visível e divulgado pelos meios capazes de fazer com que o chamamento possa atingir a totalidade das pessoas que integram o grupo dos eventuais contratantes idôneos.⁴²

Portanto, a tomada de preços é a modalidade licitatória que se exige a qualificação objetiva do interessado de acordo com os ditames prévios do edital, bem

⁴⁰ Conferir lei das licitações – lei nº 8.666/1993, art. 22, inciso I e § 2º.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

⁴² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

como sua devida inscrição em cadastro administrativo ou que o faça até três dias antes da data de recebimento das propostas para participar de transações que possuam objeto de vulto financeiro mediano.

4.1.2.3. Convite

A próxima modalidade licitatória a ser tratada é o convite. Esta é a modalidade em que a Administração Pública convida três interessados que atuem no mesmo ramo de atividade do objeto do certame, inscritos ou não em cadastro administrativo, devendo a Administração Pública estender o convite aos interessados cadastrados no ramo pertinente ao objeto da licitação que demonstrarem interesse na participação do certame até 24 horas antes da apresentação da proposta.

O comando legal que dispõe sobre o convite é o art. 22, inciso III, § 3º da lei nº 8.666/1993:

Art. 22 São modalidades de licitação:

(...)

III – convite;

(...)

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.⁴³

Com suas palavras, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece a ideia da modalidade licitatória em tela:

O convite (art. 22, §3º) é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.⁴⁴

O professor Adilson Abreu Dallari chama a atenção para uma importante característica a respeito dos participantes: a sua presumida e reputada

⁴³ Conferir lei das licitações – lei nº 8.666/1993, art. 22, inciso III e § 3º.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 565.

idoneidade. Esse importante aspecto deve ser deveras enfatizado, pois no convite a Administração Pública convoca pessoas determinadas e de forma individualizada. Sendo assim, é extremamente importante que a idoneidade e ilibação dos participantes esteja acima de dúvida e sobre dúvida para que não se promova, assim, ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade. Vejamos nas próprias palavras do professor:

Convite é a modalidade de procedimento licitatório efetuada mediante convocação específica a pessoas determinadas, cuja idoneidade é presumida, e que, em função da estreiteza do chamamento, exige um mínimo de publicidade indispensável para a observância ao princípio da isonomia. É o chamamento endereçado a eventuais contratantes individualizadamente, os quais foram escolhidos pela Administração em função de sua reputada idoneidade, e cujas propostas serão feitas em função de uma simples carta-convite, cujo modelo-padrão, juntamente com a relação dos destinatários, será afixada em local visível.⁴⁵

No que tange ao objeto da modalidade convite, este abarca transações financeiras de menor valor. O artigo 23, incisos I e II da lei nº 8.666/1993, estabelece o montante referente à modalidade convite da seguinte forma:

- (i) para obras e serviços de engenharia até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e;
- (ii) para compras e serviços não referidos como de engenharia até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Vê-se, portanto, que o convite trata de transações de menor vulto financeiro e que a Administração convoca de forma individualizada no mínimo três participantes, cadastrados ou não, e as demais pessoas que manifestarem interesse na participação do certame até 24 horas antes da apresentação das propostas, sendo que todos devem pertencer ao mesmo ramo de atividade do objeto e deter notória e reputada idoneidade.

4.1.2.4. Concurso

O concurso é uma modalidade licitatória que se diferencia das demais modalidades vistas até agora porque nele não se leva em consideração valores do objeto, além do que, é uma modalidade específica para a contratação de trabalhos técnicos,

⁴⁵ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

científicos ou artísticos, sendo que a disputa é firmada por qualquer interessado que possua qualificação necessária.

Essa modalidade advém do art. 22, inciso IV, § 4º da lei de licitações, vejamos:

Art 22 São modalidades de licitação:

(...)

IV – concurso;

(...)

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.⁴⁶

É importante ressaltar que a disputa se dá entre quaisquer interessados que cumpram com as qualificações exigidas previamente no edital, sendo o vencedor devidamente premiado ou remunerado.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello temos mais aclarada a ideia de concurso:

Concurso (art. 22, § 4º) é uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial. É de 45 dias, no mínimo, o prazo, contado a partir da publicação do aviso do edital de concurso até a data da realização deste evento (art. 21, § 2º, I).⁴⁷

O professor Adilson de Abreu Dallari esclarece-nos sobre a modalidade licitatória do concurso do seguinte modo:

Concurso é a modalidade de procedimento licitatório especificamente destinado à contratação de serviço técnico ou trabalho artístico, efetuado mediante convocação genérica de um número indeterminado de pessoas que aceitem a remuneração previamente estabelecida, cuja idoneidade pode ser verificada tanto previamente quanto no curso do procedimento, como ainda após a classificação dos vencedores, e que, pela especificidade do objeto, exige publicidade adequada para atingir um número razoável de possíveis interessados.⁴⁸

⁴⁶ Conferir lei das licitações – lei nº 8.666/1993, art. 22, inciso IV e § 4º.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 566.

⁴⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.

O professor Adilson de Abreu Dallari enfatiza quanto à idoneidade dos participantes que esta valoração pode ser verificada tanto de forma previa, durante o curso do procedimento, ou mesmo após a classificação do vencedor ou vencedores.

Portanto, podemos então entender a modalidade licitatória do concurso como uma disputa entre quaisquer interessados que cumpram com as qualificações do edital para a contratação de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, em que os vencedores serão devidamente premiados ou remunerados, tendo os interessados o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a partir da publicação do edital, para se manifestar quanto a sua participação no certame.

4.1.2.5. Leilão

A modalidade licitatória do leilão é a quinta e última modalidade apresentada na lei nº 8.666/1993. O leilão é destinado também para quaisquer interessados e o objeto refere-se à venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda bens imóveis alienados de acordo com o art. 19 da lei nº 8.666/1993⁴⁹.

O bem, móvel ou imóvel, será arrematado por quem oferecer maior lance, sendo que tal lance deve ser igual o superior ao valor previamente avaliado.

O artigo 22, inciso V, § 5º apresenta-nos o leilão com o seguinte texto:

Art 22 São modalidades de licitação:

(...)

V – leilão.

(...)

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.⁵⁰

⁴⁹ Conforme artigo 19 da lei nº 8.666/1993 temos: Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I – avaliação dos bens alienáveis; II – comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III – adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

⁵⁰ Conferir lei das licitações – lei nº 8.666/1993, art. 22, inciso IV e § 4º.

Na preleção do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, temos o seguinte:

O leilão (art. 22, § 5º) é a modalidade licitatória utilizável para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial ou, ainda, para venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação. Sua utilização é restrita aos casos em que o valor isolado ou global de avaliação deles não exceder o limite fixado para compras por tomada de preços (art. 17, § 6º).⁵¹

Adilson Abreu Dallari, por sua vez, informa a modalidade licitatória do leilão da seguinte maneira:

Leilão é a modalidade de procedimento licitatório especificamente destinado à alienação de bens previamente avaliados, efetuado mediante convocação genérica a um número indeterminado de pessoas, que apresentarão suas propostas mediante lances formulados oralmente, cujo valor será pago ou garantido imediatamente, e que deve ser precedido de grande publicidade.⁵²

Vale a observação do professor Adilson Abreu Dallari de que os lances serão efetuados oralmente e que o valor definido no lance será pago ou garantido imediatamente, além disso, devido ao fato dessa modalidade licitatória ser direcionada a quaisquer interessados, há de ser precedido de grande publicidade, para atrair o maior número de interessados possível.

Em suma, o leilão é a modalidade licitatória direcionada para quaisquer interessados e destinada para que se proceda à venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para toda a alienação de imóveis prevista no art. 19 da lei de licitações.

Tendo sido verificadas as cinco modalidades de procedimento licitatório introduzidas pela lei das licitações, restam, ainda, as modalidades do pregão e da consulta que foram introduzidas, como já mencionado, pela lei da ANATEL – lei nº 9.472/1997.

Vamos a elas, a começar pelo pregão.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 566.

⁵² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

4.1.2.6. Pregão

O pregão é a modalidade de procedimento licitatório a princípio apresentado pela lei da ANATEL – lei nº 9.472/1997 – de modo inconstitucional, mas posteriormente convalidado pela lei nº 10.520/2002.

Apresenta-se como meio hábil para os certames com objetos referentes às aquisições de bens e serviços comuns, não importando o valor previamente estimado, em que o interessado elabora uma proposta em sessão pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello informa o pregão com os seguintes dizeres:

O pregão pode ser entendido como a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.⁵³

Nessa mesma linha, informa Adilson Abreu Dallari:

Pregão é a modalidade de licitação especificamente destinada à aquisição de bens e serviços comuns, que dispensam especificações, caracterizada pela apresentação de propostas e lances sucessivos em sessão pública e pela verificação da idoneidade apenas do licitante que houver apresentado a proposta de menor preço, devendo ser precedida de grande divulgação.⁵⁴

Verifica-se das doutrinas apresentadas uma expressão indeterminada que pode dar azo a interpretações dúbias e, por isso mesmo, a utilização inadequada desta modalidade licitatória. Referimo-nos à expressão indeterminada “serviço comum”. E o que seria, afinal, bens e serviços comuns?

Visando responder e melhor esclarecer a expressão, Marçal Justen Filho informa que “é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado”⁵⁵.

Em brevíssimo escorço, podemos então afirmar que a modalidade licitatória do pregão é aquela destinada a qualquer interessado, cujo objeto fixa-se na

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

⁵⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: nova modalidade licitatória**, in RDA 221/12, jul. – set./2000, *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

obtenção de bens e serviços comuns, ou seja, que não possui necessidade especial a ser atendida e, por isso mesmo, dispensam especificações, não importando os valores estimados da contratação.

4.1.2.7. Consulta

Por fim, temos a modalidade de procedimento licitatória denominada consulta. Esta é muito criticada principalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello, informando ser uma figura inválida. Vale a observação da crítica, ao menos em nota de rodapé⁵⁶.

Independentemente da questão da invalidade dessa modalidade licitatória, para o presente trabalho vale apenas entender, em linhas gerais, seu conceito e contornos de utilização.

Portanto, o que importa no escopo deste trabalho é saber que a consulta é uma modalidade licitatória em que são convidados cinco interessados para apresentarem propostas para o fornecimento de bens e serviços não comuns.

O art.15 do regulamento de contratações da ANATEL é o dispositivo normativo que nos apresenta esta modalidade licitatória. Vejamos:

Art. 15 - Consulta é a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns.⁵⁷

Do texto do regulamento, verificam-se traços similares à modalidade convite, apresentando apenas alguns aspectos de distinção. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece-nos:

⁵⁶ “A consulta é uma figura inválida, porque não foi delineada por lei alguma. Deveras, a lei que lhe previu a criação – e o fez tão-somente para a ANATEL (Lei 9.472, de 16.7.97), embora mais tarde a consulta houvesse sido estendida para todas as agências reguladoras da órbita federal (art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000) – sequer disse em que consistia tal figura. Seu desenho normativo está formulado no art. 15 do ‘Regulamento de Contratações’ da ANATEL, aprovado pela Resolução 5, de 15.1.98 – portanto, ato subalterno, obviamente sem força para inaugurar no universo jurídico uma nova modalidade licitatória, maiormente se se considera que a Lei 8.666, em seu art. 22 enuncia as modalidades de licitação e as define em seus parágrafos.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 573-574).

⁵⁷ Conferir artigo 15 do regulamento de contratações da ANATEL.

Examinando-se o regime da consulta, percebe-se que se diferencia do convite, fundamentalmente, porque não está restrito aos casos de pequeno valor; os convidados não serão pelo menos três, mas cinco fornecedores, e os que decidem o certame não são designados como Comissão, mas sim 'Juri'(!), talvez para assumir um ar norte-americano, supostamente engrandecendo, assim, a ANATEL e deixando desvanecidos os que elaboraram e aprovaram o Regulamento, por forma desta proximidade cultural (ao menos terminológica) com os naturais dos Estados Unidos da América do Norte.⁵⁸

De forma resumida, temos que a modalidade consulta é o procedimento licitatório destinado a pelo menos cinco interessados, pessoas físicas ou jurídicas, convidadas pela Administração Pública, a efetuar propostas para o fornecimento de bens e serviços não comuns.

Assim, verificadas as modalidades licitatórias admitidas no Brasil, vale adentrarmos-nos às etapas e fases da licitação.

4.1.3. Etapas e Fases

Para que possamos efetuar uma análise, breve que seja, das etapas e fases da licitação, temos que entender que ela, a licitação, nada mais é que um processo ou procedimento administrativo.

Nessa linha, vale reforçarmos o que já foi apresentado⁵⁹ do conceito de processo administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello: “processo ou procedimento administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem todos a um resultado final e conclusivo”⁶⁰.

Portanto, cada ato desse procedimento depende da conclusão do ato anterior para que, logicamente, sua essência seja incorporada no todo do sistema procedimental.

Nada diferente é a relação de sucessão entre as etapas e fases do procedimento licitatório. São elas dependentes uma das outras, de tal sorte a, tomadas como um conjunto encadeado, chegarem ao resultado final ensejado.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 574.

⁵⁹ Conferir nota de rodapé nº 33.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 491.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar sobre o vínculo entre as fases da licitação, dispõe o seguinte:

Sendo a licitação um procedimento, desdobra-se em fases. A realização e regular exaurimento de cada qual é pressuposto e requisito da fase subsequente. Daí que a conclusão da etapa antecedente condiciona a irrupção da subsequente.⁶¹

Esse desdobramento da licitação em fases permite uma organização do iter processual para melhor compreensão e controle tanto por parte da Administração Pública, gestora competente da realização do procedimento, quanto por parte dos Administrados.

Aliás, no que diz respeito à compreensão e estudo das etapas e fases da licitação, verifica-se na doutrina um sem número de diferentes formas de classificação, organização e apresentação.

Por isso mesmo, tendo em vista que a doutrina não é pacífica quanto à divisão e classificação das fases licitatórias, optamos por seguir a doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, pois, em nosso entender, o critério por ele adotado é mais lógico, didático e aceito por boa parte dos doutrinadores.

4.1.3.1. Etapas

De forma bastante sucinta, pode-se dizer que a licitação possui uma etapa interna e outra externa.

A *etapa interna* é aquela que corresponde aos atos preparatórios da licitação. É interna porque a Administração Pública atua internamente de forma a planejar todo o arranjo objetivo a ser trilhado e alcançado na licitação.

Os atos preparatórios de um certame licitatório abrangem a elaboração de um projeto básico, estudo orçamentário contendo os custos e recursos financeiros envolvidos, harmonização financeira do certame com as metas do Plano

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 583.

Plurianual⁶², bem como a devida identificação e caracterização do objeto licitatório (neste caso quando a licitação se referir a compras).

Em concordância a essa doutrina, preleciona o professor Adilson Abreu Dallari:

Na fase preparatória do procedimento estariam os atos destinados a formar a intenção da Administração em abrir um chamamento público; fixar precisamente o objeto do futuro contrato; estabelecer as condições do certame; em caso de dúvidas, proceder a uma avaliação estimativa da eventual despesa; em se tratando de órgão ou entidade cuja movimentação contábil seja regida pelas normas da contabilidade pública, verificar a existência de recursos orçamentários; determinar ou autorizar a abertura da licitação, bem como designar agentes administrativos especificamente encarregados do seu processamento etc.⁶³

A etapa interna da licitação é de extrema importância para todo o escopo licitatório, pois, uma vez firmado um acurado trabalho de preparação e planejamento do certame, todo o desenrolar do procedimento se dá de forma mais efetiva e dinâmica, sem, até mesmo, possíveis interrupções do iter processual devido aos participantes, descontentes com o desenvolvimento do processo, ensejarem interposição de recursos para resguardar seus direitos eventualmente ofendidos no decorrer do certame.

Portanto, a etapa interna do procedimento licitatório é aquela em que a Administração Pública atua internamente para cumprir com todos os atos condicionantes e preparatórios do procedimento, ensejando, assim, a abertura do certame.

Já a *etapa externa* do procedimento é aquela em que há a atuação e devida participação dos interessados. Aqui a disputa licitatória toma forma com a publicação do edital de licitação ou com o envio das cartas-convite para os interessados.

É a partir dessa etapa que, efetivamente, se inicia o vínculo processual entre a Administração Pública e os interessados do certame.

Com suas próprias palavras, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a etapa externa:

A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa,

⁶² As metas do Plano Plurianual são aquelas definidas no artigo 165 da Constituição Federal.

⁶³ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103.

irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame.⁶⁴

Com a efetiva divulgação do interesse da Administração Pública em chamar os administrados a participarem do certame, inicia-se a disputa entre os interessados para, ao final do certame, firmar contrato público com a Administração.

A fase externa compreende, em uma só expressão, o “desenvolvimento propriamente dito da licitação”, no qual os interessados, tomando ciência do certame, apresentam suas propostas para que, ao final, a Administração Pública tome uma ou mais propostas, a depender das definições previamente contidas no edital licitatório, como vencedoras.

É exatamente nesse momento de definição da participação dos interessados no certame, ou seja, início da fase externa, que se consubstancia a disputa licitatória propriamente dita. Esta etapa está subdividida em 5 (cinco) fases distintas, a saber: (a) edital; (b) habilitação; (c); classificação e julgamento; (d) homologação e; (e) adjudicação.

Verifiquemos de forma breve as fases da etapa externa do procedimento licitatório.

4.1.3.2. Fases

4.1.3.2.1. Edital

Como podemos notar, a fase denominada edital estabelece o início da etapa externa do procedimento licitatório.

Nela, a Administração Pública dá ciência à toda coletividade de que está sendo iniciado um certame licitatório, bem como dá ciência a todos do conteúdo do edital com a devida publicidade.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 580.

Por meio da elaboração do edital, na etapa interna da licitação, criam-se todas as condições inerentes do certame; identifica-se o objeto licitatório; estabelecem-se as qualificações dos proponentes para efetivamente participar do procedimento; determinam-se os atos e termos processuais; bem como, dispõe-se sobre as cláusulas futuras do contrato a ser celebrado com o vencedor da licitação.

A fase do edital torna público todo o estudo firmado pela Administração referente ao certame e, efetivamente, procede ao chamamento dos interessados a elaborarem e firmarem suas respectivas propostas.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o edital de um certame da seguinte forma:

Pode-se definir o edital da seguinte forma: é o ato cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.⁶⁵

Pela importância que desempenha nos certames, o edital é, por isso mesmo, conhecido como “a lei dos certames” ou “a lei interna da licitação”. Vejamos na letra de Hely Lopes Meirelles essa ideia:

O edital é o instrumento pelo qual a Administração leva ao conhecimento público sua intenção de realizar uma licitação e fixa as condições de realização dessa licitação. É a lei interna da licitação, vinculando inteiramente as partes às suas cláusulas. As indicações do edital encerram uma formal manifestação de vontade pela Administração e servem para orientar a formulação das propostas, razão pela qual não podem ser alteradas.⁶⁶

Pelo que se verifica, o edital é o documento mais importante para um procedimento licitatório, pois além de determinar as qualificações necessárias para a participação dos proponentes e definir todo o objeto licitatório, também interfere diretamente em todas as outras fases da etapa externa do certame, já que são elas dependentes do conteúdo apresentado no edital, bem como, e até mesmo, define os contornos das cláusulas contratuais a serem pactuadas com o vencedor ou vencedores do procedimento.

A fase subsequente ao edital é denominada habilitação, vejamos.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 589.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 268.

4.1.3.2.2. **Habilitação**

Conforme foi verificado, a etapa externa da licitação inicia-se com a publicidade do edital que estabelece todos os contornos procedimentais a serem seguidos na licitação, inclusive o prazo para os interessados manifestarem seu interesse em participar do certame, apresentando toda a documentação necessária para a sua habilitação, bem como sua proposta.

Com a apresentação de toda a documentação do proponente, a Administração Pública passa a analisar a real aptidão de participação do proponente no certame, ou seja, se os proponentes possuem reais qualificações para participar do procedimento licitatório, conforme o conteúdo do edital.

Aliás, conforme é verificada na própria letra de Celso Antônio Bandeira de Mello, esta fase é também denominada qualificação, exatamente porque analisa e qualifica os interessados tendo em vista todo o rol de documentos exigidos no edital. Vejamos:

A habilitação, por vezes denominada qualificação, é a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração. Examinam-se a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, isto é, a proibição de 'trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.⁶⁷

Há de ser enfatizado que a fase da habilitação é constituída de diversos atos que visam à qualificação dos proponentes, ou seja, nesta fase é feita a análise das condições mínimas dos licitantes para participar do certame.

Esses atos podem ser concernentes à habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira, com a análise de documentos, realização de diligências e produção de pareceres, tudo isso para que a Administração Pública tenha elementos para determinar se os interessados são aptos a participar do certame e, logo após, julgar e classificar as propostas dos interessados tidos como aptos, ou melhor, habilitados.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 592.

Finda a fase de habitação das qualificações dos proponentes, a Administração Pública incumbe-se de firmar o julgamento e classificação das propostas. Nessa próxima fase são abertas as propostas firmadas pelos interessados habilitados, de tal sorte que a Administração Pública avalia e julga de acordo com os critérios objetivos definidos no edital. É a fase que será verificada ao que se segue.

4.1.3.2.3. Julgamento e Classificação

Tendo sido analisada toda a documentação necessária para que a Administração Pública defina a aptidão de participação de cada proponente no procedimento licitatório, inicia-se, a partir daí, a fase do julgamento e classificação das propostas dos interessados habilitados.

O julgamento, então, é feito por um juízo de admissibilidade que analisa, agora, as propostas dos habilitados de acordo com um critério objetivo definido no edital de licitação.

Desse juízo objetivo de admissibilidade, as propostas desconformes com as disposições do edital serão desclassificadas.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello informa que:

O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o quê não poderão sequer ser tomadas em consideração. Devem ser desclassificadas. Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para a sua participação no certame. À entidade licitadora incumbe fundamentar a desclassificação, explicitando de modo claro e preciso os aspectos que determinaram sua incompatibilidade com os requisitos inerentes à licitação.⁶⁸

Para que uma proposta possa ser, ao menos, apreciada, deve ela ser necessariamente séria, firme e concreta, bem como, “estar ajustada às condições do edital”.⁶⁹

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 603.

⁶⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece tais requisitos da seguinte forma:

Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida;
Proposta firme é aquela feita sem reservas, quais as de cláusula condicional ou resolutiva;
Proposta concreta é aquela cujo conteúdo do ofertado está perfeitamente determinado nela mesma, sem estabelecer remissões a ofertas de terceiros, quais, *exempli gratia*, o 'preço que for mais baixo' ou 'tanto por cento menos que a melhor oferta';
Proposta ajustada às condições do edital e da lei é a que se contém no interior das possibilidades de oferta neles permitidas.⁷⁰

Fato é, ainda, que não basta à Administração Pública determinar a desclassificação de um proponente devido à sua proposta. A decisão de desclassificação deve vir sempre justificada de forma detalhada pelos motivos os quais deram azo à desclassificação.

Após restarem apenas as propostas compatíveis com o conteúdo do edital, todas elas são classificadas em ordem a se observar qual proposta será a mais vantajosa para a o interesse público.

Vejamos, mais uma vez o que dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

Classificação é o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem, na conformidade dos critérios de avaliação estabelecidos no edital (e que, evidentemente, não de ser consoantes à lei). Quem a realiza é a comissão julgadora da licitação, que deve ser composta por três membros pelo menos.⁷¹

A classificação, firmada por um colegiado de três membros da própria comissão julgadora, ordena as propostas que remanesceram na disputa do certame, definindo, por consequência, o proponente responsável pela proposta vencedora.

Se todo o procedimento licitatório firmado até aqui tiver sido executado de forma válida e em conformidade com as disposições do edital e da lei, o proponente da proposta considerada mais adequada e vantajosa para a licitação e, via de consequência, para o interesse público, será considerado vitorioso.

Antes, porém, ocorrerá uma fase de verificação de todo o procedimento. Essa é a fase de homologação a ser vista na sequência.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 604-605.

⁷¹ Idem. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 607.

4.1.3.2.4. Homologação

Para que seja constatada toda e qualquer irregularidade que por ventura possa ter ocorrido durante o procedimento licitatório, o certame avança para uma fase de homologação, a qual uma autoridade de fora da gestão do procedimento licitatório realizado, é dizer, uma autoridade que não seja parte integrante da comissão de licitação, fica incumbida de verificar a conformidade do procedimento.

Uma vez verificado no procedimento algum vício que efetivamente macule o certame, será determinada a anulação do procedimento, sendo necessária a devida motivação do ato de anulação.

Já no caso de não ser encontrado qualquer vício ou irregularidade que possa retirar a legitimidade e a lisura do procedimento, a autoridade competente firmará a homologação da licitação.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello temos:

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas. Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe a anulação.”⁷²

Então, uma vez homologado o procedimento licitatório, resta apenas pendente a oficialização do vencedor bem como a sua ciência e chamada para firmar o contrato administrativo referente ao certame vencido.

Essa fase de oficialização é conhecida como adjudicação.

4.1.3.2.5. Adjudicação

Por fim, temos a fase de adjudicação que, em apertada síntese, é o ato de convocação do vencedor do procedimento licitatório para firmar o contrato administrativo.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 604-605.

É, em verdade, o tão esperado ato final e conclusivo da licitação; o momento ulterior no qual todos os atos e fases anteriores da licitação convergem para consolidar a celebração do contrato administrativo com quem se sagrou vencedor.

Na letra de Celso Antônio Bandeira de Mello temos que “adjudicação é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame”⁷³.

Por ser o ato final e conclusivo da licitação, gera em todos os participantes a expectativa de vê-lo concretizado, com o que, podemos dizer: os participantes têm o direito de ver a realização e efetivação da fase de adjudicação da licitação a qual se dispuseram e desprenderam tempo e dinheiro para participar.

Hely Lopes Meirelles conceitua a adjudicação da seguinte maneira:

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato administrativo. É o ato constitutivo do direito do licitante a contratar com a Administração, quando esta se dispuser a firmar o ajuste.⁷⁴

Vale aqui também reforçarmos a ideia de que o vencedor do certame possui uma expectativa de direito⁷⁵ de celebração do contrato com a Administração Pública. Isso quer dizer que a Administração Pública, mesmo tendo elaborado o procedimento licitatório, não é obrigada a celebrar o contrato com o vencedor do certame.

É que, havendo algum motivo externo e fortuito modificador do interesse público que envolvia o procedimento licitatório, a Administração pode, pelo bem do interesse da coletividade, não mais realizar o contrato administrativo idealizado. Sendo assim, o vencedor do certame somente terá o direito de celebração do contrato se a Administração Pública efetivamente entender que o contrato deva ser firmado.

Feita essa brevíssima verificação do conceito, modalidades, etapas e fases da licitação, adentremo-nos mais especificamente aos princípios constitucionais e infraconstitucionais informadores do procedimento licitatório.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 612.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **O procedimento da licitação**, São Paulo: Cedro, p. 39 *apud* DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

⁷⁵ Para um melhor entendimento da ideia de expectativa de direitos na celebração dos contratos administrativos, conferir nota de rodapé nº 102 deste trabalho.

4.2. Os Princípios Constitucionais Informadores da Licitação

Sabendo-se que a licitação é um instituto do Direito Público, antes de qualquer apontamento, vale frisar que está adstrito aos preceitos dessa seara jurídica e, via de consequência, ao Regime Jurídico-Administrativo, já explicado anteriormente neste trabalho.

Conforme constatamos, a Constituição Federal faz menção aos princípios norteadores da Administração Pública no *caput* do artigo 37⁷⁶, apontando de forma imperiosa os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já verificamos com maior detença os contornos do princípio da legalidade que, a nosso ver, possui prioritária relevância dentro do Regime Jurídico Público-Administrativo.

Contudo, vale também atentarmo-nos aos demais princípios constitucionais da Administração Pública (impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Aliás, é importantíssimo enfatizar que os princípios da impessoalidade e moralidade são os que mais determinam a essência e a identidade do instituto da licitação.

Isso porque a própria gênese da licitação advém da necessidade de positivar procedimentos que permitam à Administração Pública maior impessoalidade em seus atos, extirpando-se qualquer tipo de promoção ou favoritismo pessoal de seus agentes, bem como permitir de forma rigorosa a devida atenção à moralidade na gestão da coisa pública.

Vale, então, ao que se segue, efetuar uma verificação um pouco mais aprofundada sobre os princípios constitucionais informadores da licitação, a começar pelo princípio da impessoalidade.

⁷⁶ Conferir nota de rodapé nº 19 deste trabalho.

4.2.1. Princípio da Impessoalidade

Além do já mencionado princípio da legalidade, outro fundamental princípio constitucional da Administração Pública é o da impessoalidade.

Conforme já mencionado, esse princípio, juntamente com o da moralidade, conforma toda a essência do procedimento licitatório.

Ora, a própria razão de ser das licitações advém da incessante busca pela isonomia das pessoas privadas dispostas a participar da gestão pública e, dessa forma, extirpar da Administração qualquer tipo de favoritismos ou promoções pessoais que suscitem algum tipo de proveito (locupletamento financeiro, privilégios de qualquer ordem – pessoais, políticos ou ideológicos – ou contratações com a Administração Pública) de agentes públicos ou mesmo administrados em detrimento de toda a coletividade.

Fato é que qualquer tratamento especial que vise favorecer quem quer que seja na participação da coisa pública, ou valendo-se dela, fere o princípio da impessoalidade e, via de consequência, não se coaduna com o espírito do procedimento licitatório.

Tendo isso em mente, muito interessante aqui verificar a distinção da doutrina de Hely Lopes Meirelles para a de Celso Antônio Bandeira de Mello no que diz respeito ao enfrentamento desse importantíssimo princípio.

Para aquele, o princípio da impessoalidade erige-se na ideia de que a Administração Pública deve perseguir a finalidade da lei, atenta sempre a seu espírito e nunca, jamais, no intento de benefícios individualizados.

Está a se falar de impessoalidade no trato da gestão e coisa pública, de tal sorte a não haver qualquer tipo de promoção pessoal na realização da atividade administrativa, pois quando há a busca da finalidade da lei, seu espírito também é perseguido e, sendo assim, será impessoal.

Por esse entendimento, verifica-se que o princípio da impessoalidade confunde-se com o da finalidade. Na letra do próprio professor Hely Lopes Meirelles temos:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim

legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.⁷⁷

Já no raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade está vinculado ao da isonomia, pois vislumbra um tratamento equânime do Administrador Público em relação aos administrados.

Nesta visão, qualquer tipo de discriminação que não se proceda sob a égide do princípio da isonomia é favoritismo pessoal e, portanto, deve ser extirpada da conduta administrativa.

Em sua obra Curso de Direito Administrativo, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello colaciona, com a clareza que lhe é peculiar, a respeito do princípio da impessoalidade:

Nele (no princípio da impessoalidade) se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.⁷⁸

No nosso entender, muito embora cada uma das visões verificadas enfatizar facetas diferentes do princípio da impessoalidade, tanto a doutrina de Hely Lopes Meirelles quanto a do professor Celso Antônio Bandeira de Mello dão supedâneo axiológico válido.

É que, como foi visto nas teorias de R. Dworkin e R. Alexy no que se refere ao âmbito de peso dos princípios, com a efetiva colisão entre eles (finalidade X isonomia), bem como a ideia de alto grau de abstração e generalidade e diminuto teor de concretude e especificidade, é possível que os princípios tanto da finalidade, trazido à baila por Hely Lopes Meirelles, quanto da isonomia, suscitado por Celso Antônio Bandeira de Mello, entrelacem-se, trazendo, entre si, aspectos de convergência para o perfeito entendimento do princípio da impessoalidade.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 104.

4.2.2. Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade ou moralidade administrativa apresenta-se como um dos importantes princípios dispostos no *caput* do art. 37 e no art. 5, inc. LXXIII, ambos da Constituição Federal brasileira. Este princípio está a se referir ao decoro em que a Administração Pública deve dispensar em todos os seus atos.

O âmbito da moralidade em questão não é o comum, mas sim o público-administrativo, por isso mesmo o próprio princípio é apresentado no art. 5º, inc. LXXIII da Constituição Federal como moralidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles em citação à obra de Henri Welter aponta:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral da administração e pela ideia de função administrativa.⁷⁹

A ideia trazida por este princípio estabelece ao Administrador Público a necessidade de, além de distinguir o legal do ilegal, o justo do injusto e o honesto do desonesto, aplicar sua discricionariedade sempre de modo ético, com atos condizentes à boa administração, pois até mesmo os vetustos ensinamentos romanos já se prendiam à ideia de que *non omne quod licet honestum est*⁸⁰ – “nem tudo que é legal é honesto”.

O correto entendimento desse princípio não se faz de forma tão simples. Devemos entender que é uma ideia que vincula normas do Direito e da Moral.

O professor Márcio Cammarosano explica-nos em sua preciosa obra “O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa” que somente valores de normas morais juridicizados ensejam vinculação ao princípio da moralidade ou moralidade administrativa.

Isso porque:

⁷⁹ WELTER, Henri. **Le controle jurisdictionnel de la moralité administrative**, p. 74, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais.

É por essa razão que o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de *per sí*, juridiciza preceitos morais.⁸¹

A ideia central é a de que existem diversas ordens normativas com cargas axiológicas que condicionam o comportamento humano.

O Direito é uma ordem coativa do comportamento humano, mas que, devido ao seu “inevitável conteúdo axiológico” acaba alcançando também outras ordens normativas de valores diversos, como a ordem moral.

Ora, mas a simples transgressão de normas não juridicizadas como, por exemplo, as de ordem moral não torna, o transgressor em um infrator da moralidade administrativa, aqui tratada.

Para que o ato desse suposto infrator possa ser considerado um ato lesivo à moralidade administrativa, deve este ato ser lesivo tanto a uma norma jurídica quanto a uma norma moral, concomitantemente. É esse o sentido que o professor Marcio Cammarosano se refere quando expõe o termo “norma moral juridicizada”.

Na letra dele próprio, torna-se simples o entendimento da ideia:

No exercício da função administrativa, agentes públicos revelam comportamentos, omissivos e comissivos, e expedem atos que ou ofendem a ordem jurídica ou não ofendem. Se ofendem, estão eivados de vício de legalidade em sentido amplo ou restrito. São inválidos. Se não ofendem, são válidos.

São inválidos, portanto, apenas os atos que violam o Direito. Se não há violação ao Direito, nada importa que seja considerado em descompasso com outras ordens normativas do comportamento humano, como a moral.

Mas é certo que muitos preceitos jurídicos, em razão mesmo do ‘inevitável conteúdo axiológico’ do Direito, incorporam valores ou pautas de comportamento sacados de outras ordens normativas. Com efeito, dizendo respeito ao comportamento humano, o Direito pertence ao mundo ético, do qual é um dos segmentos, de sorte que seleciona valores de outros segmentos daquele mundo. Seleciona, não incorpora todos.⁸²

⁸¹ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113-114.

⁸² Idem. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 111-112.

Destarte, em rápido escorço, o princípio da moralidade administrativa baliza-se na moral jurídica, ou melhor, na ordem moral juridicizada, que nada mais é que o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”⁸³.

O princípio da moralidade ou moralidade administrativa é um dos mais importantes comandos normativos do instituto da licitação, exatamente porque exprime a própria razão de ser deste instituto do Direito Público.

Ora, a necessidade de se planejar e previamente observar qual a proposta mais adequada para as atividades da Administração Pública já pressupõe a busca moralizadora da própria gestão, que não pode proceder qualquer tipo de contrato administrativo com particulares (seja para a construção de obras públicas, execução de serviços públicos, efetuar compras, alienações e locações de bens públicos, nem, tampouco, promover concessões e permissões de serviços públicos)⁸⁴, sem a devida verificação da melhor condição para atender o interesse público.

A própria essência da licitação enseja a moralidade da coisa pública, pois é o procedimento hábil a evitar gastos excessivos e impedir o favoritismo e a parcialidade no ato das decisões atinentes às contratações de particulares interessados na participação da coisa pública.

Por tudo isso é que o princípio da moralidade ou da moralidade administrativa é um princípio constitucional que, essencialmente, traduz a própria noção fundamental da lei das licitações.

4.2.3. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade é também um importante alicerce constitucional para a esfera do Direito Público, em especial, para a Administração Pública e para as licitações.

⁸³ HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaires de droit administratif**. p. 197 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

⁸⁴ Art. 2º da lei nº 8.666/1993 – “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Aqui deve-se ter em mente que enquanto não houver a divulgação oficial dos atos administrativos (exceto os considerados de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração Pública)⁸⁵, estes não poderão produzir efeitos, pois é requisito de eficácia, transparência e moralidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim dispõe sobre o tema:

Consagra-se nisto (no princípio da publicidade) o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.⁸⁶

Portanto, a atividade administrativa, para ser plena, deverá ser conduzida com imparcialidade, moralidade, e também ser previamente informada aos administrados, com a maior transparência possível, valendo-se do princípio da publicidade, sob pena de nulidade de tais atos.

O princípio da publicidade toma, aqui, dimensões ainda maiores, tendo-se em vista que a licitação é um procedimento que envolve a participação de toda a coletividade.

Além da relevância constitucional do princípio da publicidade, a própria lei nº 8.666/1993, no parágrafo 3º de seu artigo 3º, o suscita como baliza essencial para o alcance dos propósitos e dos princípios transcritos no diploma legal das licitações. Vejamos o dispositivo legal:

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

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.⁸⁷

⁸⁵ Nos termos da lei nº 8.159/1991 e decreto nº 7.845 referentes às políticas nacionais de arquivos públicos e privados e; procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo e sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento, respectivamente.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

⁸⁷ Conferir art. 3º, §3º da lei das licitações – lei nº 8.666/1993.

Conforme foi mencionado no tópico referente ao conceito das licitações⁸⁸, é da própria essência pública deste instituto jurídico conclamar as pessoas privadas interessadas em participar da coisa pública para apresentar propostas que serão analisadas e julgadas conforme critérios objetivos predefinidos pela Administração Pública e, após, adjudicar o vencedor da melhor proposta o objeto da licitação, para, finalmente firmar contrato administrativo com o ente estatal e, assim, satisfazer do interesse público.

Ora, a publicidade de todos os atos públicos inerentes a um certame licitatório advém, exatamente, da necessidade de tornar notório e eficaz o procedimento, chamando a maior quantidade de interessados possível para a plena participação da coletividade.

Além disso, vale também enfatizar o caráter ensejador de transparência em cada ato de um certame licitatório. Isso porque, cada ato deve conter a motivação de sua decisão e a devida divulgação há de ser sempre rigorosamente efetuada.

Celso Antônio Bandeira de Mello muito bem coloca a questão com as seguintes palavras:

O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É de um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.⁸⁹

O que se verifica é que, além de resguardar o direito de qualquer cidadão interessado na participação da coisa pública de, efetivamente, tomar conhecimento de certames licitatórios a ocorrer em um ente estatal, também permite às pessoas já participantes tomarem ciência das decisões ali firmadas, garantindo dessa forma o direito processual de cada licitante de interpor recurso cabível para questionar, perante o órgão competente, as decisões tomadas pela Administração Pública.

Este princípio, em suma, além de promover a divulgação dos atos públicos, auxilia tanto na impessoalidade quanto na moralidade da Administração Pública, já que permite ampla divulgação do planejamento da Administração, procedimentos dos atos administrativos, bem como, as decisões propriamente ditas de todo o procedimento licitatório.

⁸⁸ Conferir nota de rodapé nº 32 deste trabalho.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

Além do princípio da publicidade, outro princípio estampado na Constituição Federal brasileira é o princípio da eficiência, o qual verificaremos ao que se segue.

4.2.4. Princípio da Eficiência

Por fim, no que tange aos princípios constitucionais da Administração Pública, tem-se o princípio da eficiência que nada mais é do que algo esperado e desejado por todos.

Em escorreita síntese, é o dever da Administração em resolver as questões públicas despendendo a devida atenção que o assunto proporcionalmente exige, com uma compatível produção profissional e valendo-se da devida presteza e agilidade em todos os atos.

Na letra de Hely Lopes Meirelles temos a seguinte intelecção do princípio:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁹⁰

Em que pese a doutrina de Hely Lopes Meirelles depositar certa carga de importância ao princípio da eficiência, fato é que esse princípio não traz nada além do óbvio em relação ao comportamento da Administração Pública.

A eficiência da Administração Pública é somente uma das facetas finalísticas de um princípio que há muito já informa e norteia o Regime Jurídico-Administrativo, qual seja: o princípio da boa administração.

A boa administração é um princípio que advém da própria essência do interesse público que, como vimos, é o parâmetro primordial tanto da supremacia do interesse público sobre o privado quanto da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

Ora, a Administração Pública existe para satisfazer o interesse público no conjunto social, e só há satisfação do interesse público se houver boa administração. Em outras palavras, a Administração Pública somente estará orientada aos anseios da coletividade se agir de forma proativa, articulada, conectada à realidade, preocupada com as necessidades do povo e atenta à legalidade sempre de forma ágil e eficiente.

Torna-se notório, portanto, o entendimento de que a boa administração e a satisfação do interesse público já preveem a eficiência no trato da coisa pública.

Contudo, nenhum senso de eficiência por parte da Administração deve ser maior que a observância da legalidade no Regime Jurídico-Administrativo. Esta é condição *sine qua non* para a eficiência.

E aqui há de ser feito um importantíssimo contraponto a tal princípio. É que, conforme entendem alguns doutrinadores, e este também é o nosso posicionamento, o princípio da eficiência teria sido criado não por uma convicção jurídica, mas sim por um parcial e tendencioso interesse político de quem, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, ensejava implantar uma flexibilização do princípio da legalidade.

Dessa flexibilização intentar-se-ia um direcionamento mais liberal para os comandos constitucionais, fazendo com que a estrutura estatal fosse esvaziada com os mais diversos tipos de vilipêndio da coisa pública e permitindo que a iniciativa privada se apoderasse dos bens e serviços que são, constitucionalmente, de competência do Estado.

O princípio da eficiência, seguindo esse raciocínio, seria uma aberrante tentativa de burlar o princípio da legalidade, o que não se pode conceber nem mesmo em tese!

Doutrinadores consagrados como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maurício Antônio Ribeiro Lopes seguem essa inteligência. Vejamos na letra do professor Bandeira de Mello:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma

faceta de um princípio mais amplo no Direito italiano: o princípio da 'boa administração.'⁹¹

Nessa mesma linha, Maurício Antônio Ribeiro Lopes assevera de forma crítica que o "introduzido" princípio da eficiência sequer deve ser considerado como um princípio, mas sim como finalidade a qual a Administração Pública deve sempre percorrer para a conformação de sua obrigação de boa gestão e busca do interesse público. Informa o conceituado jurista que "nada é eficiente por princípio, mas por consequência", por isso mesmo é que a eficiência da gestão pública é o fim ao qual toda a gestão pública, por meio de atos administrativos, culmina.

Na letra de Maurício Antônio Ribeiro Lopes temos o seguinte:

Inicialmente cabe referir que a eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão pública – finalidade da mesma Administração. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.⁹²

Fato é que a eficiência enquanto finalidade do comportamento da Administração Pública não deve ser confundida com um princípio informador da Administração Pública, menos ainda em *status* constitucional.

A bem da verdade, essa tentativa de supervalorizar a eficiência, estabelecendo-a como um princípio constitucional, somente tem o condão de permitir flexibilizações do princípio da legalidade e, a partir disso, iniciar verdadeira dilapidação da coisa pública, com escancaradas privatizações de bens e do patrimônio público em geral com a vã justificativa de que o Estado não seria eficiente o bastante para geri-los.

Essa ideia inconstitucional (nunca é demais reforçar) e de ordem política do princípio da eficiência em nada se coaduna com a essência legal, moralizadora e impessoal do instituto da Licitação, até porque o procedimento licitatório surge da necessidade de proteção dos bens e patrimônio público, o que seria, portanto, a exata antítese de qualquer tendência de esvaziamento do Estado.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122.

⁹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18 de 05.02.1998 e 19 de 04.06.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.108.

Assim, o que se pode extrair do princípio da eficiência é o seu conteúdo jurídico, já há muito consolidado pelo princípio da boa administração, e o seu intento político nessa nova roupagem adotada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 de menoscabo ao alcance estatal valendo-se de flexibilizações notoriamente inconstitucionais do tão caro e precioso princípio da legalidade.

Além dos precitados princípios constitucionais da Administração Pública, o instituto da licitação também sofre influência de outros princípios específicos.

4.3. Os Princípios Infraconstitucionais Informadores da Licitação

Como se observa na disposição do art. 3º da lei nº 8.666/1993, também são princípios informadores da licitação os da (i) probidade administrativa; (ii) vinculação ao instrumento convocatório; (iii) julgamento objetivo; e outros correlatos.

O art. 3º da lei das licitações possui a seguinte redação:

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

Verifiquemos, então, estes princípios específicos da licitação.

4.3.1. Princípio da Probidade Administrativa

O princípio em menção decorre do princípio da moralidade já apresentado anteriormente. Advém da ideia daquilo que é *probo*, do latim *probus*, que significa honestidade, característica das pessoas de caráter, digno.

Em verdade, existe enorme proximidade entre a essência do princípio da moralidade e o da probidade administrativa, isso porque ambos dispõem sobre

⁹³ Lei nº 8.666/1993 – com redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010.

a mesma natureza moralizadora de condutas. Podemos, inclusive, verificar essa proximidade de ideias nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Especificamente para a Administração, tal princípio (da moralidade) está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos integrantes de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.⁹⁴

Também pende para essa mesma linha a doutrina de Hely Lopes Meirelles que afirma o seguinte sobre o princípio da probidade administrativa:

A moralidade administrativa constitui hoje pressuposto de todo ato da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, *caput*) e se confunde com o dever de probidade do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos (Constituição Federal, art. 37, § 4º).⁹⁵

A probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei a inclui dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir a 'suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'.⁹⁶

A similitude entre os mencionados conceitos também se encontra no fato de que ambos possuem observância constitucional: o princípio da moralidade está disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e a probidade administrativa, ou, por uma via reflexa oposta, a improbidade administrativa, aparece no § 4º do mesmo art. 37⁹⁷ de nossa Carta Magna.

Em que pese toda essa semelhança, boa parte da doutrina entende que a probidade administrativa é, em última análise, uma forma qualificada da moralidade e, portanto, existem sutis diferenças entre os conceitos. Para analisar essas diferenças vale resgatarmos a ideia de moralidade administrativa para entendermos melhor essa qualificação da probidade administrativa.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 541-542.

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

⁹⁶ Idem, **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

⁹⁷ Art. 37, § 4º da Constituição Federal - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Como vimos, a moralidade administrativa é ideia atrelada à juridicização de valores morais *lato sensu*, tais como a lealdade, boa-fé, veracidade, integridade, honradez etc. A probidade administrativa, por ser uma forma qualificada da moralidade, também alberga a juridicização de valores morais, mas somente no que atina àquilo que é honesto na condução das funções públicas, ou seja, no dever da Administração de agir com honestidade.

Nessa mesma linha, José Afonso da Silva assevera que:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.⁹⁸

Na letra do professor Márcio Cammarosano a mesma ideia é enfatizada: “para nós só se pode falar em improbidade em face de imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto”⁹⁹.

Devemos observar também que foi criada a lei de improbidade administrativa – lei nº 8.429/1992 – a qual especifica e aborda o tema com maior minúcia. Marcelo Figueiredo aponta que “a lei almeja o controle objetivo da ‘moralidade’ no caso concreto”¹⁰⁰.

A lei de improbidade, nesse sentir, estabelece a especificidade necessária para que a Administração Pública controle objetivamente seus próprios atos, bem como, o descumprimento desonesto de preceitos constitucionais por parte de seus agentes.

De forma geral, a lei de improbidade administrativa intenta impedir que os atos dos agentes da Administração Pública sejam praticados com pretensões de enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) ou qualquer violação aos princípios informadores da Administração Pública (art. 11).

⁹⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563, *apud* CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109.

⁹⁹ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109.

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

O jurista Kleber Bispo dos Santos, em sua obra *Improbidade Administrativa e Atentado aos Princípios da Administração Pública* informa-nos que:

A lei de improbidade administrativa traduz a má qualidade de uma administração pelas práticas de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário ou ainda, violação aos princípios que orientam a Administração Pública.¹⁰¹

Os mencionados artigos. 9º, 10 e 11 da lei nº 8.429/1992 elencam de forma não taxativa um rol de atos administrativos que ensejam improbidade administrativa. Devido à importância de tais comandos normativos na lei, vale aqui efetuarmos a transcrição do *caput* de cada um desses artigos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:
(...)

Art. 10 Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:
(...)

Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
(...)¹⁰²

Tais comandos normativos apresentam de forma objetiva, mas não taxativa, os atos que a Administração Pública e seus agentes não podem acometer, sob pena de sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, todos definidos no art. 12 da lei.

Pelo que se verifica, a probidade, ou seu oposto, improbidade administrativa é um importantíssimo princípio norteador do instituto das licitações, isso porque, como vimos, o instituto da licitação advém da necessidade de resguardar os bens e o patrimônio público, bem como a impessoalidade, a legalidade e a própria moralidade no âmbito da Administração Pública.

A probidade administrativa, portanto, coaduna-se com a verdadeira essência das licitações, tanto assim o é que a própria lei nº 8.666/1993 dispõe em seu art. 3º este importante princípio para que a Administração Pública aja com o devido decoro em

¹⁰¹ BISPO DOS SANTOS, Kleber. **Improbidade administrativa e atentado aos princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 86.

¹⁰² Lei nº 8.429/1992 – conferir, ainda, os incisos dispostos para os três artigos transcritos.

todos os seus atos, dispondo do máximo de honestidade e decência para observar e cumprir as obrigações que lhe são correlatas, bem como, comportar-se sempre com lealdade e boa fé no tratamento aos administrados, seja no âmbito das licitações ou não.

4.3.2. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O supracitado princípio expressa a total vinculação da Administração Pública e do administrado aos termos do edital para as consecuições inerentes da licitação.

Quer dizer que o desenrolar do procedimento licitatório deve estar em harmonia com o que foi definido no edital que ensejou o início da etapa externa do certame.

Não poderia ser diferente, afinal de contas, se a própria essência da Administração Pública está adstrita aos princípios dispostos no art. 37 da Constituição Federal, em especial ao princípio da legalidade, também o instituto da licitação deveria estar jungido a um princípio que informe sua específica disposição legal que, neste caso, é o edital.

Por assim dizer, a vinculação ao instrumento convocatório é nada menos que a extensão dos princípios constitucionais da Administração Pública, em particular o princípio da legalidade, em âmbito infraconstitucional específico dos procedimentos licitatórios.

Observemos, então, que não há como fugir da intelecção desses princípios norteadores, bem como fixar hermenêutica divergente a eles.

Marçal Justen Filho, em seus “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, dispõe:

Sob certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a administração pública frustra a própria razão de ser da licitação.¹⁰³

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 401.

Realmente a Administração Pública tem estrito dever de vincular seus atos do procedimento licitatório ao edital do certame, além do que, a não observância desse vínculo enseja vício do ato ou de todo o procedimento licitatório.

Portanto, uma vez verificado que um ato administrativo, no âmbito das licitações, não possui como fundamento de validade¹⁰⁴ os dispositivos do edital, deverá ele ser considerado viciado e, obrigatoriamente, deverá ser invalidado pela Administração Pública.

Porém, a simples invalidação do ato administrativo maculado não resolve a questão.

Isso porque, havendo um ato viciado no curso de uma licitação, outros atos posteriores poderão estar também impregnados com o mesmo vício.

Em outras palavras, um ato viciado, por meio de seus efeitos, pode transmitir o vício a outros atos, o que, certamente, trará descompasso do certame às disposições norteadoras do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentir, para que se possa invalidar um ato viciado, é necessário que a Administração Pública faça uma prévia análise dos atos a ele posteriores, fins de identificar todos os atos maculados pelo vício, sendo certo ainda que tal análise será estabelecida caso a caso.

Em relação às questões de vício, Marçal Justen Filho enfatiza:

O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes. A extensão do vício, contudo, dependerá da análise do caso concreto. A nulidade de um ato, no curso da licitação, dificilmente reduz seus efeitos ao ato viciado apenas. A natureza procedimental da licitação acarreta um vínculo de sucessividade entre as diversas fases e os diversos atos que se sucedem no tempo. Como regra, os atos anteriores definem e condicionam os atos posteriores. Em um procedimento, cada fase pode, teoricamente, desenvolver-se de diferentes formas e em diversas circunstâncias. A definição concreta de como os fatos se passarão efetiva-se em cada caso concreto, tendo em vista os fatos antecedentes. Caracteriza-se uma espécie de relação de causa e efeito entre os atos posteriores e anteriores. O vício de um ato contamina os que a ele sucedem, desde que por ele sejam condicionados. Mas a nulidade não produz, como regra, efeito sobre os atos antecedentes.¹⁰⁵

Portanto, o princípio em tela visa tornar harmônico todos os atos e procedimentos *in concreto* da Administração Pública ao edital do respectivo certame.

¹⁰⁴ Conferir nota de rodapé nº 3 deste trabalho.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 402.

4.3.3. Princípio do Julgamento Objetivo

Esse princípio reforça o já comentado princípio da impessoalidade.

Aqui, independentemente da modalidade decisória, a Administração Pública tem o dever de se valer de uma conduta objetiva, principalmente no que se refere às decisões, interlocutórias ou não, no decorrer do procedimento licitatório.

Entende-se por conduta objetiva a que não está impregnada de impressões particulares e pessoais, as quais interferem direta ou indiretamente nas decisões que devem ser estabelecidas por critérios previamente fixados.

Celso Antônio Bandeira de Mello segue essa mesma linha de raciocínio, vejamos:

O princípio do julgamento objetivo da licitação almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.¹⁰⁶

Ademais, tal princípio, por tão relevante que é ao procedimento licitatório, ensejou aos legisladores especial atenção. O *caput* dos arts. 44 e 45 da lei nº 8.666/1993 dispõem, respectivamente, sobre os critérios objetivos e sobre o julgamento objetivo.

Art. 44 No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.¹⁰⁷

Por fim, no que diz respeito aos princípios norteadores das licitações, é importante enfatizar ainda que o rol apresentado pelo art. 37 da Constituição Federal, referente aos princípios da Administração Pública e o rol do art. 3º da lei das licitações não são *numerus clausus*, sendo certo que outros princípios também se apresentam como baliza norteadora tanto para o âmbito da Administração Pública quanto, especificamente, para as licitações, *exempli gratia*, temos:

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 542.

¹⁰⁷ Lei nº 8.666/1993 – com redação dada pela lei nº 8.883, de 1994.

- (i) o princípio do sigilo de propostas e;
- (ii) o princípio da adjudicação compulsória¹⁰⁸.

Uma vez verificado o conceito e os princípios norteadores do processo licitatório, adentremo-nos ao diploma legal que o regula.

¹⁰⁸ Em que pese boa parte da doutrina entender que o princípio da adjudicação compulsória deva ser observado como uma diretriz norteadora da licitação, existem doutrinadores que entendem o contrário, como por exemplo, o professor Hely Lopes Meirelles. Em seu conceituado “Direito administrativo brasileiro”, ele preleciona: “*A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato administrativo é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas se o fizer, há de ser com o proponente vencedor*” – MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 270.

5. A Lei 8.666/93 e suas Competências de Aplicação

A lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 é o diploma legal que regula as licitações e os contratos administrativos.

Sua elaboração insurgiu do próprio texto constitucional, já que o artigo 22, inciso XXVII da Carta Maior estabelece a competência privativa¹⁰⁹ da União para legislar sobre o tema:

“Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

Nesse sentir, a lei nº 8.666/1993 é um arcabouço que traz consigo os anseios constitucionais de normatização dessas matérias administrativas – licitações e contratos administrativos.

Há de ser verificado, porém, que a competência para legislar sobre tais matérias se distribui concorrentemente aos 4 (quatro) entes federativos, a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além do que poderá qualquer ente legislar sobre a matéria para si próprio e de modo específico.

Bem por isso, e apontando o princípio federativo como imprescindível à efetivação dos ditames do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, bem como da própria lei nº 8.666/1993, Marçal Justen Filho anota em seu precioso “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” o seguinte:

Um dos princípios constitucionais mais relevantes é o da Federação, e adotar estrutura federativa acarreta decorrência inafastável. Assegura-se a cada ente federal uma margem de autonomia mínima. Não haverá federação real e efetiva quando um ente for dotado de competência para interferir sobre os serviços e os interesses pertinentes a outro ente. Bem por isso, ser o Brasil uma Federação significa que a União não pode dispor acerca da estrutura organizacional interna e dos assuntos de peculiar interesse de Estados, Distrito Federal e Municípios.¹¹⁰

¹⁰⁹ Apesar do *caput* do artigo 22 da Constituição Federal expressamente remeter à competência privativa da União, fato é que o inciso do artigo em menção utiliza-se da técnica concorrência limitada de repartição de competência. Fácil é tal constatação, bastando apenas que se verifique a fixação da competência da União para legislar sobre “Normas Gerais” de Licitação.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 14.

No cotejo das premissas supramencionadas, quais sejam, a repartição de competências, a autonomia dos entes federativos e a normatização da matéria administrativa das licitações e contratos administrativos, para que nenhuma delas sobressaia em relação à outra, a lei nº 8.666/1993 atua como indicadora de como e quando devem ser utilizadas.

Para tanto, a lei das licitações dispõe, ao longo dos seus 126 artigos, de uma mescla de normas *nacionais* e *federais*, sendo certo que no âmbito das normas nacionais, apresentam-se as normas gerais como consequência da competência concorrente limitada. Já para o âmbito federal, no intento de satisfazer os interesses específicos e peculiares da esfera federal, são dispostas normas que vinculam somente esse ente federativo, satisfazendo, assim, sua competência exclusiva.

Não cabe aqui analisar artigo por artigo da lei nº 8.666/1993 para verificar quais pertencem à órbita nacional e quais pertencem à federal. O que é relevante para esse trabalho é perceber que a lei em análise detém estes dois universos normativos.

A lei nº 8.666/1993, portanto, traz consigo diversos comandos normativos ora de âmbito nacional firmada por normas derivadas da competência concorrente limitada da União com âmbito de normas gerais, ora para legislar em caráter privativo em matérias administrativas vinculadas às licitações e contratos administrativos de âmbito federal, ou seja, afeta somente ao ente federal.

6. Conclusão

De tudo o que se pode constatar neste trabalho monográfico acerca dos princípios constitucionais e infraconstitucionais informadores da lei das licitações, vale consolidar alguns aspectos mais relevantes e, assim, frisar uma conclusão sobre tudo o que foi dito.

A lei das licitações está imbuída e imersa em um sistema maior de normas afeta especificamente aos contornos do Direito Público.

É esse sistema, o Regime Jurídico Público-Administrativo, que estabelece preliminarmente a essência de todo o conteúdo jurídico público, preordena os conceitos fundamentais de todo o arcabouço público como, por exemplo, a Teoria Geral do Estado, suas competências de atuação, o interesse público, a Administração Pública, competência discricionária e vinculada e muitos outros institutos, especialmente e inclusive o instituto das licitações.

Ora, o procedimento licitatório, então, está adstrito ao Regime Jurídico Público-Administrativo em todas as suas minúcias, logo, segue as mesmas diretrizes normativas e convicções doutrinárias.

Faz-se imperioso aqui destacar os dois princípios informadores do Regime Jurídico Público-Administrativo, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração.

Ambos os princípios determinam uma conduta geral a ser seguida pela Administração Pública em seus mais diversos atos administrativos e, em especial, aos atos e procedimentos licitatórios. Esses atos e procedimentos, portanto, devem sempre ter em sua essência a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Também é de suma importância verificar que a lei das licitações está inserida em uma seara na qual o princípio da legalidade é, de rigor, presente.

Infere-se disso que nenhum procedimento, ou mesmo ato administrativo licitatório, deve ser intentado sem que haja conteúdo legal balizando-o como válido. Burlar o princípio da legalidade, portanto, é ferir o espírito das leis.

Também são extremamente importantes para o instituto das licitações os comandos principiológicos constitucionais informadores da Administração Pública constantes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam: (legalidade – já indicada acima –, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹¹¹), pois possuem interferência axiológica direta neste instituto de Direito Público.

Todos esses comandos normativos devem ser seguidos e cumpridos nos procedimentos licitatórios.

Aliás, conforme foi enfatizado ao longo deste trabalho, o princípio da impessoalidade e o da moralidade são os princípios que mais se identificam às licitações, isso porque:

- (i) é na impessoalidade que se erige a necessidade de se abrir certame para participação ampla e geral dos particulares na coisa pública. Esse princípio faz com que o procedimento licitatório não escolha a quem o Administrador Público, por ele mesmo, defina quem irá contratar com a Administração Pública, retirando do seio da Administração a subjetividade de escolha, além do que, evita benefícios pessoais e promove a isonomia entre os participantes do certame;
- (ii) já a moralidade surge como um alicerce elementar para que a Administração mantenha, especialmente nas licitações públicas, um comportamento ético e moralizador, sério e legal. Segundo a moralidade, a Administração Pública deve apresentar absoluto decoro em seus desígnios em direção ao interesse público, em especial nos procedimentos licitatórios já que, como se sabe das experiências dos antigos romanos, “nem tudo que é legal é honesto”.

Além dos princípios constitucionais, também foram apontados neste trabalho comandos infraconstitucionais expressos no art. 3º da própria lei das licitações, o que torna imprescindível a observância dos seguintes princípios no processo licitatório: probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo e outros princípios correlatos.

É inserida neste complexo conjunto público-normativo que a lei das licitações consegue elementos para obter êxito no cumprimento de suas finalidades que não

¹¹¹ Nunca é demais enfatizar que o princípio da eficiência é relevante dentro do contexto do princípio da boa administração. A ideia liberal do princípio da eficiência de produzir flexibilizações ao princípio da legalidade, questionada por muitos doutrinadores, deve realmente ser extirpada de toda e qualquer hermenêutica do ordenamento jurídico por ser um notório escancaro às ilegalidades.

estão adstritas somente ao cumprimento de uma simples tarefa de seleção pública, mas, também, proporcionar a todos os cidadãos a mais absoluta e incondicional certeza de que a Administração Pública esteja sempre no caminho de sua árdua tarefa de atingir plenamente o interesse público.

7. Referências Bibliográficas

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ARAÚJO, Luiz David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Competência do congresso para editar normas gerais**. R. inf. legisl., Brasília, a. 18, n. 72, out./dez. 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BISPO DOS SANTOS, Kleber. **Improbidade administrativa e atentado aos princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. de Maria Cordeiro Leite dos Santos, p. 158, *apud* CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. p. 64, *apud* GUEDES, Néviton. Artigo publicado no site: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: ZNT, 1997.
- CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. *apud* GUEDES, Néviton. Artigo publicado no site: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Pregão: nova modalidade licitatória**, in RDA 221/12, jul. – set./2000, *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaires de droit administratif**. p. 197, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18 de 05.02.1998 e 19 de 04.06.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O procedimento da licitação**, São Paulo: Cedro, p. 39, *apud* DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREZ, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madri: Real Academia de ciencias morales y políticas, 1983, *apud* CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.**

São Paulo: Malheiros, 2010.

WELTER, Henri. **Le controle juridictionnel de la moralité administrative.** *apud*

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.