ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 8 – novembro/dezembro – 2006 / janeiro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil

A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

Prof. Vladimir da Rocha França

Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Potiguar. Advogado em Natal/RN.

SUMÁRIO: 1. A idéia de isonomia. 2. Conceito de licitação. 3. Princípios jurídicos da licitação. 4. Considerações finais.

Dedicado à Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte.

1. A IDÉIA DE ISONOMIA

Na ordem constitucional brasileira, tem destaque a isonomia. De certo modo, todo o catálogo dos direitos e garantias fundamentais não teria sentido sem o princípio constitucional da igualdade, consubstanciado no art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal. Os enunciados normativos citados apresentam a seguinte redação:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".*

Nesse preceito crucial do sistema do direito positivo pátrio se observam duas dimensões: a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. Uma coisa é o critério empregado pela lei para estabelecer distinções entre os particulares na

regulação das interações que se deflagram dentre eles; outra é o direito que o ordenamento jurídico-constitucional lhes assegura à aplicação da lei sem favoritismos ou distinções odiosas aos casos enfrentados pelas autoridades estatais.

Assevera com precisão José Souto Maior BORGES:

> *"(...) constitucionalmente a igualdade garante a igualdade. O paradoxo é apenas aparente. A igualdade formal garante a igualdade material. Se todos são iguais na aplicação da lei, no sentido de que a lei indiscriminadamente a todos se aplica, mas se o seu conteúdo não abriga a isonomia, há violação da igualdade material. Se reversamente a lei isonômica a todos não se aplica, nem todos são iguais perante a lei: iguais serão apenas os beneficiários da sua aplicação, ficando de fora da isonomia os que não o forem. Nessa última hipótese, há violação da igualdade formal. Por isso se diz que a igualdade garante a igualdade. Essas normas somente podem ser interpretadas uma em conexão com a outra. Se essa conexidade for desconsiderada, abre-se oportunidade à aplicação da igualdade apenas formal (igualdade perante à lei), com prejuízo à igualdade material (igualdade na lei)".1*

Ao regular das interações sociais, a lei emprega necessariamente critérios para distribuir os benefícios e os ônus que a pessoa, física ou jurídica, terá no convívio na comunidade jurídica. Cautela haverá de se impor ao legislador, uma vez que os elementos distintivos que elegeu deverão guardar compatibilidade com os valores propugnados pela Constituição Federal, além da indispensável subordinação à razoabilidade e às circunstâncias que envolvem os particulares que serão atingidos pela incidência da norma que procurou comunicar à sociedade.2

Especialmente quando a matéria envolve a satisfação de interesses públicos que trazem lucro para as pessoas privadas.

É cediço que a administração pública (3) não detém todos os elementos humanos e materiais exigidos para a concretização dos direitos fundamentais que dependem da tutela e da ação do Estado, obrigando-a a socorrer-se junto à iniciativa privada. Todavia, a crescente escassez dos recursos públicos diante dos extensos compromissos assumidos pelo Poder Público perante o cidadão, demanda negócios jurídicos que se apresentem efetivamente vantajosos para realização das obras, serviços, compras e alienações que o gestor dos bens da coletividade julga pertinentes para a materialização dos seus misteres.

---

1 Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988, *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, n.º 3, v. 2: 320-1 (grifos no original).

2 Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*.

3 Administração pública deve aqui ser entendida como o conjunto de órgãos e entes públicos vinculados ao Poder Executivo que detêm a competência de exercer a função administrativa, ou seja, a atividade do Estado que tem por escopo a expedição de normas complementares à lei e sujeitas a controle jurisdicional. Na função administrativa, o titular da competência goza de uma posição privilegiada e superior diante dos particulares em razão do interesse público que deve concretizar. Mas não se olvide que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também desenvolvem tal atividade, ainda que em caráter atípico. Vide arts. 1º a 5º do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.1967.

Também é notório que nem sempre os atos ampliativos das esferas jurídicas das pessoas privadas podem ser expedidos para todos os interessados no conteúdo desses provimentos.4 A emissão de uma habilitação para um cidadão dirigir não impede a autoridade competente de fazê-la em favor de outro membro da comunidade. O mesmo não pode ser dito para as autorizações que permitem a prestação de serviços de táxi por força do meio ambiente urbano.

Por outro lado, os particulares interessados possuem a legítima pretensão de obter lucro na celebração dos negócios jurídicos que a administração pública precisa celebrar para atender as situações que acabaram de ser descritas. Afinal, fez-se uma opção constitucional pelo capitalismo, ainda que a Lei Maior procure conceder ao Estado um perfil intervencionista, malgrado os *tsunamis* de redação provocados pelas freqüentes reformas em seu texto.

Naturalmente, isso gera a possibilidade de haver uma competição entre os agentes econômicos privados que se encontram habilitados para fornecer à administração pública o que ela precisa para o interesse público. Se há a possibilidade de haver disputa dentre eles, o princípio da isonomia impõe ao gestor público o dever de tratá-los de modo isonômico, oferecendo-lhes a oportunidade de propor negócios jurídicos que viabilizem a justa composição das tensões entre a demanda da coletividade e o lucro por eles visado.

Nesse diapasão, previu a Lei Maior a *licitação*. Aqui, procuraremos desenvolver algumas reflexões em torno desse instituto, com foco especial nos princípios que devem regê-lo. Como o rol dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações não é unânime, procuramos cuidar daqueles cuja existência se encontra razoavelmente pacificada na doutrina brasileira.

2. Conceito de licitação.

Dirigindo-se ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, o intérprete se depara com o seguinte enunciado:

> *"Art. 37. (...)*
>
> *(...)*
>
> *"XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos temos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".*

4 Quanto aos resultados na esfera jurídica dos administrados, os atos administrativos podem ser ampliativos ou restritivos. Naqueles, a administração pública outorga um direito subjetivo ou satisfaz um interesse legítimo do administrado; nestes, há a imposição de uma sanção ou de um dever para o administrado, diminuindo o raio de ação jurídica do destinatário. *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 380.

Mais adiante, no *caput* do art. 175, prescreve-se:

> *"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".*

Quando se menciona *licitação*, dois sentidos podem ser produzidos pelo intérprete: (i) *princípio jurídico*; e (ii) *processo administrativo*.

2.1. LICITAÇÃO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO.

Numa primeira acepção, o termo pode ser empregado para designar um princípio jurídico que decorre do cânone da isonomia. Como se sabe, os administrados têm direito subjetivo a um tratamento eqüitativo e igualitário na atividade administrativa, sendo vedado à administração pública instituir onerar, perseguir ou favorecer indevidamente um ou mais pessoas privadas em detrimento de outras na comunidade jurídica.5

Princípio jurídico deve ser entendido como uma norma jurídica que estabelece o dever jurídico de realizar as condutas que se fizerem necessárias para a preservação ou materialização de uma finalidade, um valor ou preferência intersubjetivamente compartilhada.6 Os princípios jurídicos podem ser indicados de forma expressa no texto normativo ou identificados pelo intérprete a partir da conjugação dos enunciados prescritivos que compõem o suporte lingüístico das normas jurídicas.7 Mas em ambos os casos, essas normas jurídicas tem o atributo de conceder harmonia, racionalidade e congruência à aplicação do direito às situações da vida em sociedade.

Convém recordar o ensinamento preciso de Eros Roberto GRAU:

> *"(...) o significado da norma é produzido pelo intérprete. As normas (enquanto disposições, enunciados, textos) nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidas em normas (isto é, quando – através e mediante interpretação – são transformadas em normas). Isso contudo – note-se bem -, não significa que o intérprete literalmente crie a norma; o intérprete a expressa. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) préexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete 'produz' a norma".8*

---

5 *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 84.

6 Vladimir da Rocha FRANÇA, Anotações à teoria das normas jurídicas, *Revista tributária e de finanças públicas*, n. 60: 19-20. Sobre a matéria, consultar: Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*; e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

7 Cumpre ressaltar que a norma jurídica não se confunde com texto que serviu de supedâneo para o intérprete do direito.

8 *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*, p. 6-7 (grifos no original).

Ao aplicarmos essas considerações ao instituto em apreço, tomando-se por base o texto constitucional, observa-se que a administração pública *tem o dever jurídico de assegurar a todos os interessados na realização de atos e negócios jurídicos administrativos potencialmente lucrativos*, *a oportunidade de disputar em igualdade de condições a preferência do Estado, da forma mais vantajosa possível para o interesse público*.

Ainda que não houvesse menção expressa à licitação no texto constitucional, é obrigatória a existência de um procedimento técnico-jurídico de natureza concorrencial que seja hábil para preservar a isonomia entre os agentes econômicos privados nesses atos jurídicos.9

2.2. LICITAÇÃO COMO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A licitação também pode ser visualizada como uma espécie de processo administrativo de natureza concorrencial, que tem por escopo a seleção de pessoa privada para ser contratada pela administração pública ou beneficiada por ato unilateral de natureza ampliativa, de modo a conciliar a satisfação do interesse público com o princípio da isonomia.10

Trata-se de um processo administrativo porque a licitação é composta por uma sucessão encadeada e itinerária de atos jurídicos tendentes a um resultado final e conclusivo que, no caso, é a escolha do particular que será contratado pelo Poder Público ou beneficiado por ato ampliativo. Como envolve a participação dos particulares interessados, essa cadeia de manifestações não é um mero procedimento administrativo.11

É um processo administrativo de natureza concorrencial, uma vez que competição tanto é pressuposto para a sua realização como preceito inspirador de sua dinâmica, explica Eros Roberto GRAU.12 É preciso que se garanta o acesso de todos os agentes econômicos capacitados à licitação, bem como que a

---

Isso não significa dizer, ressalte-se, que o texto normativo seja uma "caixa" da qual o responsável pela aplicação do direito retira uma norma jurídica pronta e acabada para o caso sob sua apreciação. Em verdade, o texto normativo abriga apenas a norma jurídica em estado potencial, já que o seu aperfeiçoamento demanda indiscutivelmente a conjugação dos enunciados legais com a realidade que deve enfrentar. Mas se não houvesse um núcleo mínimo de significação nas palavras empregadas pelo legislador, os textos normativos seriam inteiramente descartáveis. Se a lei diz água, não quer se referir à substância que costumamos denominar ácido sulfúrico.

9 Adilson Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, p. 33.

10 *Cf.* Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Comentando as licitações públicas*, p. 35-6; e Eros Roberto GRAU, *Licitação...*, p. 14; e Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo – de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*, p. 15-7. Sobre a importância do processo administrativo para o Estado de Direito, consultar Cármen Lúcia Antunes ROCHA, *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 17/1997.

11 Há uma tradicional controvérsia de ordem terminológica quanto aos termos "processo" e "procedimento" no âmbito do direito administrativo. Visualizamos o processo administrativo como uma espécie de procedimento administrativo, no qual há a participação dos destinatários do ato final. *Cf.* Vladimir da Rocha FRANÇA, Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 37/2002: 119-20.

12 *Licitação...*, p. 14-5. *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 445.

licitação possibilite ao seu participante a oportunidade de apresentar uma melhor proposta dos que os demais.

Na licitação, procura-se estabelecer um equilíbrio entre os interesse públicos e os interesses privados, como bem leciona Carlos Ari SUNDFELD:

> *"Os primeiros são implementados na medida em que a licitação enseja acirrada competição entre os possíveis interessados, com a conseqüente obtenção, pelo Poder Público, de melhores preços e condições. Os segundos se vêm atendidos pois,com ela, abre-se para o particular a oportunidade de disputa igualitária com seus concorrentes, na busca de novos mercados".13*

Não é diversa a posição de Eros Roberto GRAU:

> *"(...) não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da isonomia, sacrifique-se o interesse público. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do interesse público em sacrifício da isonomia. Ambos, princípio do interesse público e princípio da isonomia, coexistem, completando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório".14*

A licitação também tem relação com os demais princípios componentes do regime jurídico-administrativo. Afinal, os princípios jurídicos não são comportamentos estanques ou incomunicáveis entre si. Mas sem sombra de dúvida, é na isonomia que esse processo administrativo encontra a sua principal razão de ser.

Em rigor, o processo licitatório será sempre obrigatório para a administração pública. Todavia, a própria Lei Maior prevê em seu art. 37, XXI, que a lei pode estabelecer situações que não sofrerão a incidência do princípio da licitação. Com efeito, há casos em que não há competição que o justifique, ou mesmo eventos nos quais a decisão de licitar deve ficar sujeita aos critérios de conveniência ou oportunidade do gestor público.

Nos termos do art. 22, XXVII, da Lei Maior, prescreve-se que a União tem competência privativa para expedir "normas gerais" sobre licitações para a administração pública de todos os entes federados. Atualmente, a Lei Federal n.º 8.666, de 21.6.1993 cuida dessa matéria.15

Como se sabe, a Lei Federal n.º 8.666/1993 foi muito além do que se deve esperar de um veículo introdutor de "normas gerais" – ou mais precisamente, de "normas nacionais" – ao dispor sobre minúcias que deveriam ficar ao alvedrio do

---

13 *Op. cit.*, p. 16.

14 *Licitação...*, p. 15.

15 O art. 1º da Lei Federal n.º 8.666/1993 prevê que os seus preceitos têm incidência sobre toda a administração pública. Todavia, as empresas públicas e sociedades de economia, aparentemente, ficarão sob o regime do diploma legal em apreço até a edição da lei especial que regulará suas licitações e contratos administrativos, conforme o art. 22, XXVII, da Lei Maior. Também merece registro que as licitações para as concessões de serviços públicos e para as parcerias público-privadas, embora disciplinadas em diplomas específicos (a Lei Federal n.º 8.987, de 13.2.1995 e a Lei Federal n.º 11.079, de 30.12.2004), eles não afastam a aplicação subsidiária das normas veiculadas pelo estatuto federal das licitações.

legislador estadual, municipal ou distrital.16 De qualquer forma, há um enunciado desse diploma legal que, de modo inequívoco, preenche o que se espera de uma "norma geral". É o art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

> *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos".17*

O art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993 é crucial para a interpretação e aplicação dos preceitos regentes das licitações.18 As soluções para os casos enfrentados pela administração pública devem ser compatíveis com os princípios jurídicos ali expressos, sendo imperiosa a invalidação das decisões que lhes contrariem. Além do mais, o gestor público tem igualmente a obrigação de optar pela solução que outorgue maior eficiência e densidade ao princípio jurídico na situação concreta, quando houver espaço para discricionariedade administrativa.

Com lastro nesse dispositivo legal (sem prejuízo às referências pertinentes aos demais artigos da Lei Federal n.º 8.666/1993), procuraremos agora a identificar e expor os princípios jurídicos que deverão ser observados no desenvolvimento das licitações.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO

3.1. PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES

Com base no art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, podemos identificar como princípios jurídicos que são aplicáveis às licitações: (i) legalidade; (ii) impessoalidade; (iii) moralidade; (iv) igualdade; (v) publicidade; (vi) probidade administrativa; (vii) vinculação ao instrumento convocatório; e (viii) julgamento objetivo.

Boa parte desses preceitos já se encontra consubstanciada no art. 37 da Constituição Federal. Outros, por sua vez, são normas específicas de processo concorrencial, tal como a licitação.

Cumpre ressaltar que o enunciado normativo não estabelece um rol exaustivo dos princípios jurídicos que devem incidir nas licitações. Basta observar a expressão "dos que lhe são correlatos", constante do final desse dispositivo.

---

16 *Cf.* Carlos Ayres BRITTO, *O perfil constitucional da licitação*; Adilson Abreu DALLARI, *op. cit.*, p. 20-4; Eros Roberto GRAU, *Licitação...*, p. 9-13; Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 28-34.

17 Esses princípios também são aplicáveis às licitações disciplinadas em diplomas específicos. Vide: art. 14 da Lei Federal n.º 8.987/1995; e art. 12, *caput*, da Lei Federal n.º 11.079/2004.

18 Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 48.

Caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade (19) do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.20 Não é outra a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> *"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".21*

Por conseguinte, havendo a quebra de princípio jurídico no desenvolvimento de uma licitação, ficam decisivamente comprometidos os valores que se quer proteger com o preceito esculpido no art. 37, XXI, da Lei Maior. Mas não deve olvidar que a extinção do processo administrativo pode ser total ou parcial, consoante o momento em que se avizinhou o vício de validade identificado pelo órgão responsável pelo controle de sua juridicidade.

Também é oportuno ponderar que o princípio jurídico deve ser compreendido e aplicado sem a perda da harmonia e coerência do sistema do direito positivo. Recorde-se que os princípios jurídicos podem entrar em colisão, demandando a calibração de sua incidência por meio do princípio da proporcionalidade.

3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Consoante o enunciado do art. 5º, II, da Constituição Federal (22), a criação de direitos e deveres pelo cidadão deve ser feita mediante lei. Numa interpretação sistemática do sistema constitucional pátrio, observa-se que somente os instrumentos normativos previstos no seu art. 59 (23) devem ser

---

19 O processo administrativo será válido quando todas as suas fases se transcorreram de acordo com os cânones de juridicidade fixados pelo ordenamento jurídico. Existindo algum vício de validade, o processo fica passível de invalidação judicial ou administrativa. Vide arts. 5º, XXXV, e 74, da Constituição Federal.

20 Sobre o controle de juridicidade dos atos administrativos, consultar Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*.

21 *Curso...*, p. 772.

22 "Art. 5º. (...)

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

23 "Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

empregados para esse jaez. Ademais, nota-se também que, por força de seu art. 48, a lei complementar e a lei ordinária devem ser exclusiva ou preferencialmente utilizados nessa matéria.24

Cumpre ressaltar que o princípio da legalidade determina que a atividade administrativa deverá se subordinar aos parâmetros de ação fixados pela lei. Enquanto o particular tem a liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração pública somente tem a permissão de fazer aquilo que a lei lhe autoriza.25

Todavia, a legalidade não cuida apenas da submissão da administração pública aos preceitos veiculados pelos instrumentos normativos previstos no art. 59 da Constituição Federal. De nada adiantaria a obediência à lei se não houvesse respeito às normas constitucionais, base fundamental de toda a atividade estatal. Daí a atualidade do art. 2º, parágrafo único, I, da Lei Federal n.º 9.784, de 27.1.1999, quando determina que o gestor público deve atuar conforme a lei e o "Direito".26

Ademais, a legalidade impõe à administração pública o respeito aos atos normativos que ela própria expede. Além de não haver a revogação por desuso no sistema do direito positivo brasileiro, é razoável compreender que as regras gerais constantes desses provimentos vinculam e limitam a ação do gestor público enquanto se encontrarem em vigor.27 Do contrário, careceriam de qualquer utilidade para o ordenamento jurídico.

No que concerne ao Poder Executivo, merece destaque o regulamento, ato normativo de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, consoante o art. 84, IV, da Constituição Federal.28 Cabe a esse veículo a disciplina do modo de agir da administração pública quando a concretização da lei exige a atuação

---

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

24 Afinal, cabe ao Poder Legislativo, com a sanção do Chefe do Poder Executivo, dispor sobre as matérias que tenham sido colocadas no âmbito da competência legislativa do ente federativo, ressalvados aqueles assuntos que a respectiva Lei Fundamental (Constituição Federal, Constituição Estadual ou Lei Orgânica) classificarem como de competência privativa de órgão legislativo. Recorde-se que o princípio federativo impõe o modelo de separação de poderes previsto na Constituição Federal para os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

25 *Cf.* Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 82-3.

26 *Cf.* Egon Bockmann MOREIRA, O processo de licitação, a lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002: 113-6.

27 Vide art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4.9.1942).

28 "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

dos órgãos administrativos, disciplinando o seu modo de agir, seja no que diz respeito a aspectos procedimentais, seja quanto aos critérios que deverão ser usados pela autoridade administrativa quando lhe é conferida competência discricionária ou na interpretação dos "conceitos jurídicos indeterminados" presentes no texto legal.29

Uma vez que o Chefe do Poder Executivo exerce a direção superior da administração pública 30, é lícito concluir que os atos normativos expedidos pelos seus subordinados diretos e pelas entidades da administração indireta deverão se submeter aos comandos veiculados em regulamento.

Noutro giro: *a atividade da administração pública encontra-se subordinada a todo ordenamento jurídico em vigor*.

Nas licitações, a administração pública deverá observar fielmente a lei, sendo-lhe vedado instituir procedimentos ou critérios de apreciação e julgamento que não sejam juridicamente permitidos para as licitações. Transcreva-se aqui o enunciado do art. 4º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

> *"Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos".*

Como se vê, visualiza-se o direito do licitante à efetiva subordinação do processo de licitação à lei, bem como o direito de todo e qualquer cidadão de fiscalizar a juridicidade de seu desenvolvimento pela administração pública. São decorrências naturais da idéia de legalidade.

É certo, por exemplo, que há espaço para discricionariedade na confecção do instrumento convocatório que deflagrará a licitação.31 Mas isso não significa dizer que o edital ou carta-convite possa representar uma violação direta ou indireta aos preceitos legais pertinentes ao caso concreto, fixando cláusulas e condições não admitidas expressa ou implicitamente pela lei.

Também não cabe à autoridade administrativa ignorar os decretos regulamentares e demais atos normativos infralegais que disciplinam a licitação que visa empreender. Se houve redução no espaço de liberdade intelectiva e decisória que a lei originalmente lhe conferiu, não resta alternativa para o gestor público que se conduzir dentro dos limites que lhe foram acrescidos.

Se a licitação se encontrava em andamento e houve revogação da lei ou

---

29 *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 316-8; e Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação...*, p. 104-14.

30 Vide arts. 76 e 84, II, da Constituição Federal.

31 Como se sabe, nas modalidades de licitação *concorrência*, *tomada de preços*, *concurso*, *leilão* e *pregão*, o instrumento convocatório compreende o *edital*; no *convite*, por sua vez, o chamamento dos interessados para o processo é feito mediante *carta-convite*. Vide arts. 21 e 22 da Lei Federal n.º 8.666/1993. Vide art. 4º da Lei Federal n.º 10.520, de 17.7.2002.

ato normativo aplicado pelo gestor público, a administração pública pode se deparar com duas situações possíveis: (i) a extinção do processo administrativo por caducidade; ou, (ii) a possibilidade de continuação do certame, com a feitura das adequações necessárias aos novos parâmetros legais ou regulamentares.

Embora não haja previsão legal expressa da caducidade (32) como extinção de processo administrativo na Lei Federal n.º 8.666/1993, parece-nos claro que se o ato ou contrato visado na licitação perde o seu fundamento de juridicidade em virtude de reforma legislativa, deve haver a extinção do certame e a deflagração de outra competição. Ora, se o ato final de procedimento em curso passou a ser classificado como inválido pelo ordenamento jurídico, a administração pública deve desfazê-lo antes de seu encerramento. Em se tratando de licitação já encerrada e de contrato já celebrado entre o licitante e o poder público, a caducidade atingirá tão somente o negócio jurídico.

Na outra hipótese, cumpre ressaltar que a administração pública deverá zelar pela continuidade da licitação, caso a nova legislação em vigor não impeça o aperfeiçoamento do ato jurídico classificado como meta do processo. Evidentemente, isso dependerá da possibilidade jurídica da alteração dos critérios de seleção que orientam o poder público sem prejuízo ao princípio da isonomia.

3.3. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

Segundo o princípio da impessoalidade (ou da finalidade), a administração pública deve praticar o ato com o escopo de atingir o interesse público. Sobre a matéria, explica Hely Lopes MEIRELLES:

> *"Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo".33*

No que concerne à licitação, é mister ressaltar que a administração pública deverá deflagrar o processo administrativo diante da real existência de interesse público que justifique o objeto posto em disputa.34 Não será válida a licitação fundada em desvio de finalidade, ou seja, quando o certame foi desencadeado para lograr fim exclusivo de um ou mais licitantes. A conjugação do interesse coletivo com o interesse privado para o bom e justo andamento do procedimento licitatório é indispensável.

---

32 A *caducidade* é a forma de extinção do ato administrativo que tem lugar quando a situação constituída pelo provimento da administração pública deixa de ser juridicamente admitida em razão da superveniência de lei ou ato normativo posterior. *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 398.

33 *Op. cit.*, p. 86 (grifo no original). Observe-se que muitos doutrinadores empregam o termo "impessoalidade" para designar diretamente o princípio da isonomia, como Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso..* p. 84).

34 Vide art. 2º, parágrafo único, II e III, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

Por oportuno, assevere-se igualmente que a administração pública tem a obrigação de interpretar a lei e a norma administrativa da forma que melhor garanta o fim público a que se dirigem.35 As decisões administrativas tomadas em sede de licitação serão passíveis de invalidação, caso se verifique a ausência de um fim público que as justifique.

3.4. PRINCÍPIO DA MORALIDADE.

Não é um mero desdobramento do princípio da legalidade. A moralidade administrativa consubstancia o conjunto de preceitos éticos que foram positivados pelas normas constitucionais.36

Noutro giro: *a moralidade exigida da administração pública na condução das licitações deverá ser identificada a partir dos fundamentos e diretrizes que foram eleitos como colunas de sustentação axiológica do ordenamento jurídico brasileiro*.37

O princípio da moralidade impõe para a administração pública o dever de agir com lealdade, probidade e boa-fé para com o licitante.38 Não há dúvida de que a licitação funciona como instrumento que também tem por escopo evitar que o gestor público se aproprie dos recursos e bens da coletividade em favor de desígnios torpes ou corruptos.

3.5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Além de posicionar expressamente o princípio da isonomia como justificativa para a licitação, o art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, menciona outra vez a igualdade. Talvez, com o fim de destacar o tratamento igualitário que deve ser dispensado aos licitantes na preparação e realização dos processos administrativos que convocarão a colaboração da iniciativa privada.

É interessante registrar que o estatuto federal das licitações determina expressamente em seu art. 3º, § 1º, I, que é proibido a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Recorde-se que o art. 19, III, da Constituição Federal, veda expressamente que eles criem distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

---

35 Vide: art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

36 *Cf.* Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação...*, p. 72-85.

37 Vide arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

38 Vide art. 2º, parágrafo único, IV.

Isso torna juridicamente inviável, por exemplo, uma lei municipal que institua a preferência por empresas ou produtos locais em detrimento de concorrentes de outros Estados-membros, nas licitações promovidas pela administração pública local.

Outro ponto importante na aplicação do princípio da igualdade às licitações envolve a disputa entre licitantes brasileiros e estrangeiros.

Na Lei Federal n.º 8.666/1993, prescreve-se em seu art. 3º, § 1º, II, que é vedado aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o § 2º do mesmo dispositivo legal e o art. 3º da Lei Federal n.º 8.248, de 23.10.1991.

Apesar desse comando legal, o § 2º do art. 3º do estatuto federal das licitações prevê:

> *"Art. 3º. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:*
>
> *I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;*
>
> *II – produzidos no País;*
>
> *III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras".*

Diante da revogação do art. 171 da Constituição Federal - que dispunha sobre a definição de empresa nacional - pelo art. 3º da Emenda Constitucional n.º 6, de 15.8.1995, cremos que o enunciado normativo *supra* citado também foi retirado do ordenamento jurídico pátrio. Por injunção do princípio da isonomia, a lei somente poderá empregar fatores de distinção que sejam previstos expressamente ou que sejam compatíveis com as normas constitucionais. A partir do momento em que a Lei Maior não estabelece mais a necessidade de tratamento preferencial para as empresas nacionais, carece de legitimidade a lei que procure estabelecer discriminações negativas para as empresas estrangeiras.39

Ademais, o art. 172 da Constituição Federal determina que a lei deverá estimular os investimentos de capital estrangeiro. Portanto, a lei não tem o condão de servir como obstáculo à participação de agentes econômicos internacionais na infra-estrutura de bens e serviços mantidos pela administração pública brasileira.

---

39 Em sentido contrário, consultar Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Preferências em licitação para bens e serviços praticados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 27/1999.

3.6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.

Conforme o princípio da publicidade, os atos administrativos devem ter divulgação oficial, ressalvadas as matérias que envolverem o direito à privacidade e segurança da sociedade e do Estado.40 Todavia, publicidade das decisões administrativas nestas situações somente poderá ser restringida na medida do indispensável para o interesse público.41 Como já tivemos oportunidade de dizer:

> *"Sem publicidade, não há como vincular a conduta da administrado. O princípio impõe que todos os atos da administração pública devem ser públicos, acessíveis a toda coletividade. Sem a devida informação, a ação administrativa cai no vazio e no esquecimento, ou produz insegurança e surpresa ao cidadão quando a administração pública age no sentido de impor conduta ao mesmo".42*

Advirta-se que a eventual restrição à publicidade não significa afirmar que o destinatário da providência administrativa deva ficar inteiramente alheio ao conteúdo da decisão administrativa. Somente lhe deverá ser sonegado tudo aquilo que puser em risco a segurança nacional, sob pena de se criar um reduto inexpugnável ao controle externo da administração pública.

Em matéria de licitação, o princípio da publicidade tem ampla aplicação. Basta aferir a preocupação que o estatuto federal das licitações teve ao regular a divulgação do ato convocatório e de suas eventuais correções.43 No art. 3º, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993, temos:

> *"Art. 3º. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 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".*

Depreende-se do dispositivo legal acima transcrito, a consideração no sentido de que a publicidade dos atos procedimentais da licitação é a regra, ressalvado o sigilo das propostas até a sua abertura em sessão pública.44 Esta

---

40 Vide: arts. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal; e art. 2º, parágrafo único, V, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

41 O art. 93, IX, da Constituição Federal, ao prever o dever de fundamentação das decisões judiciais, por exemplo, determina que a publicidade das sessões de julgamento poderá se restringir às partes e a seus advogados, "em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

42 *Invalidação...*, p. 85-6.

43 Vide art. 21 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

44 Lembra Hely Lopes MEIRELLES (*op. cit.*, p. 258): "Não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em *ato público*; este poderá ser realizado em *recinto fechado* e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranqüilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do *resultado do julgamento*, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis".

exceção se justifica em razão dos princípios da igualdade e da moralidade.45

Ainda sim, há possibilidade da exigência de algum sigilo na preparação das licitações, quando o objeto envolver questões diretamente vinculadas à segurança nacional. Todavia, deflagrado o processo, a publicidade deverá ser observada consoante o preceito veiculado pelo art. 3º, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993.

3.7. PROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A probidade administrativa constitui um dever jurídico decorrente do princípio da moralidade. Segundo esse preceito, o gestor público tem a obrigação de zelar pela integridade moral e material dos bens e serviços postos sob sua responsabilidade, abstendo-se de tomar providências lesivas ao interesse e patrimônio públicos.46

Violado esse dever, surge o ilícito da improbidade administrativa, a ser definido em lei, que enseja a aplicação das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.47

Como se sabe, as licitações não raras vezes oferecem ao gestor público a infeliz tentação de se locupletar às custas do erário público e dos licitantes. Nessas situações, além da invalidade do processo administrativo, abre-se o espaço para a responsabilização do agente da administração pública nas esferas civil, administrativa e penal.

3.8. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Trata-se de um princípio específico de processos de natureza concorrencial. Nos termos do art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, a administração pública deve cumprir as normas e condições constantes do edital da licitação, "ao qual se acha estritamente vinculada". Daí se dizer que o ato convocatório funciona como a "lei interna" da licitação, subordinando o gestor público e os licitantes aos seus comandos.48

Mediante o instrumento convocatório (edital ou carta-convite), leva-se ao conhecimento do público a abertura de licitação, nele sendo fixadas as condições de sua realização e a convocados os interessados para apresentarem propostas.49 Mas a aplicação dos preceitos desse ato deverá ser

---

45 *Cf.* Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 258-9.

46 *Cf.* Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação*..., p. 82-3.

47 Atualmente, o assunto encontra-se regulado pela Lei Federal n.º 8.429, de 2.6.1992.

48 Entretanto, o instrumento convocatório poderá ser objeto de impugnação junto à administração pública, seja pelo licitante, seja pelo cidadão, nos termos do art. 41, §§ 1º a 4º, do estatuto federal das licitações.

49 Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 271.

necessariamente contextualizada no ordenamento jurídico em vigor.50

Entretanto, esse princípio não impede a administração pública de negociar com o licitante vencedor condições mais vantajosas para o interesse público. Lembra Antônio Carlos Cintra do AMARAL:

> *"Note-se que a vinculação ao instrumento convocatório não exclui a possibilidade de negociação. Para que juridicamente possa esta ser fundamentada é necessário observar o seguinte: (a) só pode haver negociação com a proponente vencedora; (b) dela deve resultar uma melhoria na proposta apresentada; (c) em conseqüência, a ordem de classificação não poderá ser alterada; e (d) a negociação não pode acarretar uma alteração no instrumento convocatório, de sorte que alguém que não participou da licitação pudesse alegar que se soubesse que seria assim teria participado.*
>
> *A negociação deve ser excepcional e conduzida com muita cautela, exatamente para não ferir o princípio da isonomia (igualdade)".51*

Se houver descompasso entre prática da licitação no caso concreto e a regra do instrumento convocatório, o processo administrativo fica passível de extinção por razões de juridicidade.

3.9. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO.

Por opção da lei, optou-se por restringir substancialmente o espaço para a discricionariedade administrativa na apreciação e julgamento dos proponentes e das propostas integrantes da licitação.

Os participantes da licitação devem ter a sua idoneidade avaliada com objetividade segundo os elementos de qualificação técnica e econômica previamente determinados no instrumento convocatório.

No que diz respeito às propostas, é importante citar o art. 44, *caput*, e § 1º, da Lei n.º 8.666/1993:

> *"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.*
>
> *§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade".*

E no art. 45, *caput*, desse diploma legal, afere-se:

> *"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*

50 Como afirmava Hely Lopes MEIRELLES (*op. cit.*, p. 271), "o edital não é exaustivo, porque normas superiores e anteriores do órgão licitante o complementam, embora não reproduzidas em seu texto".

51 *Licitação para concessão de serviço público*, p. 19.

de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar a sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle".

Esses comandos legais determinam que o julgamento das propostas deverá ser realizado em conformidade com os critérios que foram eleitos pelo instrumento convocatório como aptos para classificá-las, viabilizando assim a seleção da melhor dentre elas. Registre-se que esses fatores não poderão ensejar o uso de critérios de conveniência ou oportunidade para as autoridades responsáveis pela condução e encerramento da licitação. Também é relevante anotar que o estatuto federal das licitações proíbe a fixação de elementos de apreciação mediante termos fluidos ou vagos, procurando evitar assim o risco de uma análise composta por elementos materialmente inexpugnáveis por parte dos licitantes e dos órgãos de controle.

E, quando for impossível eliminar completamente a subjetividade do julgamento, faz-se preciso que o instrumento convocatório procure reduzi-la ao máximo, procurando fórmulas aritméticas ou pontuações que possam auxiliar uma classificação justa e compreensível para os licitantes envolvidos.52

Enfim, o julgamento das licitações deverá ser realizada consoante critérios claros, objetivos e públicos, sob pena de invalidação.

3.10. PANORAMA DOS "PRINCÍPIOS CORRELATOS".

Dentre os "princípios correlatos" referidos no art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993, merecem destaque: (i) o formalismo; (ii) a motivação; (iii) o contraditório e ampla defesa; (iv) a economicidade; e (v) a adjudicação.

O princípio do formalismo funciona como meio de garantia da isonomia nos processos administrativos concorrenciais.53 Malgrado a imprecisão técnica, estabelece o art. 4º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

"Art. 4º. (...)

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública".54

Assim, as formalidades impostas pela lei, atos normativos e instrumento convocatório para a licitação são obrigatórias para os licitantes e agentes públicos nela envolvidos. Em princípio, se houver a ausência ou a prática defeituosa do requisito procedimental, o licitante será prejudicado ou o processo administrativo

52 *Cf.* Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Licitaçao...*, p.18; e Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 424-5. Vide art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

53 *Cf.* Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 450.

54 Embora o enunciado normativo empregue "ato", não há dúvida que a licitação é um processo administrativo.

ficará passível de invalidação.

Todavia, pondera-se de modo acertado que a forma tem caráter eminentemente instrumental. Afinal, a omissão ou erro na formalidade somente afetará o particular ou a validade da licitação diante da comprovação de que a falha procedimental traz grave dano ao interesse público e à igualdade de tratamento que deve ser dispensada a todos os competidores.55

Em conformidade com o princípio da motivação, as autoridades administrativas responsáveis pela licitação deverão expor de modo claro, objetivo e congruente, os pressupostos de fato e de direito das decisões que tomarem no curso do processo.56 Alerte-se que não apenas os provimentos administrativos prejudiquem diretamente os licitantes - como recusa de habilitação ou desclassificação de proposta - devem ser fundamentados. Uma vez que a licitação envolve disputa entre os particulares, cabe à administração pública demonstrar que expediu os seus atos em prol do interesse público sem se perder de vista o preceito fundamental da isonomia, no momento em que foram praticados.57

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa também tem incidência inequívoca nas licitações.58 Em toda e qualquer decisão da administração pública que resulte em prejuízo ao licitante, é imprescindível que lhe seja assegurada de ser intimado para se manifestar sobre os seus termos, opondo-lhe defesa que os contradiga, antes de sua efetivação. Lembra ainda Edgar Antônio Chiuratto GUIMARÃES:

> *"(...) não basta apenas a administração licitadora oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deverá ela oferecer os meios necessários para que os interessados tenham condição de exercer tal direito assegurado em nossa Carta Magna. Para tanto: i) deverá ser dada a necessária publicidade informativa da abertura do contraditório e da ampla defesa; ii) deverão antecipadamente, ser informados os motivos determinantes da prática do ato pretendido pela Administração; iii) vistas dos autos devem ser concedidas aos eventuais interessados; e ainda, iv) um prazo razoável deve ser assinalado para o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa".59*

O cuidado com o contraditório e ampla defesa deve se fazer presente quando a administração pública decide revogar a licitação por razões de conveniência ou invalidá-la por motivos de juridicidade, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993. Sem o adimplemento a esse preceito

---

55 *Cf.* Diógenes GASPARINI, *op. cit.*, p. 427-9; Fábio Barbalho LEITE, A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitações, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002; e Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 259-60.

56 Vide arts. 2º, parágrafo único, VII, e 50 da Lei Federal n.º 9.784/1999. Vide também: arts. 5º, *caput*, 8º, parágrafo único, 17, *caput*, 20, 31, § 5º, 38, IX, 44, § 1º, 46, § 3º, 49, 51, § 3º, 57, §§ 1º e 2º, 73, I, *a* e *b*, e § 1º, todos da Lei Federal n.º 8.666/1993. *Cf.* Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 24.

57 *Cf.* Vladimir da Rocha FRANÇA, *Estrutura e motivação do ato administrativo*, p. 115-7.

58 Vide art. 5º, LV, da Constituição Federal.

59 O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 17/1997: 202.

fundamental da Lei Maior, o provimento que extingue a licitação fica passível de invalidação.60

A economicidade diz respeito ao dever da administração pública de conduzir o processo administrativo e chegar a um desfecho com o menor dispêndio possível de recursos da coletividade.61 Todavia, esse princípio não pode licitamente servir de base para uma decisão que, a pretexto de poupar o erário público, compromete bens da coletividade de natureza não-patrimonial. Não deixa de ter forte ligação com o princípio constitucional da eficiência, mandamento expresso no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Por fim, a adjudicação.62 Aqui visualizamos o direito do licitante vencedor de ter a preferência na celebração do contrato ou na expedição do ato ampliativo que foi objeto do certame. Comparar o concurso público com a licitação pode nos fornecer algumas conclusões interessantes.

No concurso público - cujo objeto é a seleção de pessoas físicas para a ocupação de cargos ou empregos públicos - não se prevê na Lei Maior um direito subjetivo à nomeação em favor do aprovado nesse certame. Com efeito, a Constituição Federal garante-lhe apenas a prioridade no preenchimento das vagas disponíveis para o cargo ou emprego que foi objeto da disputa, reservando à discrição da autoridade administrativa competente convocar ou não os classificados.63 Direito à nomeação somente surgirá nesse caso quando for comprovado algum vício no exercício dessa competência discricionária.

É conveniente acrescer que o concurso público se extingue com a convocação de todos os aprovados ou com o decurso do prazo de validade instituído nos termos do art. 37, IV, da Constituição Federal. Expirada a vigência do certame, a administração pública fica impedida de chamá-los para prover os cargos ou empregos que se encontram vagos. Nem lei específica poderia dispor em contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

Já na licitação, o art. 49 da Lei Federal n.º 8.666/1993 determina que a extinção anômala da licitação, e a conseqüente frustração do intuito do licitante vencedor, somente poderá ser realizada mediante decisão fundamentada da administração pública. Assegura-se inclusive indenização em benefício do licitante que demonstrar que tal decisão lhe causou perdas e danos.

Mostra-se indubitável que a proposta vencedora somente vincula o respectivo proponente dentro do prazo de sua vigência, segundo os preceitos do art. 64 da Lei Federal n.º 8.666/1993. Segundo o § 3º desse dispositivo legal, os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos com o decurso de 60 (sessenta) dias da data de entrega das propostas.

---

60 *Cf.* Vladimir da Rocha FRANÇA, Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002: 133-7.

61 Vide arts. 70 e 74 da Constituição Federal.

62 Sobre o assunto, consultar: Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, p. 61-74; e Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 171-9.

63 Vide art. 37, IV, da Constituição Federal.

Embora não haja qualquer preceito constitucional ou legal que impeça expressamente a administração pública de contratar o licitante vencedor que não se encontra mais vinculado à proposta apresentada, entendemos que a licitação se extingue com o decurso do lapso temporal previsto conforme o art. 64, § 3º, da Lei n.º 8.666/1993.64 Do contrário, a administração pública poderia deixar escoar o tempo para privilegiar indevidamente o licitante vencedor, celebrando o contrato para depois alterá-lo, no intuito de adequar a proposta original às circunstâncias que se configuraram durante o indevido silêncio administrativo. Isso violaria, ao nosso ver, o direito à igualdade dos demais licitantes.

Afinal, pelo princípio da legalidade, a administração pública deve fazer aquilo que a lei lhe autoriza. Relembre-se que o gestor público não frui da mesma liberdade que a lei confere ao particular, ao reconhecer a legitimidade das ações ou omissões privadas que não sejam legalmente proibidas.

E se a administração pública silencia e o prazo do art. 64, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993 está prestes a encerrar? Nesse caso, cabe ao licitante vencedor solicitar à administração pública a interrupção do prazo, bem como uma decisão expressa sobre a matéria.

A seriedade da licitação não pode ficar conspurcada com a irresponsabilidade fiscal na gestão pública. Se administração pública deflagra o processo administrativo e convida os particulares, presume-se que a administração pública tem os recursos necessários para realizar o objeto da competição. Não deve o licitante ser prejudicado pela falta de planejamento orçamentário por parte da autoridade administrativa, sendo-lhe lícito reivindicar o justo encerramento do certame na forma da lei e do instrumento convocatório, bem como o ressarcimento das perdas e danos causados pela desídia do Estado. É preciso esclarecer que não é um direito exclusivo do vencedor, pois os demais participantes têm o legítimo interesse de obter uma nova oportunidade para colaborar com a concretização da finalidade coletiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Os princípios jurídicos não podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior intelecção e efetividade quando são conjugados, no desforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo.

Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano

64 Aparentemente, no caso de licitação para concessão de serviço público ou para parceria público-privada, deve ser aplicado raciocínio similar caso haja o decurso integral do prazo previsto no edital para a assinatura do contrato (vide art. 18, III, da Lei Federal n.º 8.987/1995 e art. 11 da Lei Federal n.º 11.079/2004). Todavia, a complexidade e o valor desses contratos exige uma maior ponderação quanto à possibilidade da administração pública aperfeiçoar a avença após o termo prescrito no instrumento convocatório para tanto, se tempo excedente for irrisório e não inviabilizar a implementação da proposta vencedora nos termos em que foi selecionada.

constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia.

Havendo violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação, a sua validade, bem como a juridicidade de seu resultado, deverá ser objeto de invalidação, seja pela própria administração pública, seja pelos órgãos responsáveis pelo seu controle externo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL, Antônio Carlos de Araújo. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 3 ed. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 27/1999, p. 5-10.

_____. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: n.º 3, v. 2, p. 311-24, janeiro/março de 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n. 37/2002, p. 118-139.

_____. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: 2004 (Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

_____. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, ano 13, n. 60, p. 11-23, janeiro-fevereiro de 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Edgar Antônio Chiuratto. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 17/1997, p. 190-205.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LEITE, Fábio Barbalho. A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitações. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 37/2002, p. 83-106.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo *et al*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 37/2002, p. 107-17.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 17/1997, p. 5-33.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo – de acordo com as leis n. 8.666/93 e n. 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível