Instituto Brasileiro de Direito Público

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

R DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DIREITO SUBJETIVO DO ADJUDICATÁRIO AO RESULTADO EFICAZ DA LICITAÇÃO

Prof. Carlos Pinto Coelho Motta

Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. 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.

1. Introdução. 2. A decisão de contratar e sua estrutura legal. 2.1 Normas constitucionais sobre licitação e contrato; 2.2 Legislação infraconstitucional de licitação e contrato; 2.3 Normas constitucionais e infraconstitucionais de controle; 2.4 Lei de Responsabilidade Fiscal; 2.5. Orientações dos Tribunais de Contas. 3. Sustentabilidade econômico-financeira do objeto da licitação. 3.1 Integração entre as leis de licitação e de responsabilidade fiscal; 3.2 Requisitos específicos para abertura de licitação; 3.3 Programa governamental com recursos vinculados. 4. Sustentabilidade político-administrativa do objeto da licitação – o princípio da continuidade. 5. Sustentabilidade do objeto de parceria público-privada. 6. Desfazimento da licitação. 6.1 Desfazimento por revogação; 6.2 Desfazimento por anulação. 7. Direito do adjudicatário e integração dos princípios da Administração Pública em torno do epílogo eficaz do certame licitatório .

1. INTRODUÇÃO

Na observação quotidiana do concorrido campo do fornecimento de serviços, obras e suprimentos para a Administração Pública brasileira, um foco específico nos tem chamado freqüentemente a atenção: o "vazio" em que recaem, por vezes, os mais bem-intencionados processos licitatórios.

A história sempre se repete: após um ritual não raro longo e oneroso, dá-se a *homologação* – ato que significa a aprovação final de um encadeamento de ações administrativas que deveriam, necessariamente, resultar em uma contratação válida e vantajosa para o erário. E então ... mais nada: a contratação simplesmante não acontece.

O tempo passa; o adjudicatário não pode mais manter sua proposta; o "governo muda"... aquele cauteloso processo é simplesmente esquecido. Deixado para trás.

Muitos de nós já presenciaram esse típico episódio da cena administrativa brasileira, que pode ocorrer com todos os tipos e dimensões de empresas fornecedoras, e em todos os níveis da Administração Pública.

Para dar exemplos retirados apenas da vivência profissional do signatário, já presenciamos o desapontamento final de pequena e nascente firma de entregas de periferia, que investira seus parcos recursos e esforços em tomada de preços municipal; e também assistimos à frustração de uma empresa internacional de telecomunicações de grande porte, em vultosa e complexa concorrência de equipamentos de segurança, que, ao final de seis anos, vitoriosas demandas judiciais e oito volumes de processos, ainda não mereceu a devida contratação. Trata-se, enfim, *mutatis mutandis*, do mesmo constrangimento de aplicarem seus recursos, tempo e empenho, e não lograrem qualquer resultado.

A instalação do certame, como sabemos, não se faz sem estritas exigências de orçamentação e processualística financeira.1 Não obstante, quando o Poder Público deixa de contratar, a alegação favorita é sempre a incongruente "falta de recursos". É de se indagar: como é possível, havendo necessariamente recursos previstos na abertura da competição, vê-los se esfumarem ao cabo de todo o processo, no momento da assinatura da avença?

É este questionamento um dos focos principais do nosso trabalho, que no entanto irá ater-se aos potenciais direitos do adjudicatário ao término do processo licitatório.

Um pressuposto legal relevante é que o adjudicatário não possui, realmente, direito líquido e certo à formalização do contrato, que, como se sabe, remanesce sempre como uma possibilidade a critério da Administração.

Todavia, a finalização do processo licitatório implica três possibilidades legais, que veremos em detalhe; sendo uma delas o que chamamos o *epílogo eficaz* do processo licitatório, ou seja: *a contratação*.

2. A DECISÃO DE CONTRATAR E SUA ESTRUTURA LEGAL

Autores dedicados à ciência da administração têm reiteradamente abordado a importância da "tomada de decisão" em matéria administrativa.2 É clássica a afirmativa de que "administrar é tomar decisões", assim como a tradicional classificação das decisões em *estruturadas* e *não-estruturadas*.

Uma decisão administrativa será não-estruturada, ou não-programada, na medida em que a organização não dispuser de um ou mais programas

1 Nos termos do art. 7º, § 2º da Lei 8.666/93 e arts. 15 e 16 da Lei Complementar 101/00.

2 Vide: SIMON, Herbert. *Comportamento administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971, p. 102 *et seq*.

prévios para atendê-la. Não haverá método prefixado para tratar o problema, por diversos motivos: porque talvez jamais tenha sido apresentado antes; porque sua natureza e estrutura são dúbias ou complexas; ou porque é tão importante que merece tratamento específico.3

Na Administração Pública, tal tipo de decisão é bastante raro, posto que emerge da faixa de discricionariedade do administrador público.

Haverá reação não-programada quando o sistema não dispuser de lei, regulamento ou métodos específicos para enfrentar a situação, e for obrigado a depender da capacidade "geral" que porventura tenha ação inteligente, adequada e orientada para o problema.4

O comportamento não-programado do administrador público pode ser identificado à faixa discricionária, que embora se amplie em razão direta do nível hierárquico, é radicalmente limitada pela lei, por normas e regulamentos. Pode-se afirmar que a vontade decisória do poder público se expressa quase sempre de maneira acirradamente *estruturada* ou *programada*.

A margem de discricionaridade remanescente, a par de extremamente reduzida, situa-se em um campo de *conceituações indeterminadas*. "Restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos".5 Aplica-se, aí, a talentosa lição do jusfilósofo argentino Genaro Carrió, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *"Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los quales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que non de duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad hay una zona de penumbra sin limites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe".6*

Esta é uma noção de grande utilidade para agentes públicos que estarão proximamente assumindo cargos, seja como dirigentes recém-eleitos, seja como membros de equipes diretivas de entes da Federação, órgãos da Administração direta ou entidades autárquicas e fundacionais. A tendência destes novos administradores é, talvez, superdimensionar seu poder decisório e o âmbito não-programado de sua atuação. A decepção e o esmorecimento constituirão, assim, inevitáveis consequências do duro embate com a realidade administrativa do setor público.

---

3 SIMON, Herbert. *A capacidade de decisão e de liderança*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1963, p. 13 *et seq.*

4 *Op. cit.*, p. 20.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 759.

6 *Op. cit.,* p. 759.

Uma recomendação produtiva é que iniciem seus mandatos, ou o desempenho de suas funções de direção, imbuídos das importantes ressalvas à ação decisória pública, que se expressam pela clássica lição de Seabra Fagundes: "Legislar (editar o direito positivo) administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal que se complementam e que se esgotam em extensão."7

Reportando-nos à tese de Couto e Silva de que o contrato público é o instituto jurídico que permite ao Estado realizar os fins a que se propõe, constituindo-se o *instrumento por excelência da ação administrativa*,8 estabeleça-se, como ponto inicial desta reflexão, uma decisão quotidiana e comum à maioria dos administradores públicos e ordenadores de despesa: a *decisão de contratar*.

Tomando a palavra "programa" emprestada da terminologia dos softwares atuais, veremos que um programa consiste em uma prescrição ou estratégia detalhada que rege a seqüência de reações de um sistema a um conjunto de tarefas complexas. A maioria dos programas que regulam as reações da organização não são tão detalhados ou tão precisos quanto os programas de computadores, embora tenham o mesmo objetivo: permitir uma reação adaptativa do sistema à situação dada.9 As conceituações oficiais de "programa" não fogem a esse delineamento básico, conquanto se apliquem às ações específicas nas quais se expressa o planejamento governamental.10

Quanto à natureza da demanda do setor público à qual corresponderá a pertinente contratação, abre-se um leque de hipóteses: *obras, serviços, compras ou fornecimentos, alienação de bens públicos, concessão ou permissão...*

Em qualquer das hipóteses ilustrativas em tela, o programa a ser seguido é composto de uma série hierárquica de normas legisladas, que deflui da Constituição da República, passa pela lei, e vai até medidas provisórias, decretos regulamentares e instruções normativas.

Portanto a decisão de contratar obedece a uma estrutura até certo ponto complexa. Cumpre sintetizá-la a partir dos principais textos legislativos intervenientes, o que resulta, esquematicamente, em um *programa* composto de diplomas coexistentes e intercomplementares, listados a seguir.

---

7 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984, p. 2-3.

8 COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de terefas públicas. *RDA* n. 209, 1997, p. 64.

9 SIMON, Herbert. *A capacidade... cit.,* p. 20.

10 Segundo o inciso I do art. 4º da Lei 10.707/03 (LDO da União para 2004), "programa" é entendido como "instrumento da organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual". Vide, ainda, Decreto 4.052 de 13/12/01.

2.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATO

Há de se partir, naturalmente, do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, lido juntamente com o art. 22, XXVII da mesma Carta.

Como é de todos sabido, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal oferece a primeira diretriz programática, no que se refere à decisão de contratar: a de que, ressalvados os casos especificados na legislação, o contrato para obras, serviços, compras e alienações *seja precedido de licitação pública*; que essa licitação assegure igualdade de condições a todos os concorrentes; e que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Os termos constitucionais exigem ainda que a lei venha estruturar e especificar tais condições, limitando exigências de qualificação técnica e econômica aos potenciais concorrentes.

A letra constitucional (art. 22, XXVII) reservou à União a competência privativa de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

2.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO E CONTRATO

A Lei 8.666, de 21/6/93, com suas posteriores alterações, veio cumprir esse mister, tornando-se o estatuto nacional de licitações e contratos. Daquele mencionado leque inicial de hipóteses de contratação, as obras, serviços, compras e alienações do poder público só poderão ser processadas mediante prévia licitação, cujos procedimentos – bem como situações de dispensa ou inexigibilidade de competição -- estão explícitos nessa Lei. Foi agregada posteriormente a modalidade *pregão*, pela Lei 10.520/00.

Quanto às hipóteses restantes, consistindo nas figuras jurídicas da *concessão e da permissão,* o art. 175 da Constituição Federal determina, igualmente, que só sejam contratadas através de licitação. Em obediência a esse ordenamento, acham-se em vigência as Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 7 de julho de 1995.

Vemos, portanto, que a decisão de contratar, para o administrador público, acha-se inexoravelmente vinculada à decisão de *instalar licitação*, incluindo-se nesse âmbito decisório as possibilidades de dispensa e inexigibilidade do procedimento.

2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE CONTROLE

Os arts. 70 a 75 da Constituição Federal adicionam importantes elementos à estrutura da contratação, que incorpora os controles externo (exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas) e

interno (sistemas de cada Poder).

Em obediência aos ditames da fiscalização e do controle externo, acham-se em vigor as Leis 4.717/65; 8.429/92; 8.443/92; 9.784/99; 1.533/53; 7.347/84 e inúmeros textos regulamentares. Sobre controle interno, vige a Lei 10.180/02.

2.4 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 -- que *"estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências",* veio acrescentar uma série de comandos, condicionamentos e cautelas à estrutura jurídica das licitações e contratos. A dimensão das mudanças pode ser aquilatada na primeira palavra da Lei, contida em seu artigo introdutório, que estabelece o *regime legal da responsabilidade na gestão fiscal*, "com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição".

A legitimidade dessa lei complementar para ditar normas gerais em matéria financeira deflui dos dispositivos constitucionais que compõem o capítulo em questão, cujo conteúdo de finanças públicas trata, na Seção I, das normas gerais, e na Seção II, do orçamento, corpo essencial do planejamento. Os arts. 163 e 165, § 9º abordam, especificamente, a lei complementar que corporificará os ordenamentos em matéria financeira.

Atendendo a esse comando, como norma "transitiva direta", a Lei de Responsabilidade Fiscal estende-se aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), aos Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário), Tribunais de Contas, Ministério Público, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais e controladas.

A LC 101/00 veio, concretamente, mudar alguma coisa nas licitações públicas. É verdade que a Lei 8.666/93 contemplava já, de alguma forma, o necessário liame entre a geração de despesa em obras, serviços e fornecimentos, e o equilíbrio das contas públicas. Exemplificam essa afirmativa, , entre outros, o art. 6º, inciso IX e alíneas "a" até "e"; o art. 7º, § 2º, I ao IV, e seu § 6º; os arts. 14 e 38. Tais dispositivos já estabeleciam a relação receita-despesa, através de requisitos como projeto básico, quantitativos e planilhas de custos, cautelas referentes a preços etc.

Como ilustração típica, basta citar, na referida Lei 8.666/93, o § 2º do art. 7º, cujo inciso III vincula a abertura de licitação para obras e serviços à *previsão de recursos orçamentários*, assegurando o pagamento das obrigações "no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma". E o inciso IV do mesmo parágrafo pede, "quando for o caso", que o produto esperado da licitação "esteja contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal".

Para compras, a *indicação orçamentária* era exigida pelo art. 14 da Lei 8.666/93. O art. 40, XIV, "b", da citada norma permitia a divulgação, pelo edital, do cronograma de desembolso máximo por período compatível com a disponibilidade de recursos financeiros.

A LRF veio corporificar, entretanto, maior rigor na fidedignidade e integração dos planos orçamentários, e na fiscalização no atingimento de metas. Tais diretrizes já estão trazendo maior alento aos fornecedores e credores do Estado, já que o tema da geração de despesa sofre uma sistematização mais acirrada. São aduzidas novas cautelas; e cresce a importância da chamada "fase interna" dos certames, com especificações e controles adicionais. A análise jurídica prévia dos editais adquire maior dimensão, incorporando o exame relativo à abordagem editalícia dos requisitos que essa Lei (notadamente arts. 15, 16, 17) acrescentou à condução das licitações.

Portanto, o processo decisório referente à instalação de certames e formalização de avenças públicas encontrar-se-á, mais ainda, firmemente algemado ao chamado "poder de gasto" da Administração, explícito no art. 4º, I , alíneas "a", "b", "e" e "f" da LC 101/00. É esta a razão pela qual o art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como seu § 1º, deverão ser lidos juntamente com os arts. 15, 16 e incisos, 17 e sobretudo com o § 4º do art. 16, dispositivos que introduzem modificações específicas e palpáveis no regime das licitações e correspondentes avenças públicas.

Quanto à *punibilidade* dos atos lesivos, foi sancionada após a LC 101/00 a Lei 10.028/00, que especifica os crimes contra as finanças públicas.

2.5 ORIENTAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Vale acrescentar que, além dos textos legais pertinentes, outras modalidades de diretrizes institucionais devem ser levadas em conta, como valiosos dados auxiliares à estrutura da decisão pública de contratação. Expressam-se através das *orientações, restrições e recomendações dos Tribunais de Contas*, notadamente a propósito do exame dos relatórios sobre o exercício financeiro.

Um bom exemplo é o judicioso Relatório apresentado pelo Ministro Adylson Motta, do Tribunal de Contas da União, sobre o exercício financeiro de 2000,11 aqui citado especificamente pelo motivo de ter sido a primeira análise feita por aquela egrégia Corte de Contas após a sanção da LC 101/00, incorporando o excepcional empenho desse diploma legal na efetividade do planejamento público. Enfatizando tal aspecto, adverte o Presidente do TCU, Ministro Humberto Guimarães Souto:

"As presentes contas são as primeiras apreciadas sobre a égide da Lei de

11 *DOU* de 6/9/01, p. 111-245.

Responsabilidade Fiscal. Esta lei foi concebida com a louvável intenção de imprimir uma maior disciplina fiscal nas três esferas de governo.

Espera-se que seja um marco na questão das finanças públicas neste país, pois a austeridade deve ser a tônica de qualquer administrador que se pretenda sério e comprometido com a correta aplicação dos recursos públicos".12

3. SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO OBJETO DA LICITAÇÃO

3.1 INTEGRAÇÃO ENTRE AS LEIS DE LICITAÇÃO E DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Quando se investigam os motivos pelos quais o Poder Público se omite, deixando de assinar a devida contratação, vemos surgirem alegações de cunho financeiro e de cunho político-administrativo – em qualquer caso, destituídas de amparo legal. Isto porque, tanto a Lei Nacional de licitações e contratos (8.666/93) como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC101/00) estabelecem prescritivos específicos que deveriam – caso bem aplicados – coibir energicamente a possibilidade de, uma vez instaurada e processada regularmente uma licitação, omitir-se o seu epílogo eficaz, ou seja, a correspondente formalização da avença.

A integração, necessariamente vinculativa, entre os dois diplomas legais remete, de plano, ao conteúdo do parágrafo 1º da LRF, que traz o conceito de *gestão fiscal responsável*, decisivo para a orientação deste estudo.13

Um dos elementos-chave da gestão fiscal responsável é o conceito de "ação planejada", que por sua vez conduz, por via lógica, àqueles dois procedimentos administrativos ínsitos à ação gerencial do setor público – ou seja, o *contrato administrativo* e seu antecedente necessário, o *instituto da licitação*. A licitação e o contrato, como vimos, são os atos decisórios *definidores do exercício da gestão pública*. Tais atos originam e viabilizam muitos dos que foram contemplados na redação do parágrafo 1º do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

---

12 Anexo Ata nº 25 de 21/7/01, *DOU* de 6/9/2001, p. 247. Quanto às novas funções dos Tribunais de Contas, o STF tem confirmado que tais Cortes possuem, mesmo, legitimidade para expedição de medidas cautelares, "em razão da garantia de eficácia que deve ser assegurada às decisões finais...proferidas." MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 19/11/2003, *Informativo STF* n. 330, nov. 2003. Vide, ainda, sobre o tema: Comunicação da Presidência do TCU, *DOU* de 9/12/03. Doutrinariamente, vide a judiciosa coletânea de artigos de Alfredo José de Sousa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, Sérgio Ferraz e Valmir Campelo: *O novo Tribunal de Contas – órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

13 Sobre o tema, vide SCHMITT, Paulo Marcos. Lei de responsabilidade fiscal e as normas gerais de contratação pública – questões pontuais. *ILC*, ano X, n. 117, nov. 2003, p. 945-960.

Por conseguinte, quando se menciona a "responsabilidade na gestão fiscal", cumpre salientar a desejada compatibilidade entre o planejamento institucional, ora fortalecido pelos dispositivos da referida Lei, e os procedimentos da licitação e da contratação administrativa.

Sob essa orientação, salientem-se, como artigos vetoriais, os que enfatizam o efetivo *poder de gasto* do setor público. Os artigos iniciais da LRF integram-se a outros dispositivos tendentes a influir positivamente na condução das licitações.

Além do mencionado art. 1º e seu parágrafo 1º, citem-se: os prescritivos voltados para a integração e fidedignidade do *orçamento público* (arts. 4º ao 10), notadamente o art. 8º, que determina ao Poder Executivo o estabelecimento da *programação financeira e do cronograma de execução mensal de desembolso*; os dispositivos referentes à *receita e despesa* (arts. 11 ao 21); as novas exigências para a instalação dos certames, abordadas nos arts. 15, 16 e 17; a racionalização do *sistema de custos* mencionada no § 3º do art. 50; e, globalmente, a *transparência da gestão fiscal* preconizada nos arts. 48 a 59.

Quanto aos dispositivos da LRF referentes à receita, coibindo a renúncia fiscal (arts. 11 a 14), terão igualmente reflexos concretos nos procedimentos licitatórios e na gestão contratual. É ocorrência comum, até mesmo em certames de grande vulto, propostas contendo graves omissões de itens de custo relativos a insumos, salários de mercado, encargos e tributos.14 Para o bom cumprimento dos dispositivos em referência, é importante que o órgão licitador promova o *exame de consistência da proposta* (arts. 44, § 3º; 48, II; e 71 da Lei 8.666/93). Caso se comprove falha ou subdimensionamento de obrigações tributárias, a proposta deve ser necessariamente desclassificada (art. 48 da mesma Lei).15

Da mesma forma, na gestão contratual, o executor contratado é responsável pelo pagamento de encargos legais (trabalhistas, fiscais, previdenciários e comerciais) que devem figurar explicitamente na avença,

---

14 STF, RMS 23.714, Rel Min. Sepúlveda Pertence, 5/9/00. *Informativo STF* n. 201, 2000. Doutrinariamente, vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O novo regime de aferição de inexigibilidade de propostas em licitações. *BLC* n. 11, 1999, p. 596; VIEBUHR, Joel Mendes. Licitação pública – (In)Exequibilidade das propostas e garantia adicional. *RTDP* n. 26, 1999, p. 273; MUKAI, Toshio. Desclassificação de propostas... *BLC* n. 2, 2001, p. 89; e, nosso: Equívoco na inclusão de documentos... *BLC* n. 9, 2000, p. 465.

15 Art. 101 da Lei 10.707/03, LDO da União: "Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderão ser superiores à mediana daqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi, mantido pela Caixa Econômica Federal. § 1º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, poderão os respectivos custos ultrapassar o limite fixado no caput, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo. § 2º A Caixa Econômica Federal promoverá a ampliação dos tipos de empreendimentos atualmente abrangidos pelo sistema, de modo a contemplar os principais tipos de obras públicas contratadas, em especial as obras rodoviárias, ferroviárias, e de edificações, saneamento, barragens, irrigação e linhas de transmissão." O SINAPI (Sistema Nacional de Pesquisas e Índices da Construção Civil), desenvolvido pela Caixa Econômica Federal, foi reconhecido como referência pela Decisão Plenária 952/99 do TCU, e reiterado einstitucionalizado pela LDO da União.

conforme o art. 71 da Lei 8.666/93, robustecido pelo Enunciado 331 do TST.

As especificações para previsão da receita, feitas no art. 12 da LRF, são referências para o estudo dos reajustes e recomposições contratuais decorrentes da Lei 8.666/93, porquanto reconsagram fatores relevantes para o equilíbrio das previsões de receita, como a variação do índice de preços e o próprio índice de crescimento econômico.

Exigências como a de demonstrativo de evolução da receita, e de projeção para os três anos seguintes, servem de parâmetro para os estudos e estimativas do impacto orçamentário-financeiro dos contratos de serviços, compras e obras; e, por via de consequência, uma exortação à fidedignidade nos cálculos de custo, insumos, tributos e BDI, que representam os totais de preços nas licitações e contratos.

Os arts. 11 a 14 da LRF devem ser lidos com o inciso I do art. 59, que, como foi mencionado, obriga os órgãos de controle à verificação do atingimento de metas fixadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

3.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA ABERTURA DE LICITAÇÃO

O art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal é especificamente relevante para a área de licitações e contratos. Estabelece condições e limitações formais para a "criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental que acarrete aumento da despesa". O dispositivo em tela, com seus incisos e parágrafos, direciona-se portanto *aos atos decisórios referentes à contratação*, incluindo os antecedentes necessários de abertura de processo licitatório, ou ratificação de dispensa ou inexigibilidade.

Tal interpretação é corroborada pelo § 4º e seu inciso I, que explicitam que "as normas do *caput* constituem condição prévia para empenho e licitação de *serviços*, *fornecimento de bens* e *execução de obras*".

As especificações do art. 16 devem ser introduzidas na chamada "fase interna" das licitações, também designada como "processo" (art. 38 da Lei 8.666/93). É cabível –

em caráter supletivo e em tópicos específicos – a aplicabilidade da Lei 9.784, de 29/1/99, que regula o processo administrativo, à licitação.16

Serão pois doravante anexados ao pertinente processo: I - a estimativa do impacto orçamentário-financeiro daquele aumento de despesa (ou seja, do valor daquele objeto específico) no exercício em que deva entrar em vigor, e nos dois subsequentes; II - a declaração do ordenador de despesa de que o aumento está *compatibilizado* às três instâncias básicas do processo

16 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Regras supletivas para um julgamento eficaz. *BLC* n. 12, 2000, p. 19.

orçamentário: a lei orçamentária, a Lei de Diretrizes e a Lei do Plano Plurianual. Exclui-se do ordenamento do artigo apenas a despesa considerada "irrelevante", conforme definida pela LDO.17

O cumprimento destes requisitos é fortalecido ainda pelos arts. 48 a 59 da LRF. As despesas resultantes de sua inobservância, qualificadas de *irregulares* e *lesivas* pelo art. 15, acarretam as consequências apontadas no art. 73.

É sabido que a maior parte das irregularidades do procedimento licitatório tem sua ocorrência vinculada à inobservância de pré-requisitos legais, e não-adoção de cautelas, ainda em sua *fase interna*. Nesta, as deficiências podem ser ainda corrigidas, à vista da autotutela da Administração. Entretanto, uma vez anunciado o edital, mediante o aviso, o que era tido como falha sanável cristaliza-se como vício definitivo, que não será solvido a não ser pelo desfazimento.18

Por conseguinte, avulta a necessidade de controle e acompanhamento processual nas licitações por parte dos órgãos especializados -- Auditoria e Tribunais de Contas -- já que a omissão dos pré-requisitos do art. 16 na fase interna da licitação deverá levar à anulação de todo o procedimento (arts. 4º, 49 e 82 da Lei 8.666/93 combinados com os arts. 15 e 16, § 4º, I da LRF), com imediata apuração de responsabilidade (art. 73 desta).

O art. 16 deve, ademais, ser lido com o § 1º do art. 80 do Decreto-lei 200/67; com o *caput* do art. 37 e parágrafos 6º e 7º, bem como art. 70, da Constituição Federal. Integram-se as diretrizes dos incisos I e II do art. 16, aos *direitos subjetivos* do licitante.

Cabe ressaltar que as *concessões* de serviços nas quais o Poder Público não efetua desembolso estão naturalmente isentas das exigências do art. 16, em razão do art. 124 da Lei 8.666/93. Para bem delimitar essas hipóteses de ausência de dotação pública, os atos de gestão na área de concessões e permissões devem ter motivação detalhada, consoante o art. 5º da Lei 8.987/95.

3.3 PROGRAMA GOVERNAMENTAL COM RECURSOS VINCULADOS

Uma ilustração mais freqüente do que seria admissível diz respeito à omissão de contratação quando se trata de um *programa governamental com*

---

17 Confirmando a aplicação desses dispositivos às licitações, a Lei 10.707/03 (LDO da União) no art. 110, I, determina que as especificações do art. 16 integrem necessariamente os processos de licitação e desapropriação urbana. E define, no mesmo artigo, inciso II, como despesas irrelevantes, as que não ultrapassem os limites dos incisos I e II do art. 24 da lei 8.666/93.

18 Note-se que o edital só poderá ser modificado substancialmente com a devolução do prazo para abertura, o que equivale ao reinício do processo - art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.Vide, nosso: Reabertura de prazo de licitação por modificação editalícia. *BLC* n. 11, 1999, p. 539; e Decisão do TCU 677/98, *BLC* n. 12, 2000, p. 642.

recursos vinculados.

A figura jurídica da vinculação de receita achava-se já, anteriormente à LRF, explícita nos arts. 9º e 71 da Lei 4.320/64.19 Mediante a vinculação da receita, o planejamento orçamentário-financeiro adquire ainda maior consistência jurídica e firme suporte contábil. E esses dados devem necessariamente, constar dos documentos que compõem a fase interna do processo de licitação.

Ainda, cumpre lembrar que as Leis de Diretrizes Orçamentárias da União (as mais recentes, Leis n. 10.524/2002, e 10.707/2003) em vários artigos, definem os conceitos de *programa* (o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual); *atividade* (um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo); *projeto* (um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento das ações de governo). Tais conceitos não deixam dúvidas sobre a incidência de garantias orçamentárias sobre o objeto de um certame licitatório instalado, desde que este se enquadre em qualquer destas categorias.

Ademais, as referidas LDOs determinam que "as unidades responsáveis pela execução dos créditos orçamentários e adicionais aprovados processarão o empenho da despesa, observados os limites fixados para cada categoria de programação e respectivos grupos de natureza da despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso, especificando o elemento de despesa." (Art. 100 da Lei 10.707/03).

Neste contexto, um objeto de licitação que integre um projeto pertencente legitimamente a um programa governamental, com recursos legalmente vinculados, espelha uma ação de governo que não pode sofrer descontinuidade, sob pena de *violação da própria legislação*.

Caso não se efetuasse a correspondente contratação, chegar-se-ia, por esta via, *às raias da lesividade*. A proposta de desfazimento do processo também seria lesiva, se desamparada de fundamentação jurídica consistente.

Isto porque a programação financeira constitui um esforço direcionado ao cumprimento dos recursos vinculados a finalidade específica, para dar sentido ao planejamento estratégico do Governo. Efetivamente, violar tal norma equivaleria a frustrar a finalidade da lei e, portanto, a vontade do legislador.20

---

19 MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira, e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003, p. 30 e 159-161.

20 MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*.

Ensina o Prof. Jessé Torres Pereira Júnior:

> *"A LRF veio cumprir esse papel em relação ao planejamento, que não é mais uma proposta que pode ou não ser executada de acordo com as circunstâncias, ou seja, não é mais um ideal a ser perseguido. O planejamento é vinculante. Traduz um dever de agir e como agir."21*

A vinculação de recursos permanece válida, mesmo se a despesa for efetivada em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso. A violação da vinculação encontra-se taxativamente definida pelo art. 8o., parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00:

> *"Art. 8o Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4o, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.*
>
> *Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso." (g.n.).*

A respeito do dispositivo transcrito, vide seguinte comentário de Carlos Maurício Cabral Figueiredo e outros:

> *"O parágrafo único do art. 8o acolheu preocupação já manifestada pelos órgãos de controle ao proibir a utilização dos recursos financeiros vinculados em despesas dissociadas do objeto de sua vinculação.*
>
> *Nota 67: Nesse sentido, ao emitir seu Parecer Prévio sobre as contas da administração direta do governo pernambucano do exercício de 1998 (Processo TC n. 99901332-0), o Tribunal de Contas de Pernambuco emitiu recomendação no sentido de que se aprimorem 'os mecanismos de controle da execução financeira das fontes de recursos na administração direta e indireta, de modo a compatibilizar o volume de despesas realizadas à efetiva disponibilidade de recursos financeiros de cada uma das fontes, uma vez que algumas delas estão vinculadas a destinações específicas legal, contratual ou convenialmente estabelecidas, e visando à redução efetiva do déficit público estadual."22*

O mesmo dispositivo é comentado por Luiz Celso de Barros, nos seguintes termos:

> *"Previsões Vinculadas – Oportunidade do Gasto [...]*
>
> *A lei, portanto, vincula uma receita para satisfação de um fim específico, para o ano de seu ingresso nos cofres públicos e, muito embora tenha ocorrido a captação, não atendida a previsão legal naquele período, o gasto poderá surgir*

2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 97 *et seq*; p. 393-394.

21 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. *BDA* n. 11, nov. 2001, p. 840.

22 FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral *et alii. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Recife: Nossa Livraria, 2001, p. 88.

em outro ano."23

4. SUSTENTABILIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO OBJETO DA LICITAÇÃO: O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

O aspecto da solidez econômico-financeira do objeto da licitação acha-se imbricado em um outro, o da sua sustentabilidade *político-administrativa*. Aliás, os dispositivos pertinentes, na Lei de Responsabilidade Fiscal, devem ser lidos conjuntamente. O mencionado art. 8º, parágrafo único - que obriga à vinculação da receita, ainda que em exercício diverso – possui profunda correspondência de sentido com o art. 45 da mesma Lei, segundo o qual:

> *"Art. 45. Observado o disposto no § 5o do art. 5o, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias." (g.n.).*

Vale registrar que os Tribunais de Contas permanecem atentos ao acompanhamento da gestão fiscal, após a Lei Complementar 101/00, tomando-se como exemplo o Anexo da Ata n. 25, de 21/07/01,24 e a Decisão 006/2002.25

Nessas condições, tenham os leitores em mente a infinidade de obras iniciadas em cada nível da Administração. Empreendimentos por vezes ambiciosos, destinados a figurar como promoção pessoal do dirigente público – ("marcar minha gestão") e que, passada a fase em que foram priorizados pela equipe política dominante, simplesmente recaem no esquecimento.

Quando já formalizados os contratos e iniciada a execução, a situação é ainda mais grave: não raro cessam os pagamentos, o projeto é abandonado e remanesce o esqueleto inerte, em alguma esquina urbana ou localidade rural, lembrando aos passantes a ineficiência da máquina estatal.

Em outra hipótese – esta, a que focalizamos – promove-se a licitação sob um determinado pressuposto político-institucional. Ao modificar-se tal pressuposto, por via da (em si, saudável) alternância política, já não remanescem razões suficientes para efetuar a contratação, que recai no esquecimento.

Vejamos o exemplo: em um dado momento, o grupo dirigente do Executivo de um Estado brasileiro priorizou determinada área de sua administração e, com ela, um sofisticado equipamento oriundo de uma empresa estrangeira, de renome internacional, que ofereceu condições

---

23 BARROS, Luiz Celso de. *Responsabilidade fiscal e criminal*. Bauru: Edipro, 2001, p. 70. Vide ainda ANDRADE, Nilton de Aquino. *Contabilidade pública na gestão municipal*. São Paulo: Atlas, 2002.

24 *DOU* de 6/9/2001, p. 247.

25 TC 011.388/2001-2, *DOU* de 27/02/02, p. 155.

favoráveis e preços competitivos.

O processo, em razão de recursos e ações judiciais meramente protelatórias, arrasta-se além do que seria razoável – mas chega incólume à homologação final. Todavia, o subseqüente chefe do Executivo encontra boas condições de fornecimento para outras áreas administrativas, com uma poderosa empresa também internacional, cujo lobby tudo faz para dificultar e mesmo impedir aquela avença, que antes parecia tão vantajosa...

Sim, mudaram os tempos, e a prioridade do governo anterior para aquela área administrativa alterou-se radicalmente. São outras as forças e vontades políticas. Já não se cogita mais daquela contratação, e tampouco de fazer nova licitação para o mesmo objeto.

Pergunta-se: aquele longo, sério, correto e oneroso processo anterior – cairia por terra? Não se pode deixar de pensar nos inúmeros inconvenientes dessa omissão: perda do investimento em tempo, em recursos e em pessoal alocado, entre outros prejuízos eventualmente apuráveis.

De fato, a omissão ou o silêncio da Administração relativamente ao contrato encontraria, nesta hipótese, a resistência superior da Lei Complementar n. 101/00, notadamente, em uma interpretação ampla e abrangente do art. 45 citado.

A perspectiva trágica de *descontinuidade administrativa* foi comentada pelo ilustre Conselheiro Rafael Iatauro, do egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em excelente artigo publicado na Revista daquele Tribunal, em que discorre o Conselheiro:

> *"Nos últimos anos, a ocorrência de profundas disfunções na execução de políticas públicas, tem demonstrado serem decorrentes, basicamente, da descontinuidade administrativa, ausência de controle, desperdício e irresponsabilidade fiscal.*
>
> *A descontinuidade administrativa é ocorrência consagrada na estrutura da atividade pública e revela parâmetros ideológicos, políticos e de interpretação unilateral, agravados por componentes populistas de efeitos danosos. [...]*
>
> *A simbiose da descontinuidade com a falta de controle, leva, necessariamente, ao desperdício e à irresponsabilidade. [...]*
>
> *Os agentes públicos precisam ter consciência da implantação de equilíbrio entre as relações do Estado com a sociedade, de vencer as incertezas, contradições e desafios. É fundamental que tomem decisões reformistas, que promovam o aumento da qualidade dos serviços e trabalhem com base na lógica da responsabilidade.*
>
> *Não é mais possível conviver com esse mapa de iniquidades, precipitações e*

ausência de visão estratégica."26

Recentemente, em judicioso voto, o eminente Ministro do TCU Marcos Vinícios Vilaça, em auditoria sobre a qualidade das obras rodoviárias federais, afirmou:

> *"Serve aqui a lembrança da Secob quanto ao que diz o artigo 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sobre a gestão dirigida à preservação do patrimônio público: 'a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento', sendo que, para assegurar o cumprimento desse comando, 'o Poder Executivo [...] encaminhará ao Legislativo, até a data do envio do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, relatório com as informações necessárias.' Portanto, a conclusão de obras iniciadas é definida por lei complementar à Constituição Federal como uma questão prioritária e de responsabilidade na administração do dinheiro público."27*

A respeito da imperiosidade do respeito à continuidade da ação governamental comentou o douto Conselheiro Flávio Régis de Moura e Castro, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

> *"Agora, no tocante ao estancamento do princípio da continuidade, acho que, se a Lei de Responsabilidade Fiscal não tivesse nenhum mérito, teria esse, o de se poder planejar; só se pode fazer outra obra se se terminar aquelas anteriormente começadas. Então, verificando isto, por outro lado não haverá Restos a Pagar."(g.n.)28*

No mesmo sentido afirmamos, em comentário ao art. 45 da LRF, que a finalidade desse dispositivo é efetivar *o princípio da continuidade administrativa*. Lembramos que, nas sucessões governamentais é usual o abandono de projetos, com prejuízo ao erário e ao contribuinte. É prática nociva ao processo de planejamento configurado pelos arts. 4o. ao 10, destacando-se nessa Lei o art. 5o., § 5o., (paralelo ao 45) que impede que desavisados administradores introduzam, em suas Leis Orçamentárias Anuais, dotações para investimentos com duração superior a um exercício financeiro, não previstas no PPA ou em lei específica (art. 167, § 1o., Constituição Federal).29

Como ilustração, registre-se o conceito de *continuidade administrativa* dado pela Lei Delegada n. 5, de 28/8/95 – Lei de Reforma Administrativa do Estado de Minas Gerais: "Continuidade administrativa é, para efeito desta Lei, a manutenção de programas, projetos e atividades, e dos quadros de dirigentes capacitados, para garantir a produtividade, a qualidade e a efetividade da ação

---

26 IATAURO, Rafael. Obras Inacabadas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 139, jul./ago./set. 2001, p. 19.

27 TC 015.719/2001-5, Acórdão 938/2003, *DOU* de 31/7/03, p. 269.

28 *RTCMG*, v. 38, n. 1, jan./mar., 2001, p. 174.

29 MOTTA, Carlos P. C. e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*, cit., p. 394.

administrativa."30

A propósito do art. 45 da LRF, comentam Carlos Maurício Cabral Figueiredo e outros:

> *"O artigo 45 salienta a importância da continuidade administrativa e prioriza o atendimento aos projetos e obras já em andamento e a conservação do patrimônio público. É um dispositivo moralizador, que visa a evitar o acúmulo de obras inacabadas, resultado, muitas vezes, de projetos políticos dissociados do interesse público, com conseqüências nefastas sobre a qualidade dos serviços ofertados pelo Poder Publico.*
>
> *A exigência não é de que um projeto novo só se inicie após concluídos os anteriores, mas de que os novos só sejam contemplados no orçamento e em suas alterações se os primeiros estiverem sendo executados regularmente, de acordo com seu cronograma."(g.n.)31*

Assim, embora o artigo em questão se refira especificamente a "projetos em andamento", e esta expressão possa ser definida restritivamente em leis orçamentárias federais,32 postulamos para esta determinação da LRF uma interpretação mais ampla, relacionada essencialmente ao princípio da continuidade dos serviços públicos: interpretação que abranja, igualmente, prioridade para a contratação de objetos de licitações regulares levadas a efeito.

5. SUSTENTABILIDADE DO OBJETO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A questão do momento gira em torno de serviços, empreendimentos, atividades públicas, concessões e permissões em que o escopo contratual corre por conta e risco do contratado, por meio de parcerias público-privadas *(Public-Private Partnership)*, comumente designadas pela sigla PPP. A já consagrada sigla abrange modos e técnicas específicas de parcerias ou acordos entre o governo e organizações do setor privado que buscam prover às comunidades equipamentos de infraestrutura pública e serviços relacionados.33

---

30 *Op. cit*., p. 394.

31 *Idem, op. cit*., p. 251. Vide ainda: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio/São Paulo: Renovar, 2001, p. 60-61; ALVES, Benedito Antônio *et alii*. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 28; BARROS, Luiz Celso de. *Responsabilidade fiscal e criminal*. Bauru: Edipro, 2001, p. 70; MARTINS, Ives Gandra da Silva, e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

32 O art. 37, § 2º da Lei 10.707/03 define que "serão entendidos como projetos ou subtítulos de projetos em andamento aqueles, constantes ou não da proposta, cuja execução financeira, até 30 de junho de 2003, ultrapassar 20% (vinte por cento) do seu custo total estimado, conforme indicado no demonstrativo previsto no item XV do Anexo II desta Lei."

33 Vide, nosso: Perspectivas na implantação do sistema de parcerias público-privadas. *FCGP*,

Embora os papéis e responsabilidades dos setores público e privado possam variar em cada projeto, o papel formal e as responsabilidades específicas do governo não mudam. Não se trata de uma substituição de decisões governamentais, já que a Administração Pública jamais renuncia ao seu poder de decisão.

Como se observa, a PPP é apenas uma forma, entre várias outras, de se prover equipamentos e serviços de infraestrutura. Pode considerar-se mais do que uma simples concessão, embora não constitua, de forma alguma, privatização. Resume-se, outrossim, em uma nova categoria de contratos públicos, nos quais se almejam maiores obrigações para o operador privado, maior controle dos serviços e maior segurança jurídica.34

Por força do endividamento público, é certo que as esferas de governo encontram dificuldades em promover investimentos indispensáveis para recuperar, pelo menos em parte, sua infraestrutura, e buscam formas criativas de recorrência à iniciativa privada para o exercício da chamada "boa administração."

Registre-se, ademais, que o limite de tributação, como forma de incrementar a receita, revela-se intoleravelmente opressivo para os segmentos afetados da sociedade. As receitas públicas acham-se em grande parte vinculadas a despesas estabelecidas e inadiáveis, que nem sempre contemplam a manutenção da infraestrutura do serviço público.

Neste cenário, seria oportuna, senão imperiosa, a junção de providências no sentido de se implantar no Brasil um instrumento pactual como a PPP, de eficiência já comprovada em outros países.

Todavia, as características desse novo instrumento evidenciam sua necessária vinculação às leis que regem os contratos em geral.

Definindo-se a PPP, em sentido lato, como "fruição de determinada utilidade de interesse para a Administração" (art. 6º, inciso II da Lei 8.666/93),35 sua obtenção estaria condicionada à formalização de contrato administrativo regulado por lei.

Isso significaria submissão àquela estrutura legal da contratação examinada no início deste trabalho, a qual, como é de todos sabido, remete basicamente à Lei 8.666/93; no que tange às concessões, à Lei 8.987/95.

Ora, no estágio atual da legislação, alguns dos aspectos abordados trazem dúvidas e ambigüidades interpretativas no que tange aos contratos de PPP, *exigindo a expedição de norma geral* que venha solucioná-las.

---

ano 2, n. 24, dez. 2003, p. 3007.

34 Vide ALVES, Rubens Teixeira. *Uma visão geral dos programas de parceria pública*. PPP Advisory Services, 2003, p. 4.

35 TC 004.951/2002, Acórdão 338/2003, *DOU* de 24/4/03, p. 141.

A legislação nacional esforça-se por acompanhar tais necessidades. Como sabido, tramita atualmente na Câmara Federal um Projeto de Lei – PL nº 146/2003 – que propõe a regulamentação do art. 37, XXI da Constituição Federal, em substituição à Lei 8.666/93.36 O referido PL contempla a figura da parceria público-privada em alguns de seus dispositivos.

Outro Projeto de Lei, de nº 2.546/2003, propõe instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública, sendo que o Congresso Nacional, em sua convocação extraordinária, incluiu na pauta da Câmara dos Deputados o referido PL, pela Mensagem n. 13, de 9 de janeiro de 2004, publicada no *DOU* de 12/1/2004.37

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais já adotou, pela Lei n. 14.868, de 16/12/2003, o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas; e pela Lei n. 14.869, de 16/12/2003, criou o Fundo de Parcerias Público-Privadas, instalando o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas pelo Decreto n. 43.702, de 16/12/2003.

A nosso ver, as características do objeto de PPP a ser contratado não desobrigam o órgão gestor de seguir, basicamente, as diretrizes dos arts. 15, 16, 32, 40, 42 e 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Cremos que os pré-requisitos são igualmente rígidos, bem como as cautelas, providências, estudos e pareceres prévios e mesmo testes de viabilidade econômico-financeira.

O próprio PL nº 2.546/2003 explicita inúmeras cautelas, e menciona a legislação aplicável (Leis 8.666/93, 8.987/95 , 4.320/64 e outras).38 Reitere-se que o gestor da contratação deve orientar-se por pareceres de órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a sustentabilidade do escopo a ser licitado e contratado; tal afirmativa é reforçada pelos arts. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, combinado com os arts. 32, § 1º da LC 101/00 e com o art. 42 da Lei 9.784/99.39

6. DESFAZIMENTO DA LICITAÇÃO

Até o momento, temos focalizado a sustentabilidade do objeto da

---

36 O PL nº 146/2003 foi publicado na íntegra (omitindo apenas o seu número) pela Revista *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 2, n. 16, abr. 2003, p. 1982.

37 No direito português, a legislação sobre "definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global de *parcerias público-privadas*" é o Decreto-Lei nº 86, de 26/4/2003. *Diário da República*, I, série A, n. 97, 26/4/2003, p. 2682-2686. No direito espanhol, a matéria é objeto da Lei n. 13/2003, de 23/5/2003 "reguladora del contrato de concesión de obras públicas." 19932 sábado, 24 mayo 2003 *BOE* n. 124.

38 Vide: BROLIANI, Jozélia Nogueira. Comentários à Lei de Responsabilidade na gestão fiscal – LC 101/2000. *IDAF*, ano III, n. 28, nov. 2003, p. 407.

39 Vide: TC 016.224/2001-2, Acórdão 100/2003, *DOU* de 24/2/03; TC 013.722/1999-9, Acórdão 512/2003, *DOU* de 6/5/03; TC 012.524/1999-9, Acórdão 1918/2003, *DOU* de 23/12/03, p. 188; MS 24.584, Rel. Min. Marco Aurélio, 5/11/03, *Informativo STF* n. 328, nov. 2003; Comunicação do Min. Ubiratan Aguiar, TCU, *DOU* de 14/11/03; ADIn n. 2.652-6-13, *DJ* de 3/12/03.

licitação – ou seja, sua capacidade de manter-se incólume, diante de todas as vicissitudes de um processo licitatório. Enfim, a manutenção do resultado, concretizado pela melhor oferta adjudicada, decorre mesmo do exercício da "boa administração":40 é o que todo certame busca efetivar, culminando na contratação pretendida e demonstrando que a licitação atingiu plenamente sua finalidade, na forma preestabelecida em lei.

Entretanto, devem também ser abordadas as possibilidades legais de *desfazimento* do processo. São duas as hipóteses: a *revogação* por fato superveniente, e a *anulação* por vício insanável.

Ambas as hipóteses encontram abrigo no art. 49 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> *"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.*
>
> *§ 1o A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
>
> *§ 2o A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
>
> *§ 3o No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.*
>
> *§ 4o O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação."*

6.1 DESFAZIMENTO POR REVOGAÇÃO

O desfazimento por revogação pode ser feito a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, por *fato superveniente*, comprovado e pertinente para induzir a tal conduta. Pode consistir, por exemplo, em uma circunstância imprevisível, estranha à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições do objeto licitado e do futuro contrato.

Uma ilustração dessa excepcionalidade, no caso do escopo licitado depender de verba pública, ocorre por vezes na *limitação de empenho*, que representa uma sanção à própria Administração. Tal sanção é prevista expressamente no art. 9º da LC 101/00.

---

40 Vide voto do Ministro Benjamin Zymler no TCU, TC 003.814/2001, Acórdão 396/2003, *DOU* de 30/4/03, p. 222; e consulte-se o art. 4º, XIX da Lei 10.520 de 17/7/02, bem como o art. 55 da Lei 9.784 de 29/1/99.

Tem constituído, até pouco tempo atrás, freqüente motivo de revogação de licitações a "inexistência de recurso orçamentário".41 Em manifestação do STJ, a ausência de "reserva orçamentária" era considerada motivo suficiente para revogação.42 Tal hipótese somente se poderia atribuir à baixa fidedignidade dos orçamentos públicos, ou ainda à má execução orçamentária. Entretanto, após a Lei de Responsabilidade Fiscal, dificilmente um procedimento licitatório que siga os pré-requisitos de sustentabilidade do objeto poderia recair sob a hipótese da revogação.

E, se por absurdo ocorresse tal hipótese, fatalmente seriam desencadeadas a responsabilização e as punições também legalmente previstas.

Por outro lado, cumpre não esquecer o direito do adjudicatário ao exercício do contraditório (art. 49, § 3º da Lei 8.666/93; vejam-se ainda o art. 78, parágrafo único da mesma Lei; arts. 3º, III, e 56 da Lei 9.784/99; art. 5º, LV da Constituição).43 O direito de defesa não só é assegurado por princípio constitucional, como reforça o cumprimento dos arts. 4º e 41 da Lei de licitações, evitando-se o abuso e a prática do desfazimento injustificado.

A formalização da defesa deve, necessariamente, anteceder o ato de desfazimento, conforme expressamente estabelece o art. 28 da Lei 9.784/99. Nessa linha é o pensamento do Prof. Wladimir da Rocha França:

> *"Mas a defesa prévia deve ser a regra. A Lei Federal do Processo Administrativo (Lei 9.784/99, art. 3º, III e 38, § 1º) prescreve, como direito do administrado perante a Administração, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, que devem ser necessariamente objeto de consideração pelo órgão competente."44*

A jurisprudência condena a revogação imotivada, compelindo por vezes à indenização: "A administração, uma vez aprovada a concorrência pública, não pode revogá-la, salvo indenizando os direitos do concorrente vencedor."45

Tanto a revogação indevida, quanto a anulação incorreta desvendam o legítimo interesse do adjudicatário em fazer valer seu direito, inclusive mediante ação judicial indenizatória.

A jurisprudência vem mais uma vez corroborar esta assertiva. O R.E. n. 79.802, do STF, na lavra do eminente publicista e Ministro Bilac Pinto,

---

41 Expressão usada no MS 4.513 do STJ, *DJ* de 4/9/2000.

42 MS 4.482-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, STJ, *DJ* de 21/10/96.

43 Vide ainda SAMPAIO, Ricardo Alexandre. O devido processo legal e revogação das licitações. *ILC* n. 101, 2002, p. 592; e TRF, Remessa ex-officio em MS 1998.01.00008247-4. *FCGP*, ano 2, n. 18, 2003, p. 2247.

44 FRANÇA, Wladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração federal. *RDA* n. 233, jul./set. 2003, p. 261-288. Endossa essa linha de pensamento o voto do Min. Adilson Motta no TC 011.994/2002-0, Acórdão 1531/2003, *DOU* de 23/10/03, p. 90-91.

45 RE 79.802, STF, *RDA* n. 127, p. 455; Decisão TCU 223/94, *DOU* de 2/5/94, p. 6.517.

acompanhando o voto do Ministro Rodrigues Alckmin, só admite ser possível a revogação de concorrência mediante prévia e justa indenização ao licitante vencedor, em respeito ao direito adquirido referido na Súmula 473. Segue-se a ementa:

> *"Concorrência pública. Aprovação. Revogação. Indenização.*
>
> *A administração, uma vez aprovada a concorrência pública, não pode revogá-la, salvo indenizando os direitos adquiridos do concorrente vencedor."46*

Em decisão que confirma a orientação do STF, o ex-TFR, pelo seu Pleno, fixou o direito do licitante à indenização, assegurando ainda o dano emergente e o lucro cessante.47 Outro importante julgado do mesmo Tribunal afirma que o desfazimento do procedimento licitatório deve observar "os limites do direito decorrente de situações jurídicas já definidas de acordo com as normas que regem as relações administrativas."48

Revogar uma licitação por "razões de Estado" pode afigurar-se, momentaneamente, um bom motivo, fundado nas prerrogativas da Administração. No entanto, semelhante alegação já foi acerbamente criticada em percuciente decisão do STF:

> *"É preciso advertir que as razões de Estado -- quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição -- representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável) , a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos Magistrados e dos Tribunais".49*

6.2 DESFAZIMENTO POR ANULAÇÃO

Ao final de todo o rito, deve ficar evidenciado que tanto a fase interna (processo) como a externa (procedimento) da licitação não apresentam vício ou irregularidade que obriguem a seu desfazimento nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93.

Constitui poder-dever da Administração anular o processo ilegal e lesivo;50 todavia, é preciso que realmente fiquem comprovados, não só o *vício*

---

46 STF, R.E. n. 79.802. *RDA* n. 127, p. 455.

47 Embs. na Ap. Cv. 31.550-RJ, Rel. Min. Moacir Catunda, *DJ* de 2/4/80.

48 Apelação em Mandado de Segurança n. 101.714, Registro n. 3499805, *DJ* de 13/13/84.

49 Agravo de Instrumento nº 254-1, *DJ* de 29/11/99.

50 "Nulidade dos atos administrativos nos termos da Súmula 473-STF, mais do que uma faculdade, é um dever da Administração." TRF 4a. Reg.. Vide STF, RE 209.059-0, *DJ* de 5/2/04.

insanável presente no processo, como a *lesividade* ao erário. Não se pode abrir espaço ao excesso de formalismo, vício freqüente na cultura administrativa brasileira. Sempre perfilhamos concordância com a distinção doutrinária entre as expressões adjetivas "formal" e "formalista."

Considerar-se-iam formalistas exigências não capituladas nos arts. 27 a 33, da Lei 8.666/93; ou trâmites meramente burocráticos visando a um excesso de controles; ou mesmo rotinas não previstas no art. 43 da mesma Lei. Simples omissões superficiais, ou até mesmo irregularidades, não devem conduzir à nulidade do procedimento.51 Decisão do STJ:

> *"As imprecisões do edital que não prejudiquem nem lesam o Estado, por se constituírem em meras irregularidades formais, não conduzem à declaração de nulidade da homologação do certame."52*

Alude o Prof. Marçal Justen Filho à circunstância de representar a licitação, por vezes, uma "liturgia inútil, em que a observância das formas teria um cunho autônomo e bastante em si mesma.".53 E mais uma vez, no TCU, o Ministro Fernando Gonçalves condena o formalismo:

> *"Esta, aliás, tem sido a tendência moderna deste Tribunal: evitar as preocupações excessivas com formalidades e cuidar mais da correta aplicação dos recursos públicos, combatendo o desperdício e a corrupção."54*

Ainda pelo TCU, elucidativo voto do Ministro Marcos Vinícios Vilaça relaciona o formalismo com as disfunções da burocracia:

> *"O ex-Ministro Hélio Beltrão costumava dizer que a burocracia nasce e se alimenta da desconfiança do cidadão, na crença de que suas declarações são sempre falsas e que válidas são as certidões, de preferência expedidas por cartórios, com os importantíssimos carimbos, agora insubstituíveis 'selos holográficos de autenticidade', sem os quais nada é verdadeiro.*
>
> *O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer."55*

---

51 Cf. nosso *Eficácia nas licitações e contratos.* 9a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 122-124.

52 RMS 3.920, STJ, *BLC* n. 12, 1995, p. 627.

53 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 194.

54 TCU, *DOU* de 9/12/92, p. 26.244. Outras decisões no mesmo sentido: 704/94, *BLC* n. 1, 1996, p. 20; 472/95, *BLC* n. 7, 1996, p. 346; TC 010.355/95, *BLC* n. 6, 1997, p. 376. Vide nossos pareceres: Falha fortuita, inessencial, em proposta de licitação. *BLC* n. 12, 1995, p. 595; e Licitação – Equívoco na inclusão de documento – Falha formal superável. *BLC* n. 9, 2000. Ainda, em excelente monografia, o Prof. Ivo Ferreira de OLIVEIRA analisa situações controvertidas a propósito de falhas formais: vide *Diligências nas licitações públicas*. Curitiba: JM, 2001, p. 111-133.

55 Decisão 695/99, *DOU* de 8/11/99, p. 50; e *BLC* n. 4, 2000, p. 203. Vide ainda, do TCU, voto

Em trabalho anterior, aludimos à distorção que freqüentemente se manifesta na fase externa das licitações: os constantes, por vezes excessivos e gratuitos episódios de recorrência de licitantes e terceiros ao Poder Judiciário, à cata de demandas, sob pretexto de erros materiais da Administração ou dos demais concorrentes. Quando motivados unicamente pelo mero formalismo, tais incidentes não devem merecer a aprovação judicial, posto que objetivam tão-somente retardar ou invalidar o processo licitatório que lhes tenha sido desfavorável.

O posicionamento do Juiz José de Castro Meira sintetiza a questão: "Os magistrados não devem deixar que erros materiais criem estorvos ao vencedor do certame.'"56

A respeito do tema há excelente trabalho da lavra do Prof. Diógenes Gasparini, no qual comenta que o princípio formal é inerente ao procedimento administrativo, (conforme também lecionam os Profs. Hely Lopes Meirelles e Toshio Mukai), ressaltando, no entanto, que tal princípio e seu respectivo entendimento doutrinário e jurisprudencial "não permitem que a Administração Pública se valha de formalismos desnecessários à licitação, à celebração e à execução do contrato". E afirma conclusivamente:

> *"O contido nas lições dos mestres e o decretado pela jurisprudência, tanto comum como de contas, deixam, a céu aberto, que o princípio formal, observável no procedimento licitatório, não se confunde com a formalidade nem com o formalismo."57*

Nessa linha, veja-se ainda decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4a. Região, ementado conforme segue: "Administrativo. Licitação. Vinculação ao edital. Formalismo. Excesso. Deve ser desconsiderado o excesso de formalismo que venha a prejudicar o interesse público."58

Em diversos julgados, já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"Mandado de Segurança. Administrativo. Serviço de Radiodifusão. Licitação. Compreensão de Cláusulas Editalícias. Comprovação Suficiente. [...]*
>
> *1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada à sua finalidade lógica, merecendo compreensão moderada a exigência obstativa do fim primordial da licitação, aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena da*

---

do Min. Adylson MOTTA que reitera a condenação ao "desarrazoado formalismo" a propósito de inabilitação pelo fato da proposta não ter sido apresentada em duas vias – Decisão 017/2001, *DOU* de 2/2/01, p. 114. E ainda, MS 7.718, STJ, *DJ* de 23/9/02, p. 217.

56 MEIRA, José de Castro. Licitação. *BLC* n. 1, 1997, p. 13.

57 GASPARINI, Diógenes. Licitação formal e formalismo. *ILC*, ano IX, n. 100, jun. 2002, p. 474.

58 Apelação em Mandado de Segurança n. 111700-0-PR, 3a. Turma, Relator Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, *DJ* de 3/4/02, *Fórum Administrativo*, Ano 2, n. 16, junho de 2002, p. 824.

configuração de revolta contra a razão do certame licitatório."59

De fato, nossos Tribunais já assentaram que a irregularidade, ou até mesmo a ilegalidade, por si só, *não bastam a gerar a anulação do ato administrativo* – circunstância que reclama impreterivelmente a conjunção de tais requisitos com a *lesividade.* A propósito:

> *"Administrativo – Anulação de ato administrativo – [...] Temperamentos à Súmula 473 do STF. A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência."60*

Aliás, é torrencial a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça reiterando os retrocitados pressupostos legais da anulação: (a) além da ilegalidade, a lesão; (b) a impossibilidade de convalidação do ato; e (c) que o mesmo não tenha servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.61

Na linha dos acórdãos citados, e no sentido do aproveitamento do procedimento em que se tenha observado irregularidade menor, registre-se parecer específico da Advocacia Geral da União, que afirma que "a estabilidade das relações jurídicas não permite anular o ato constitutivo de direito transferido a terceiro de boa-fé, embora viciado na origem."62

É importante registrar o que o art. 2o. da Lei 4.717/65 assegura excelente orientação quanto à teoria da nulidade ou desfazimento dos atos administrativos.

Lembre-se, ainda, que os atos tidos como indícios de irregularidade grave definidos na Lei n. 10.707/03, art. 93, § 2o., incs. I e II, são aqueles que tornem recomendável a paralisação cautelar da obra ou serviços, e que sendo *materialmente relevantes*, tenham a potencialidade de: I – ocasionar *prejuízos significativos* ao erário ou a terceiro; II – *ensejar nulidade* do procedimento licitatório ou de contrato. O inciso III reforça ainda a necessidade de atualização dos dados da execução orçamentário-financeira dos contratos e convênios.

---

59 Mandados de Segurança N. 7.717-DF, 7.718-DF, 7.719-DF, 7.726, todos relatados pelo Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 23/09/02, site www.stj.gov.br, site certificado, consulta em 10/07/03.

60 *Leading-case* sobre o tema: ROMS 407-MA, Reg. 90.0004091-4, Rel. Min. Gomes de Barros, *DJ* 02/09/91.

61 Vide decisões STJ: REsp 56017, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 23/06/97; REsp 300116, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 25/02/02; ROMS 257/MA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJ* 14/11/94; Resp 63451, Rel. Min. Oscar Correia, *DJ* 28/08/95; TRF – 5a. Região, AC 101167, *DJ* 18/06/99;

62 GQ 118, *RDA* n. 208, p. 345. Vide ainda TC 292.713/98-5, Decisão 105/00: Procedimento licitatório: limites legais aos atos de revogar e anular. *BLC* n. 8, 2001, p. 509.

7. DIREITO DO ADJUDICATÁRIO E INTEGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TORNO DO EPÍLOGO EFICAZ DA LICITAÇÃO.

Nesse ponto, resta saber qual a exata extensão do direito do vencedor-adjudicatário à contratação. Assim, -- ainda que adjudicar não seja contratar 63 -- assiste-lhe o direito subjetivo a obter a solução válida a que fez jus. Tal afirmativa fundamenta-se em sólida e iterativa jurisprudência de nossos Tribunais superiores, cujas manifestações definem, sabiamente, o "direito ao resultado eficaz", explicitando-o como a "expectativa de direito à contratação"64 decorrente do ritual jurídico-administrativo da licitação.

Em clássica monografia que, a meu ver, sintetiza o tema, a Profa. Lúcia Valle Figueiredo deixa claro que a adjudicação homologada gera para o vencedor os seguintes direitos e deveres:

> *"a) direito de não ser preterido; b) direito de exigir que se fundamentem as razões, se o contrato não se aperfeiçoar; c) dever de sustentar a proposta para assinatura do contrato; d) dever de firmar contrato nos termos em que se obrigou". 65*

Vale ressaltar que a homologação é ato final que reconhece o certame realizado como ato jurídico perfeito. Trata-se do controle definitivo da regularidade e da legalidade do procedimento licitatório, praticado pela autoridade detentora de competência específica para tal.

Após os atos de adjudicação e homologação, ainda nas palavras da Profa. Lúcia Valle Figueiredo, "...não é lícito à Administração ficar silente, abstendo-se de algum ato, quando deveria proferi-lo"66 O STJ oferece peremptória orientação:

> *"Mandado de Segurança. Licitação. Declaração de nulidade. Licitante vitorioso. Interesse para pedir segurança.*
>
> *A Lei nº 4.717/65 condiciona a declaração de nulidade dos atos administrativos à conjunção de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Irregularidades formais – meros pecados veniais – que não comprometam o equilíbrio entre os licitantes nem causam prejuízo ao Estado não conduzem à declaração de nulidade.Titular de simples expectativa de direito à contratação, o licitante tem interesse legítimo em obter Mandado de Segurança que mantenha eficaz o resultado da licitação em que obteve vitória. [...]*

---

63 R.E. 107.552, STF, *RTJ* n. 121, p. 1.142.

64 Mandado de Segurança n. 4.513, STJ, *DJ* de 4/9/2000, p. 114; vide ainda MUKAI, Toshio (Coord.). Adjudicação, homologação e a contratação. Há direitos em relação a cada uma dessas etapas, por parte do vencedor do certame ? Quem adjudica e quem homologa ?*In: Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos.* São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 158.

65 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 80.

66 *Op. cit*., p. 83.

Como a anulação se deu por aspectos formais e não fundamentais do edital, o despacho anulatório constitui abuso de poder e contraria o interesse público".67

Entretanto, manifestação ineqüívoca do STF, comentada pelo TCU, confirma a tese de que, "quando o certame ainda está em curso, o licitante não é detentor de direito material, pois nenhum bem jurídico se incorporou a seu patrimônio." A Decisão do Plenário explicita:

"Por tal motivo, seria impossível ao licitante alegar nesta Corte eventual redução de direitos processuais, como o do contraditório e o da ampla defesa, pois estes direitos sequer existiriam na situação específica de licitação em andamento."68

O Prof. Marçal Justen Filho pronuncia-se categoricamente em favor do direito do adjudicatário, acentuando, a final, uma assertiva relevante: a de que que todos os motivos que pudessem conduzir à não-contratação teriam de ser avaliados por ocasião da homologação do resultado da licitação.

"Ora, produzida a homologação e a adjudicação, como se poderia justificar a ausência de contratação? Em face de nosso sistema judiciário, o único fundamento para validar a ausência de contratação seria reconhecer a irrelevância jurídica dos atos pretéritos. Ter-se-ia de afirmar que todos os atos administrativos praticados anteriormente pelo próprio Estado eram irrelevantes, inócuos, destituídos de efeito jurídico.

[...] O juízo de conveniência formulado por ocasião da homologação e da adjudicação vincula a Administração, impondo-lhe o dever de dar seguimento à contratação. Se estavam presentes os pressupostos de homologação e adjudicação, a Administração deverá não apenas promover esses atos, mas também, na seqüência, formalizar a contratação. Não há juízos de conveniência e oportunidade diversos e autônomos. Não é possível reputar que o resultado da licitação era conveniente, mas que a contratação não o seria."(g.n.)69

A respeito deste tópico, temos destacado em reiteradas ocasiões a importância dos princípios da *eficiência*, da *eficácia* e da *finalidade*, encarecendo que, como todo procedimento administrativo, a licitação não é um fim em si mesma; e que o processo competitivo, embora de natureza formal, supera e transcende o mero ritual burocrático, porquanto é orientado pelos princípios globais e teleológicos afirmados no art. 37 da Constituição Federal e traduzidos no art. 3o. da Lei n. 8.666/93. Por conseguinte, tal processo deve ser estritamente entendido como um *instrumento de melhoria do gasto público***.**

O princípio da finalidade na licitação é, portanto, um adversário do burocratismo e um apelo aos horizontes mais amplos da eficiência de

---

67 Mandado de Segurança n. 1.113-DF-91.001.4548-3*, DJ* de 12/5/92, p. 957.

68 Comunicação do Min. Valmir Campelo, Presidente do TCU, publicada no *DOU* de 9/12/03, p. 60, comentando sobre a Decisão do STF, no MS 24.510-7-DF, contra o Acórdão 197/2003.

69 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria*...cit., p. 280-281.

processos e eficácia de resultados, sintetizados pelo professor Hely Meirelles como o 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."70

Em importante parecer, o Prof. Ives Gandra Martins analisa, em pertinente comentário, a *prevalência do princípio da segurança jurídica* sobre o formalismo implícito no princípio da legalidade.71

Vale lembrar que no nascedouro de todas as teses favoráveis à superação dos defeitos buscando a sanatória dos atos, de forma a se realizar a economicidade, encontram-se os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, segundo os quais as circunstâncias factuais devem ser sopesadas, para evitar que os meios prevaleçam sobre, e em prejuízo dos fins, e que se sacrifique um princípio maior na busca do cumprimento formalista de outros princípios.

Dentre as iterativas decisões judiciais que assinalam com acuidade esse tema, destacaríamos a seguinte, que abre o devido espaço ao *princípio da razoabilidade*:

> *"Administrativo. Licitação. Princípios: vinculação ao edital, legalidade e razoabilidade.*
>
> *Certo que a Administração, em tema de licitação está vinculada às normas e condições estabelecidas no edital (Lei n. 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo (em homenagem ao princípio da razoabilidade) prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa."72*

É o que se observa da lição de Lúcia Valle Figueiredo, agregando sábia recomendação de Recaséns Siches:

---

70 Citado em nosso: Licitação – Equívoco na Inclusão de Documento – Falha Formal Superável – Circunstâncias Autorizadoras de Classificação. *BLC* n. 9, Ano XIII, setembro de 2000, p. 474. Vide STF: RMS 23.714, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.9.2000, *Informativo STF* n. 201, set. 2000. Vide ainda FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil, jurisdição e competência.* Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 49.

71 "Tornar inválido ato que já gerou direito, e que, se revogado, pode gerar prejuízos ao interesse público – que melhor atendido seria em sendo mantido o ato --, é ferir não só princípios constitucionais, mas o próprio perfil jurídico do direito administrativo.Por esta razão, os atos administrativos gozam de presunção de legalidade gerando nos administrados a confiança de que ao se relacionarem com a Administração, esta age nos estritos limites da lei. Exatamente por isso, o princípio da legalidade encontra limites quando, em certas hipóteses, não obstante o vício do ato, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público que lhe outorgam vantagens são atos regulares, ou seja, praticados com respaldo na legislação em vigor – o que, em última análise, atende ao princípio da segurança jurídica que é o fundamento do direito positivo." *BLC* n. 1, 1994, p. 1-22. A propósito há farta doutrina e jurisprudência.

72 TRF, 1a. Região, Sexta Turma. AMS 1999.0100039059-2-DF, Rel Juiz Daniel Paes Ribeiro, *DJ* de 31/5/01, p. 652; e *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 4, jun. 2001, p. 479-480.

> *"Salienta o Prof. Recaséns Siches a necessidade da razoabilidade. ... Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade. Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direta adequação das necessidades administrativas. [...] Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (motivo) e a atuação concreta da Administração."73*

Cumpre, pois, interpretar cautelosamente a vontade da lei, conforme manifestação do Superior Tribunal de Justiça em voto do Min. Franciulli Neto:

> *"Há de haver cautela na interpretação da letra da lei, para que não ocorra um exacerbado rigorismo interpretativo que afaste o hermeneuta do melhor processo de compreensão da vontade real do legislador."74*

Ampliando, pois, o exame da questão dos fatores de nulidade dos atos, confrontados com o direito ao resultado eficaz do certame, e integrando os princípios da Administração Pública em torno desse direito, encontramos lições dos respeitados mestres mineiros, Paulo Neves de Carvalho e José Alfredo de Oliveira Baracho:

> *"Uma das idéias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.[...]*
>
> *A grande preocupação é a de que o administrador não se restrinja a um aplicador autômato da lei, à realização da lei, à concretização da lei, apenas sob o ângulo da reprodução na situação concreta dos pressupostos que se tem inserido na norma. Que ele procure, o administrador, nesse quadro em que os balizamentos costumam não deferir um campo muito largo, exercitar do modo mais amplo que lhe for possível a liberdade de criar, de imaginar, de conceber sempre em função e em razão do interesse público."75*
>
> *"Os princípios de interdição à arbitrariedade, os princípios da razoabilidade, da racionalidade, da proporcionalidade constituem um marco constitucional, isto é, exigências constitucionais sob o atuar administrativo. Pode-se deduzir que o controle jurisdicional para verificação da decisão discricionária tem esse objetivo de responder aos interesses gerais, por meio de controle de existência da motivação, da coerência e da lógica, examinando-se a relação entre a decisão administrativa e a realidade. Não se pode apenas criar esses aspectos, essas perspectivas dentro de algumas verificações, primeiro: a*

---

73 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

74 REsp 217.948/SP.

75 CARVALHO, Paulo Neves de. Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação. *BDA* n. 10, out. 1996, p. 648.

> *decisão responde a interesses gerais, não é arbitrária, desde que a escolha realizada pela administração entre as diversas alternativas passíveis de ser seguidas esteja baseada em critérios políticos, técnicos, econômicos, sociais, da economicidade, entendidos de conformidade com pressupostos dos princípios ou da teoria dos princípios."76*

Calha, ainda, o seguinte trecho da lavra do Prof. Adilson Dallari, contendo a lúcida e pertinaz mensagem de que "o direito não briga com o bom senso":

> *"Essa busca do melhor significado entre aqueles comportados pela norma, somente se completa diante do caso concreto. A melhor interpretação será aquela que, além de manter coerência com outros preceitos correlatos, permita dar ao caso concreto a solução mais justa, à luz dos princípios gerais de direito e dos valores fundamentais de um dado sistema normativo. [...] É também essencial atentar para os dados fáticos, para os antecedentes do caso em exame e para as possíveis consequências fáticas de cada opção interpretativa, pois o direito não briga com o bom senso. [...] Diante de uma questão jurídica, é preciso atentar para os fatos sociais e para a finalidade de interesse público que se visa atingir, afastando empecilhos decorrentes da literalidade, para buscar a solução no sistema jurídico em seu conjunto, cujos princípios fundamentais devem servir como norte ao intérprete e aplicador da lei." (g.n.)77*

Deixemos, portanto, o leitor com estas palavras, que apontam para o império, sempre dialético, do caso concreto e da vivência contingencial das licitações.

Vimos que a seriedade vinculativa da estrutura legal da contratação fortalece o direito do proponente regular – que tenha sobrevivido impávido a todas as fases de um procedimento, em geral, extremamente severo, tendo tido sua proposta adjudicada como mais vantajosa para o erário – ao coroamento final de seus esforços. Nesses casos, o desfazimento, para ter validade jurídica, haverá de ser rigorosa e corretamente motivado, e admitir o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Benedito Antônio *et alii*. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ALVES, Rubens Teixeira. *Uma visão geral dos programas de parceria pública*. PPP Advisory Services, 2003.

ANDRADE, Nilton de Aquino. *Contabilidade pública na gestão municipal*. São Paulo: Atlas, 2002.

---

76 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Atos administrativos – Elementos – Poder Discricionário e o limite da convalidação – Formas de extinção. *BDA* n. 6, 1997, p. 402.

77 DALLARI, Adilson Abreu. Acordo de acionistas – Empresa estadual concessionária de serviço público federal – Manutenção da qualidade de acionista controlador. *RDA* n. 221, 2000, p. 381-383.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Atos administrativos – Elementos – Poder Discricionário e o limite da convalidação – Formas de extinção. *Boletim de Direito Administrativo* n. 6, 1997.

BARROS, Luiz Celso de. *Responsabilidade fiscal e criminal*. Bauru: Edipro, 2001.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. Comentários à Lei de Responsabilidade na gestão fiscal – LC 101/2000. - *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, ano III, n. 28, nov. 2003.

CARVALHO, Paulo Neves de. Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação. *Boletim de Direito Administrativo* n. 10, out. 1996.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de terefas públicas. *Revista de Direito Administrativo* n. 209, 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo de acionistas – Empresa estadual concessionária de serviço público federal – Manutenção da qualidade de acionista controlador. *Revista de Direito Administrativo* n. 221, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1980; Saraiva, 1992 e 1997.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil, jurisdição e competência.* Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral *et alii. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Recife: Nossa Livraria, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRANÇA, Wladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração federal. *Revista de Direito Administrativo* n. 233, jul./set. 2003.

GASPARINI, Diógenes. Licitação formal e formalismo. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano IX, n. 100, jun. 2002.

IATAURO, Rafael. Obras Inacabadas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 139, jul./ago./set. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira, e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O novo regime de aferição de inexigibilidade de propostas em licitações. *Boletim de Licitações e Contratos* n. 11, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer. *Boletim de Licitações e Contratos* n. 1, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRA, José de Castro. Licitação. *Boletim de Licitações e Contratos* n. 1, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio/São Paulo: Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos.* 9a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUKAI, Toshio. Desclassificação de propostas – Suposto desatendimento de cláusula editalícia que exigia a apresentação de propostas com preços fixos e irreajustáveis pelo prazo de um ano – Diferenciação entre variação de preços fixos e reajuste contratual de preços - Parecer. *Boletim de Licitações e Contratos* n. 2, 2001.

MUKAI, Toshio (Coord.). Adjudicação, homologação e a contratação. Há direitos em relação a cada uma dessas etapas, por parte do vencedor do certame ? Quem adjudica e quem homologa? *In: Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos.* São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. *Diligências nas licitações públicas*. Curitiba: JM, 2001.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Boletim de Direito Administrativo* n. 11, nov. 2001.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. O devido processo legal e revogação das licitações. *Informativo de Licitações e Contratos* n. 101, 2002.

SCHMITT, Paulo Marcos. Lei de responsabilidade fiscal e as normas gerais de

contratação pública – questões pontuais. *Informativo de Licitações e Contratos*, n. 117, 2003.

SIMON, Herbert. *A capacidade de decisão e de liderança*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1963.

SIMON, Herbert. *Comportamento administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

SOUSA. Alfredo José de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de; FERRAZ, Sérgio e CAMPELO, Valmir. *O novo Tribunal de Contas – órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NIEBUHR, Joel Mendes. Licitação pública – (In)Exequibilidade das propostas e garantia adicional. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 26, 1999.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2004

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Direito Subjetivo do Adjudicatário ao Resultado Eficaz da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br
4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.