

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

PATRÍCIA FRETTE N. L. CABRAL

O DIREITO DE LICITAR

**BRASÍLIA
JUNHO, 2016**

PATRÍCIA FRETTE N. L. CABRAL

O DIREITO DE LICITAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Escola de Direito de Brasília – EDB, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo

**JUNHO
2016**

PATRÍCIA FRETTA N. L. CABRAL

O DIREITO DE LICITAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP, Escola de Direito
de Brasília – EDB, como exigência parcial para
obtenção do título de especialista em Direito
Administrativo

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito, resultado das diversas transformações pelas quais passou o Estado de Direito desde a sua instituição, reconhece aos indivíduos, além das garantias já consagradas nos modelos anteriores, o direito de participar do exercício do poder. No atual modelo, entre os diversos deveres impostos ao Estado, consagrou-se a obrigação da Administração Pública de realizar procedimento licitatório para contratação de obras ou serviços, bem como para aquisição ou alienação de bens. Em contrapartida, assegurou-se o direito de licitar aos interessados que preencherem os requisitos legais e as condições previstas no instrumento convocatório, que abrange não apenas a prerrogativa de participar das licitações realizadas pelos entes públicos, mas também o direito de serem tratados da mesma forma que os demais licitantes, de serem observados pela Administração Pública e demais licitantes o procedimento previsto em lei e as condições estabelecidas no edital, de apreciação das propostas formuladas conforme os critérios previstos no edital, de acesso a todos os atos praticados na licitação, que deverão ser devidamente divulgados, e de recorrer das decisões proferidas no procedimento. O aludido direito – que poderá ser restringido nas hipóteses legais ou quando assim o exigir o objeto do contrato – não consiste em mera faculdade, caracterizando-se como verdadeiro poder jurídico, podendo o licitante, inclusive, utilizar-se dos meios judiciais para garantir a participação no certame, se necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito, Estado Democrático de Direito, Administração Pública, Licitação, procedimento licitatório, direito, direito de licitar, direito subjetivo, princípios, poder jurídico.

ABSTRACT

The Democratic State, that is a result of a great variation of chances through which the rule of law has passed, since its institution, recognises to the individuals, beyond the guarantees already obtained in previous systems, the right to participate in the exercise of the public power. In the current system, besides the several other duties imposed to the State, it is imposed the duty of making a public bidding before the acquisition or sale of public assets. On the other hand, it was assured to the interested citizens the right to take part on these biddings, as long they fulfill the legal requirements and the conditions provided by the bid announcement, which covers, not only the prerogative of taking part of the bid, but also the right of equal treatment between the participants, as well as the right to enforce the Public Administration to follow procedure provided by law and the conditions provided by the bid announcement; to see the due evaluation of the proposals according to the criterias in the announcement; to access previous acts of the public bidding, which must be publicised previously; to appeal against the decisions made in the public bidding. Such rights – that can be restricted in cases provided by law and by the public contract – are not only mere faculties, but they are true powers of the interested in participate of the bid, that can besides invoke judicial means to ensure his participations, if necessary.

KEYWORDS: Rule of Law, Democratic State, Public Administration, Bidding, Bidding's procedure, Right to Bid, Subjective Right, Principles, Legal Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	3
1.1 A evolução do Estado Moderno: do Absolutismo ao Estado Democrático de Direito.....	3
1.2 Características e princípios no Estado Democrático de Direito.....	12
1.3 O princípio da legalidade administrativa e da separação de poderes no Estado Democrático de Direito.....	16
2 LICITAÇÃO.....	20
2.1 Conceito e finalidade.....	20
2.2 Natureza jurídica.....	22
2.3 Modalidades.....	23
2.4 Princípios.....	26
3 O DIREITO DE LICITAR.....	28
3.1 Conceito de direito subjetivo.....	28
3.2 A tese de existência de um direito de licitar.....	31
3.2.1 <i>Os sujeitos do direito de licitar</i>	34
3.2.2 <i>O objeto do direito de licitar</i>	38
3.2.3 <i>A amplitude do direito de licitar</i>	38
3.2.4 <i>A admissibilidade da imposição de condições ao concreto exercício do direito de licitar</i>	50
3.3 A viabilidade de configurar o direito de licitar como poder jurídico.....	56
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito representou um grande avanço para sociedade ao submeter o exercício do poder à lei e consagrar direitos e garantias aos indivíduos, até então sujeitos às arbitrariedades dos monarcas.

Desde que surgiu passou por diversas transformações até chegar ao modelo atual, Estado Democrático de Direito, em qual se reconhece aos indivíduos, além das garantias já consagrados nos regimes anteriores, o direito de participar do exercício do poder.

Entre os deveres impostos à Administração Pública no Estado Democrático de Direito, destaca-se a obrigação, prevista pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, de realizar procedimento licitatório para seleção da proposta mais vantajosa quando desejar contratar bens e serviços, ou ainda, realizar compras e alienações. Assim, não há como se negar, a priori, às pessoas físicas e jurídicas que apresentarem os requisitos legais e preencheram as condições previstas no instrumento convocatório o direito de participar das licitações por realizadas pela Administração Pública.

Partindo dessa premissa, da análise das características elementares ao procedimento licitatório e da concepção de direito subjetivo no atual modelo de Estado, o trabalho terá como objetivo caracterizar a existência de um “direito de licitar” que garanta aos interessados a prerrogativa de participar dos certames realizados pelos entes públicos e de um “poder jurídico”, que permita aos licitantes recorrer ao Judiciário para efetivação do direito, caso necessário.

Busca-se, portanto, responder a seguinte questão: ao impor aos entes públicos o dever de realizar um procedimento administrativo prévio, tendente a obter a proposta mais vantajosa – seja sob o aspecto técnico e/ou financeiro – teria nosso Constituinte assegurado aos interessados em contratar com a Administração o “direito de licitar”, ou ainda, o “poder jurídico” de participar dos certames públicos?

Através da revisão bibliográfica realizada e da hipótese de que a imposição de um dever à Administração implica, necessariamente, o reconhecimento de um direito aos administrados, pretende-se ainda analisar as condições necessárias ao reconhecimento do direito subjetivo de licitar, sua amplitude, seus desdobramentos, a possibilidade de instituições de restrições legítimas ao seu exercício e, por fim, o poder jurídico de exigir judicialmente a participação no certame, caso impostas restrições ilegítimas aos licitantes.

Espera-se que a pesquisa traga contribuições não só para a comunidade jurídica e para aqueles que com pretendem contratar com a Administração Pública, mas também para os entes públicos, na medida em que pretende-se que contribua para o aprimoramento da concepção dos limites da atuação destes nos procedimentos licitatórios e, conseqüentemente, para o melhor desempenho do dever constitucional de respeito aos direitos dos administrados.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise do direito não pode ser realizada de forma isolada. Ao contrário, a fim de que sejam evitados equívocos, deve ser contextualizada ponderando-se os fatos de acordo com o local em que ocorreram e os valores que, à época, norteavam a sociedade.

Para o desenvolvimento e aprofundamento do tema objeto do presente trabalho – “O Direito de Licitar” – mostra-se pertinente fazer uma breve análise sobre a evolução do Estado Moderno, importante também para compreensão do direito de licitar em toda a sua amplitude.

1.1 A evolução do Estado Moderno: do Absolutismo ao Estado Democrático de Direito

O Estado Moderno surge após o período medieval, diante da necessidade de superação da permanente instabilidade política, econômica e social inerente ao sistema feudal e da aspiração da sociedade à uma unidade de Estado, que se concretizaria mediante a afirmação de um poder soberano e central, reconhecido por todos como o mais alto poder dentro de um determinado território.¹

A primeira forma de Estado Moderno é o Estado Absolutista que, iniciando uma nova ordem, transfere ao Estado as relações de poder (autoridade e administração da justiça), até então atribuídas ao senhor feudal. Como bem pondera Jorge Miranda:

A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade de Estado e da sociedade, em passar de uma situação com divisão de privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos do poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres).²

O poder, nesse período, passa a se concentrar nas mãos do rei que, sob o pretexto de origem divina, o exerce de forma ilimitada e sobre todos.³ Sahid Maluf ao se referir à primeira fase do Estado Moderno e à clássica obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, sintetiza bem a ideia que vigorava no período ao afirmar que “ao príncipe tudo é permitido, até mesmo a infâmia, a hipocrisia, a crueldade, a mentira, contanto que atinja seu escopo. Todos os meios que forem por ele utilizados no exercício do poder são admissíveis e justificados”.⁴

¹JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 33.

²MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Tradução da edição portuguesa, p. 31.

³JATAHY, op. cit. p. 33/34.

⁴MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

O período, como sabe, é marcado pela arbitrariedade dos monarcas absolutistas – decorrente da ausência de limites ao exercício do poder –, fator que posteriormente se mostraria relevante para o desenvolvimento da noção de liberdade e dos direitos fundamentais inerentes ao Estado de Direito.⁵

Os exageros cometidos pela monarquia, a insuficiência das garantias individuais, a negação dos direitos políticos aos súditos, bem como a aspiração da burguesia à liberdade econômica fazem surgir, quase como que uma consequência lógica do absolutismo, o Estado de Direito.⁶

Contrapondo-se ao Estado Absolutista, o Estado de Direito possui como principal característica a submissão da atividade estatal à lei– nesse contexto, entendida como expressão da vontade geral –, sendo o exercício do poder regulado e controlado pelo direito. Como bem observa Paulo Bonavides:

[...] a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado Constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.⁷

Há, porém, outros aspectos essenciais a um Estado de Direito, conforme afirma Carlos Ari Sunfeld:

[...] definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição, (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente respeitada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.⁸

Na mesma linha Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco sustentam que a expressão não pode ser utilizada para designar qualquer Estado ou ordem jurídica mas, ao contrário:

[...] apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais: a) império da lei como expressão da vontade geral; b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial; c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e d)

⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 19.

⁶MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*, p. 19/20.

⁷BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 41.

⁸SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 39.

direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.⁹

Como bem observam os aludidos autores, porém, é certo que as conquistas do Estado de Direito não foram atingidas em um único momento, mas sim alcançadas após muita luta e em cada uma das etapas do Estado Constitucional¹⁰ – Liberal, Social e Democrático –, que surgem em momentos diferentes e dentro de contextos históricos bem específicos.¹¹

A primeira dessas etapas foi o Estado Liberal – também denominado por Bonavides como “Estado constitucional da separação dos poderes”¹² – que surgiu sob influência do Bill of Rights em 1689, na Inglaterra; da Declaração da Virgínia em 1776, na América do Norte; e da Revolução Francesa, em 1779¹³ – e, voltando-se contra o absolutismo, teve como razão de ser a luta contra a arbitrariedade. Como observa Miranda:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado Liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade.¹⁴

Inspirado nos fatos históricos anteriormente mencionados, o Estado Liberal – quer sob a forma de monarquia constitucional, quer sob a forma republicana – traduzia os ideais das revoluções inglesa, americana e francesa, a saber: a soberania nacional; a limitação ao exercício do poder fundada na supremacia da lei; a divisão do poder entre órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário); a separação nítida entre o direito público e o direito privado; a neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; a liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; a igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, ou crença; e a não-intervenção do poder público na economia popular, entre outros.¹⁵ A respeito desse modelo assevera José Afonso da Silva:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí a falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-

⁹MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO; Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36/37.

¹⁰Expressão utilizada por BONAVIDES, *Teoria do Estado*, p. 33/58.

¹¹MENDES; COELHO e BRANCO, op. cit., p. 37.

¹²BONAVIDES, op. cit., p. 41.

¹³MALUF, op. cit., p. 132/134.

¹⁴MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Tradução da edição portuguesa, p. 36.

¹⁵MALUF, op. cit., p. 137.

cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegura a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista do Estado Liberal.¹⁶

Contudo, Para vincular o Estado a essa nova ordem jurídica, era necessário uma norma com status diferenciado. É nesse período, portanto, que surgem as Constituições que, na concepção do Estado Liberal, consistem no instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio do Estado, do qual passou-se a exigir uma postura neutra, evitando-se interferências na esfera privada.¹⁷ A respeito da postura do Estado nesse período cabe reproduzir as afirmações de Jatahy:

O Estado Liberal potencializava as liberdades individuais, inatas, que tinham o caráter de liberdades pré-políticas: o Estado formava-se exatamente para protegê-las e não podia interferir na sociedade para limitá-las, mas somente para generalizá-las, ... ‘impedindo eventuais abusos cometidos em seu exercício. Um Estado, portanto, absolutamente neutral perante os interesses econômicos-sociais que se digladiavam na sociedade’.¹⁸

Ainda quanto as características desse novo modelo de Estado – indissociável do conceito de Constituição e dos direitos fundamentais – Miranda sustenta que a postura individualista e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão, seriam seus elementos essenciais.¹⁹ O individualismo, segundo Maluf, aliás, é o conceito basilar do Estado Liberal – que não cogitava direitos sociais nem deveres dos indivíduos para com a sociedade – e também a razão da decadência dessa primeira forma de Estado de Direito.²⁰

A partir da Constituição Francesa de 04 de julho de 1814 os direitos do homem, foram “catalogados sob uma tríplice divisão: a) direitos políticos (de cidadania); b) direitos públicos, propriamente ditos (direitos civis); e c) direitos de liberdade (direitos civis negativos)”.²¹

No entanto, apesar desses direitos pertencerem – ou deverem pertencer a todos –, não são, no século XIX, reconhecidos indistintamente. Ao contrário, alguns são concedidos apenas a cidadãos que possuam determinados requisitos econômicos (ex. sufrágio), outros

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 114/115.

¹⁷JATAHY, op. cit. p. 38.

¹⁸JATAHY, op. cit. p. 39.

¹⁹MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*, p. 22.

²⁰MALUF, op. cit., p. 135.

²¹MALUF, op. cit., p. 135.

aproveitam somente àqueles que pertençam a determinada classe (ex. propriedade) e outros somente são alcançados com muita dificuldade (ex. direito de associação sindical).²²

Fica evidente, portanto, que a suposta “neutralidade” do Estado – característica do liberalismo – era, em verdade, uma parcialidade a favor da burguesia. Por essa razão diversos autores afirmam que nessa ordem social os direitos naturais, na prática, correspondiam somente aos direitos da classe econômica dominante e apenas de maneira formal eram concedidos aos membros das classes inferiores.

Nesse contexto histórico, a Constituição – que negligenciava as camadas mais humildes da sociedade – torna-se um mecanismo para manutenção da ordem (especialmente das conquistas obtidas pela burguesia) ao invés de um instrumento de revolução social. Conseqüentemente, a adoção do liberalismo acaba por implicar não só o fortalecimento da burguesia, mas também o empobrecimento da classe operária, sendo a desigualdade social – acentuada pela revolução industrial – uma das conseqüências desse modelo.²³

Apesar do chocante contraste entre os direitos concedidos à burguesia e aqueles conferidos à camada mais pobre da população – explorada pelos detentores do poder econômico – o Estado Liberal, no entanto, mantém-se inerte, contribuindo para o agravamento das condições da classe operária. Como bem destaca Maluf:

[...] o Estado liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a policiar a ordem pública. É o Estado-Polícia (L'État Gendarme). Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia. Sem dúvida, eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro. Perante o Estado não havia fortes ou fracos, poderosos ou humildes, ricos ou pobres. A todos, ele assegurava os mesmos direitos e as mesmas oportunidades [...].²⁴

Nesse cenário, sendo o Estado Liberal insuficiente para proteger e assegurar os direitos e as liberdades de todos os homens e restando evidente a desumanidade de sua ideologia – posto que, como bem aponta Maluf, sendo os indivíduos naturalmente desiguais, social e economicamente, devem, necessariamente, serem tratados de forma desigual – é que, a partir do início do século XX, começam a surgir movimentos sociais, inspirados principalmente pelas lutas operárias, que acabam contribuindo para o surgimento do Estado Social.²⁵

²²MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*, p. 22.

²³MENDES; COELHO e BRANCO, op. cit., p. 38/39.

²⁴MALUF, op. cit., p. 138/139.

²⁵MALUF, op. cit., p. 139.

Diferentemente do Estado Liberal, o segundo modelo de Estado Constitucional tem como principal objetivo superar o individualismo característico ao modelo anterior através de uma postura intervencionista do Estado, voltada a realizar o bem estar social por meio da afirmação de direitos sociais e a superar as desigualdades que, a despeito da ideia de igualdade formal vigente, eram inerente ao liberalismo.²⁶

A respeito do Estado Social, assevera Bonavides:

Já o novo Estado constitucional, sucessor daquele [Estado Liberal], é conspicuamente marcado de preocupações distintas, volvidas, agora, menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. [...]
Quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam.²⁷

O que se pretende no Estado Social – também chamado por Bonavides de “Estado constitucional dos direitos fundamentais” –, portanto, é a instauração do Estado do Bem Estar (“Welfare State”) que reclama uma postura ativa do Estado, diametralmente oposta àquela verificada no modelo anterior. Afirma Luís Roberto Barroso:

[...] no século XX, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado Social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de intervir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para população.²⁸

Mário Lúcio Quintão Soares, sintetiza, com clareza, a principal transformação verificada no período: “o cidadão-proprietário, peculiar do Estado Liberal, viu-se transformado em cidadão-cliente do Estado do bem-estar social, através da materialização de direitos”.²⁹ Ao aprofundar a questão, pondera Jatahy:

Diante desse quadro de degradação social, o Estado não mais podia ser mero expectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais, passando de ente meramente passivo (com a obrigação de não intervir na esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços e devedor de uma prestação positiva a ser assegurada a uma parcela

²⁶MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO; Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39/40.

²⁷BONAVIDES, op. cit., p. 46/48.

²⁸BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a criação de um novo modelo*. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

²⁹SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 294.

mais abrangente da sociedade, especialmente das classes menos favorecidas. Caracteriza-se como modelo estatal capaz de compatibilizar, em um mesmo sistema, como asseverado por José Afonso da Silva, dois elementos ‘o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do WelfareState’.[...]

O Estado Social se contrapõe à estrutura dos ordenamentos liberais, que não admitiam ingerências do Poder Público na organização econômica. O Estado social reclama outra concepção da política baseada na ação estatal com o fim de equilibrar a balança da justiça e garantir juridicamente aos cidadãos assistência e sustento para suas necessidades.³⁰

Com base nessa ideologia, sobretudo diante das trágicas consequências da I Guerra Mundial, são consagrados direitos que, diferentemente dos direitos de liberdade, caracterizam-se não como meros poderes de agir, mas sim como poderes de exigir, vinculados a ideia de igualdade material e não meramente formal. É nesse período que surgem os direitos sociais – inclusive as normas de proteção ao trabalhador, emblematicamente representadas pela Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919³¹ – culturais e econômicos, ou seja, os direitos de segunda geração.³²

O Estado Social, contudo, especialmente após a II Guerra Mundial³³, diante do plexo de demandas, pretensões e reivindicações que lhe são apresentadas e dos excessivos custos financeiros e burocráticos, entre outros, revela-se incapaz de realizar seus objetivos, questionando-se a sua eficiência quer para gerar e distribuir riquezas, quer para prestar serviços públicos. Observa Miranda:

[...] Observam-se no Estado social de Direito fundos sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).

E mais importante do que todas essas vicissitudes e estes problemas, deparam-se – à escala de toda humanidade – a degradação da natureza e do meio ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não-industrializados, os movimentos de migração do sul para o norte com fenômenos de inter e multiculturalismo não sem problemas, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, os corporativismos egoístas, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos, as tensões étnicas e religiosas, enfim surtos de terrorismo maciços. [...]

³⁰JATAHY, op. cit. p. 42.

³¹BARROSO, op. cit., p. 65.

³²JATAHY, op. cit. p. 43.

³³MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*, p. 31.

Nessa situação, o próprio Estado – o Estado moderno de tipo europeu – dir-se-ia estar ameaçado ou em crise: pela dificuldade ou pela impossibilidade de satisfazer maiores e mais diversificadas necessidades colectivas, por tendências centrífugas de diversa natureza, por diversos processos de integração regional ou continental e pela globalização.³⁴

Acrescenta-se a esses fatores, como bem pondera Bonavides, a falta de efetividade dos direitos fundamentais consagrados no período:

Na fase incipiente e rudimentar do Estado constitucional dos direitos fundamentais, que aparece com a presença inovadora e surpreendente dos direitos sociais, portanto, sob as vestes semânticas do chamado Estado Social em substituição ao Estado constitucional da separação de Poderes, então política e ideologicamente alcunhado de Estado Liberal, observa-se que os direitos fundamentais, posto que seja, já, a base material constitutiva do Estado recém-levantado sobre as ruínas constitucionais dos ordenamentos liberais, nada acrescentam ainda à sua dimensão objetiva, que tanto os caracterizara, nem tampouco os princípios, de cuja natureza aqueles direitos viriam a participar depois, com o reconhecimento e proclamação adicional de sua objetividade. [...]

Nessa conjuntura teórica havia, portanto, em termos constitucionais, um Estado Social também abstrato, a que se sucederia depois a fórmula ora vigente de um Estado Social concreto, que segue a linha das metamorfoses por que há passado o Estado Moderno até configurar-se na contemporaneidade sob a designação de Estado constitucional dos direitos fundamentais.³⁵

O modelo, assim, revelou-se insuficiente para responder às demandas sociais e econômicas da complexa sociedade moderna, fazendo-se necessária uma nova mudança, como bem ponderam Mendes, Coelho e Branco:

Fazendo uso, para tal efeito, da *communis opinio*, diremos, em resumo, que, para seus opositores, a insuficiência maior do Estado Social de Direito residia em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo.

Por isso, ao ver crítico de Elías Díaz, urge superar esse modelo, rumo ao chamado Estado Democrático de Direito, em cujo seio se realizaria a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo.³⁶

Surge, então, o Estado Democrático de Direito – ou, como prefere Bonavides, o “Estado constitucional da Democracia participativa” – modelo que pretende levar à cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, os direitos da justiça já consagrados nas ordens constitucionais anteriores (Estado Liberal e Social).³⁷

³⁴MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 44/45.

³⁵BONAVIDES, op. cit., p. 49/50.

³⁶MENDES; COELHO e BRANCO, op. cit., p. 40.

³⁷BONAVIDES, op. cit., p. 52.

Sua principal característica é a participação regular do povo – destinatário do poder político – no exercício do poder, baseada em sua livre convicção³⁸e, para que sua finalidade seja atingida, no Estado Democrático de Direito os direitos assegurados aos indivíduos são ampliados. Observa Sundfeld:

A influência do ser democrático de um Estado na face concreta do direito público é evidente. Não só justifica a existência de ramo dedicado exclusivamente às questões eleitorais (o direito eleitoral), como produz uma categoria diferenciada de direitos: os direitos políticos.

Os direitos garantidos pela Constituição aos indivíduos – que no mero Estado de Direito se limitavam à proteção das manifestações individuais em face do poder: direito de exercer uma profissão, direito de não ser preso indevidamente, direito de possuir bens – se ampliam em outros de diversa qualidade: no asseguramento jurídico da participação popular nas decisões do Estado. Surgem não apenas os direitos de votar, de ser votado, de fundar e participar de partidos políticos – correspondentes à garantia imediata da participação no poder –, como seus necessários sustentáculos: os direitos à liberdade de expressão do pensamento e de imprensa, de reunião, de informação, e outros mais.³⁹

Esse, é justamente o modelo expressamente adotado pela Constituição Brasileira de 1988, que em seu artigo primeiro estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. A respeito de seu conceito, asseveram Mendes, Coelho e Branco:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o poder e os indivíduos, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.⁴⁰

Daí ser possível afirmar que o Estado Democrático de Direito é o modelo que decorre da evolução dos Estados Constitucionais que, em primeiro momento, submeteram o exercício do poder aos limites da lei, reconhecendo direitos individuais – especialmente de proteção do indivíduo contra o Estado (Estado Liberal); na sequência, consagraram aos indivíduos o direito de exigir do Estado prestações positivas (Estado Social); para, enfim, reconhecer aos

³⁸SUNDFELD, op. cit. p. 49.

³⁹SUNDFELD, op. cit. p. 51.

⁴⁰MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 139.

cidadãos, em acréscimo aos direitos já consagrados nos modelos anteriores, o direito de participar do exercício do poder e de exigir que os objetivos sociais impostos aos Estado sejam realizados.⁴¹

Há que se ressaltar, porém, como bem pondera Bonavides, que apesar de existirem três modelos de Estado Constitucional não se identifica propriamente uma ruptura no tempo que dê origem a cada uma das fases do Estado de Direito, mas sim uma metamorfose, caracterizada pelo “aperfeiçoamento e enriquecimento e acréscimos, ilustrados pela expansão crescente dos direitos fundamentais bem como pela criação de novos direitos”.⁴²

Finalmente, observa-se que, em qualquer de seus tipos históricos, o Estado de Direito sempre foi uma conquista, sendo oportuna a transcrição da precisa síntese de Pablo Lucas Verdú referida por Mendes, Coelho e Branco:

O Estado de Direito, em qualquer das suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: Estado liberal de Direito, frente ao Antigo regime; Estado social de Direito, contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta com as estruturas sócio-políticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido de privilégio.⁴³

1.2 Características e princípios do Estado Democrático de Direito

Como bem pondera Soares os paradigmas tradicionais devem ser superados pelas novas exigências de transformação social e pela necessidade de concretização das premissas de justiça social, fixadas em parâmetros constitucionais.⁴⁴ Com esse propósito surgiu o Estado Democrático de Direito, que possui como elemento essencial a ideia de participação do povo na formação da vontade estatal e de que todos têm igual direito a essa participação.⁴⁵

Conforme afirmam Mendes, Coelho e Branco, o Estado Democrático de Direito é o regime que “se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que proporcionaram o seu aparecimento no curso da história”.⁴⁶

⁴¹SUNDFELD, op. cit. p. 49.

⁴²BONAVIDES, op. cit., p. 41.

⁴³ Apud Pablo Lucas Verdú, MENDES, COELHO e BRANCO, p. cit. p. 37.

⁴⁴BONAVIDES, op. cit., p. 49/50.

⁴⁵SILVA, op. cit. p. 119.

⁴⁶MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 139.

Justamente por isso, o regime democrático apresenta elementos comuns às ordens que o antecederam e também elementos próprios – especialmente a participação do povo no exercício do poder –, os quais são elencados por Sundfeld da seguinte forma:

- a) criado e regulado por uma constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.⁴⁷

Assim, o doutrinador afirma que “em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)”.⁴⁸

A doutrina, aliás, é pacífica ao sustentar que o regime democrático não se restringe à questão da representatividade, constituindo um verdadeiro alicerce da ordem jurídica. Nesse aspecto, Reis Fried sustenta que o Estado Democrático assenta-se na participação do povo no exercício do poder, na legitimidade do exercício do poder, no respeito aos direitos e garantias estabelecidos pela ordem jurídica, na observância ao princípio da legalidade e no império da constituição – elementos já indicados por Sundfeld – e também no respeito aos direitos da minoria, ainda que prevaleça a vontade da maioria:

Não obstante a indiscutível caracterização da democracia como autêntica modalidade de regime político, é fato inconteste que o chamado regime democrático transcende, em muito, as limitadas fronteiras da questão central da representatividade e, por extensão, da legitimidade, para também constituir-se em sustentáculo imperioso da ordem jurídico-político-estatal, consensualmente estabelecida.

O chamado império da lei (Estado de legalidade) constitui-se, ao lado do imperativo da legitimidade (originária e concomitante), também conhecido sinteticamente como estado de legitimidade, desta feita, em um dos pilares fundamentais de apoio da democracia, sem o qual a questão da representatividade acabaria esvaziada pela simples imposição da vontade da maioria (sem o necessário respeito aos direitos da minoria), relegando-se a segundo plano, por efeito consequente, a ideia central da garantia efetiva das amplas liberdades públicas (direitos individuais e coletivos inalienáveis do gênero humano).

A democracia denota, portanto, características e atributos básicos que, na qualidade de genuínos elementos de concreção, ultrapassa em muito a concepção clássica (e limitada) da representatividade para forjar um autêntico binarismo complementar entre os denominados estados de

⁴⁷SUNDFELD, op. cit. p. 53.

⁴⁸SUNDFELD, op. cit. p. 53.

legitimidade e de legalidade, por intermédio de, pelo menos, cinco postulados fundamentais: 1) A efetiva participação do povo (conjunto de nacionais) na atividade sócio-político-estatal; 2) legitimidade do exercício do poder (ou seja, os mandatários e agentes de poder devem gozar de incontestada autorização do titular do poder público (povo); 3) prevalência da vontade da maioria, porém com respeito aos direitos da minoria; 4) regime de outras liberdades, servindo o Estado como sinérgico avalista desta realidade; 5) império da lei e da ordem legitimamente (consensualmente) estabelecida, em última análise, no texto constitucional.⁴⁹

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, destaca que a Constituição de Portugal – assim como a do Brasil – adotou o conceito complexo de democracia, que abrange não só o elemento representativo, mas também o participativo. Dessa forma, afirma em um Estado Democrático de Direito os cidadãos não apenas exercem o poder de forma direta ou indireta, mas também têm a prerrogativa de participar do processo de tomada de decisões pelo Estado, de exercer o controle crítico sobre as opiniões divergentes e de dar início a alterações no sistema político democrático, entre outros:

Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa — órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão, exercer controle crítico da divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º/c), o reconhecimento constitucional da participação direta e ativa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109º) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º). ...Afastando-se das concepções restritivas da democracia, a Constituição alicerçou a dimensão participativa como outra componente essencial da democracia. ... Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a lei fundamental apostou no conceito complexo normativo, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos — representativo e participativo.⁵⁰

⁴⁹FRIEDE, Reis. *Curso de ciências políticas e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013, p. 240.

⁵⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 288.

Ainda no que tange ao alcance do modelo democrático, o professor José Afonso da Silva, sustenta que a democracia deve ser participativa, pluralista e, acima de tudo, permitir o pleno o pleno exercício dos direitos individuais, constituindo um verdadeiro processo de liberação dos indivíduos das formas de opressão:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas de reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.⁵¹

Quanto aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, Dalmo de Abreu Dallari destaca que o regime seria norteado por três princípios básicos: supremacia da vontade popular; preservação da liberdade (possibilidade de fazer tudo aquilo que não incomode ao próximo e de dispor de sua pessoa e seus bens, sem qualquer interferência do Estado); e igualdade de direitos (proibição de instituir distinções quanto ao gozo de direitos, especialmente por motivos econômicos ou decorrentes de classe sociais).⁵²

Silva vai além e indica uma série de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direitos, cuja tarefa fundamental seria superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime capaz de realizara justiça social.⁵³ Para o referido autor, são princípios do regime democrático:

- (a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) princípio democrático, que nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

⁵¹ SILVA, op. cit. p. 121/122.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geraldo Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.150.

⁵³ SILVA, op. cit. p. 124.

- (c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII, e VIII);
- (d) princípio da justiça social, referida no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica da ordem social; [...]
- (e) princípio da igualdade (art. 5º caput, e I);
- (f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95);
- (g) princípio da legalidade (arts. 5º, II);
- (h) princípio da segurança jurídica (art. 5º XXXVI e LXXIII).⁵⁴

Como bem observam Mendes, Coelho e Branco, no entanto, o Estado Democrático de Direito é, em verdade, um super conceito do qual se extraem diversos princípios, entre estes o da separação de Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade, e até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Entre todos os princípios acima elencados, têm especial importância para este trabalho os princípios da legalidade – em sua vertente administrativa – e da separação de poderes, abordados no próximo tópico.

1.3 O princípio da legalidade administrativa e da separação de poderes no Estado Democrático de Direito

O Princípio da legalidade está consagrado na Constituição Federal da República do Brasil/88 em seu artigo 5º, inciso II, que estabelece: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A respeito do aludido princípio asseveram Mendes, Coelho e Branco:

Quanto ao princípio da legalidade, significa, nos termos do art. 5º, inciso II, da nossa Constituição, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei, um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espalha e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões — processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei, reprecinação da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária, entre outras — as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais.⁵⁶

Em sua concepção clássica, oriunda do primeiro modelo de Estado de direito, o princípio da legalidade visava resguardar o particular contra investidas arbitrárias dos

⁵⁴SILVA, op. cit. p. 124.

⁵⁵MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 148.

⁵⁶MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 139.

monarcas. Seu objetivo, portanto, em um primeiro momento, era apenas impor limitações ao exercício do poder a fim de resguardar os indivíduos contra os excessos cometidos por aqueles que o exerciam.

Em um Estado Democrático de Direito, no entanto, o princípio da legalidade não se restringe a pautar exercício do poder tão somente. Nesse regime, como bem observa o professor Silva, a importância da lei é potencializada, de forma que os instrumentos normativos constituem um verdadeiro mecanismo de transformação da realidade social e, conseqüentemente, de realização dos objetivos da república elencados no texto constitucional. Afirma o referido professor:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. [...]

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores, socialmente aceitos.⁵⁷

Para esse trabalho, no entanto, interessa especificamente, o princípio da legalidade administrativa – subprincípio da legalidade –, previsto no caput do artigo 37, da Constituição brasileira, que estabelece: "A Administração Pública direta, indireta, ou fundacional, de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência".

O aludido princípio norteia a atividade administrativa, impondo que esta seja exercida dentro dos exatos limites permitidos pela lei, não podendo o agente administrativo distanciar-se de seu comando sob pena de invalidade do ato praticado. Como bem observa Sundfeld:

Esse princípio — em verdade um sub princípio do direito público, decorrência que é da submissão do estado à ordem jurídica — determina que ato algum do estado surja se não como comando complementar da lei.

A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A

⁵⁷SILVA, op. cit. p. 123/124.

Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade — existente somente para os indivíduos considerados como tais —, mas de competências, hauridas e limitadas na lei.⁵⁸

O professor Canotilho, ao tratar do tema, destaca que a legalidade administrativa postula dois princípios fundamentais que, de forma genérica, apontam para vinculação jurídico-constitucional do Poder Executivo: princípio da supremacia ou prevalência da lei e princípio da reserva da lei. O primeiro significa que a lei deliberada e aprovada pelo parlamento tem superioridade e preferência relativamente aos atos da Administração (regulamentos, atos administrativos, circulares, instruções, etc.) e vincula a Administração, quer proibindo-lhe a prática de atos contrários à lei, quer impondo-lhe a adoção de medidas necessárias e adequadas ao seu cumprimento. Já o princípio da reserva de lei, por sua vez, determina que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser realizados por meio de lei ou de mediante autorização desta.⁵⁹ Quanto a vigência desses postulados fundamentais em um sistema democrático afirma:

Estes princípios permanecem válidos pois, num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir o regime de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei).⁶⁰

O princípio da separação de poderes, por sua vez, determina que as funções do Estado⁶¹ – legislar, administrar e julgar – sejam atribuídas a poderes distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), dotados de características específicas, de forma que cada uma das funções do Estado possa ser desempenhada da forma mais adequada.⁶²

A ideia central do modelo do balanceamento de poderes é, através de freios e contrapesos recíprocos, exercer o controle dos Poderes encarregados das distintas funções (o poder pára o poder) garantindo a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um

⁵⁸SUNDFELD, op. cit. p. 147/148.

⁵⁹CANOTILHO, op. cit. p. 256.

⁶⁰CANOTILHO, op. cit. p. 256.

⁶¹Embora se fale em “separação de poderes” o que existe, a rigor, é a repartição da atividade do Estado e não do poder do Estado. Como bem aponta CANOTILHO, “o resultado desta divisão não é a existência de vários poderes, mas a existência de funções diferenciadas” (CANOTILHO, op. cit. p. 551).

⁶²CANOTILHO, op. cit. p. 552.

super poder, perigosamente totalizador do poder do Estado.⁶³

O professor Canotilho destaca que esse princípio também possui duas dimensões, a primeira voltada à limitação do exercício do poder pelo Estado e sua consequente responsabilização e, a segunda, à sua própria organização:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor a ideia de divisão de poderes; o sentido e ferido em (2) aponta sobretudo para ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de limites do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais e soberania. Nessa perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.⁶⁴

Há que se ressaltar, porém, que o princípio tem sofrido mitigações na medida em que os três poderes acabam por exercer simultaneamente as três funções, embora a função típica seja exercida de forma prioritária por cada poder. Nesse sentido, advertem Mendes, Coelho e Branco:

Inicialmente formulado em sentido forte — até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas — o princípio da separação de poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esse super tribunais em sede de controle de constitucionalidade.⁶⁵

⁶³CANOTILHO, op. cit. p. 551.

⁶⁴CANOTILHO, op. cit. p. 550.

⁶⁵MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 146

2 LICITAÇÃO

Antes de tratar do direito de licitar propriamente dito, fazem-se necessárias algumas considerações acerca do procedimento licitatório, que certamente contribuirão para melhor compreensão do principal tema deste trabalho.

2.1 Licitação: conceito e finalidade

Para doutrina majoritária licitação é procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para contratação pela Administração Pública, promovido com vistas a realizar o princípio da isonomia. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração do contrato.⁶⁶

O professor Celso Antônio Bandeira de Melo apresenta conceito semelhante, em qual destaca o caráter competitivo do procedimento:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.⁶⁷

Justen Filho, por sua vez, adverte que, por se tratar de procedimento, o certame exige a prática dos atos preordenados previstos em lei, sob pena de restar caracterizada a nulidade de toda a licitação:

[...] O dispositivo [art. 4º, Lei n. 8.666/93) acentua a natureza procedimental da licitação. Ratifica que os atos da licitação não são independentes entre si nem podem ser enfocados isoladamente. A licitação é uma série preordenada de atos. A Lei e o edital estabelecem a ordenação a ser observada. O descumprimento das fases ou sequências estabelecidas acarreta o vício do procedimento como um todo.⁶⁸

⁶⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 325.

⁶⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 532.

⁶⁸JUSTEN FILHO Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

O procedimento é composto por duas fases: a interna e a externa. A fase interna antecede a realização do certame e abrange a definição do objeto a ser licitado, da modalidade do procedimento a ser adotada, do critério a ser utilizado para julgamento das propostas, a elaboração do edital, entre outros. A fase externa se inicia com a publicação do edital e engloba a prática de todos os atos necessários à contratação. Observa Mello:

As licitações possuem uma etapa interna e uma externa. A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame.⁶⁹

Cabe observar que somente há discricionariedade na fase interna do procedimento, uma vez que publicado o edital tanto a Administração quanto os interessados em participar do certame estarão sujeitos à observância dos termos do instrumento convocatório. A esse respeito observa Justen Filho:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação.

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.

[...] A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão.⁷⁰

A finalidade da licitação, por sua vez, está expressamente prevista no artigo 3º da Lei n. 8.666/93⁷¹ e não se restringe à contratação da proposta mais conveniente ou vantajosa. Os objetivos do procedimento vão além da esfera administrativa, destinando-se também a assegurar oportunidades idênticas àqueles que desejam contratar com o ente público e a

⁶⁹ MELLO, op. cit. p., 586.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 84/85.

⁷¹ O artigo 3º da Lei n. 8.666/93, em sua redação atual (conferida pela Lei n. 12.349/10 determina: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

promover o desenvolvimento nacional sustentável (finalidade esta incluída através das alterações promovidas na Lei de Licitações pela Lei n. 12.340/2010). Segundo Mello:

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados o ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Destarte, atende-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade (previstos nos art. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos da probidade administrativa, imposta pelo artigo 37, caput e 85, V da Carta Magna brasileira.⁷²

Para Justen Filho, no entanto, o procedimento se destina a realização de apenas duas finalidades essenciais: a concretização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa (inclusive sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável). Para o professor, ao incluir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos fins da licitação, a Lei n. 12.349/2010 teria incorrido em equívoco, na medida em que “o desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade da licitação propriamente dita, mas um fim a ser promovido por meio das contratações públicas”.⁷³

2.2 Natureza Jurídica

Para doutrina majoritária⁷⁴ a licitação tem natureza jurídica de procedimento administrativo. Nesse sentido, afirma Carvalho Filho:

A licitação, como é obvio, não poderia exaurir-se com instantaneidade. Ao revés, é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado.

Por isso, a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo com fim de seletivo porque, bem registra Entrena Cuesta, o procedimento constitui um “conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la”.⁷⁵

O doutrinador destaca ainda tratar-se de procedimento de natureza vinculada, tendo o agente público o dever de observar todas as fases previstas pela lei:

⁷²MELLO, op. cit., p. 534/535.

⁷³JUSTEN FILHO, op. cit., p. 68

⁷⁴Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria SylviadiPietro, Marçal Justen Filho, entre outros.

⁷⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238/239.

Avulta ainda a qualificação do procedimento. Tratando-se de ordenada sequência de atividades, a licitação é procedimento vinculado no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente. Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e probidade na realização do certame.⁷⁶

No mesmo sentido sustenta Meirelles, que ainda destaca que a inobservância do procedimento estabelecido pela lei acarreta a invalidade de todo o certame, assim como do consequente contrato:

Licitação é procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato consequente.⁷⁷

A ausência de discricionariedade do ente administrativo durante a realização do certame (fase externa), portanto, é umas das consequências de sua natureza procedimental que, se não observada, levará a nulidade de todo o procedimento, bem como do consequente contrato.

2.3. Modalidades

Em primeiro momento, cabe destacar que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação é privativa da União, tal como estabelece a Constituição Federal em seu artigo 22, inciso XXVII.⁷⁸

As regras gerais de licitação são previstas pela Lei n. 8.666/93 que, além de regulamentar o artigo 37 do Estatuto Fundamental, consagra normas e princípios aplicáveis a qualquer procedimento licitatório, disciplina o procedimento de licitação e os contratos

⁷⁶CARVALHO FILHO, op. cit., p. 239.

⁷⁷MEIRELLES, *Licitações e Contratos Administrativos*. 14^a edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p., 27.

⁷⁸Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

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

firmados pela Administração Pública. Nas palavras de Carvalho Filho, a Lei n. 8.666/93 “é, por assim dizer, a fonte legislativa primária disciplinadora das licitações”.⁷⁹

A Lei n. 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, a saber: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão.

A Concorrência, prevista pelo artigo 22, inciso I, parágrafo primeiro da Lei de Licitações, segundo Meirelles, “é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, registrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima de 45 ou 30 dias”.⁸⁰ De acordo com o artigo 23, incisos I e II, alínea “c” da Lei de Licitações, será utilizada para contratação de obras e serviços cujo valor seja superior a R\$ 1.5000.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou compras e serviços, com valor acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Segundo Carvalho Filho, suas principais características seriam o rigorismo acentuado e a ampla publicidade, destinada permitir a participação de todos os interessados.⁸¹

A Tomada de Preços, diferentemente da concorrência, é realizada “entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”.⁸² Cumpre observar, porém, que poderão ser admitidos na licitação interessados não cadastrados, desde que comprovem, antes da data final designada para o recebimento das propostas, possuir os requisitos necessários ao cadastramento. Disciplinada pelo artigo 22, inciso I, parágrafo segundo da Lei n. 8.666/93, poderá ser utilizada para contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor seja de até R\$ 1.5000.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou compras e serviços, cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), tal como determina o artigo 23, incisos I e II, alínea “b” da mesma lei.

O Convite, modalidade prevista pelo artigo 22, inciso III, parágrafo terceiro da Lei n. 8.666/93, se destina a contratações de menor valor e comporta menos formalismo.⁸³ Consiste “na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas, no prazo mínimo de cinco dias úteis (arts. 22, § 3º, e 21 § 2º, IV)”. Admite-se, porém, a participação de interessados não convocados desde que manifestem

⁷⁹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 240.

⁸⁰MEIRELLES, op. cit. p. 79.

⁸¹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 278.

⁸²CARVALHO FILHO, op. cit., p. 280.

⁸³CARVALHO FILHO, op. cit., p. 278.

o interesse de participação no prazo de 24 hs anteriores à data designada para apresentação das propostas. Embora a publicação do instrumento convocatório seja dispensada, exige-se a afixação da carta-convite em local apropriado. Como prevê o artigo 23, incisos I e II, alínea “a” da mesma lei, poderá ser utilizado para contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor seja de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou compras e serviços, cujo valor seja igual ou inferior a R\$80.000,00.

Ainda em relação ao Convite, cabe observar que não havendo ao menos três interessados, o certame poderá ocorrer mediante o confronto de duas propostas, sendo possível ainda realizar a contratação direta, caso apresentada uma única proposta. A especial circunstância, no entanto, deverá ser justificada.⁸⁴

Tal como determina o parágrafo 4º do artigo 23⁸⁵ da Lei de Licitações, a Concorrência poderá ser adotada em qualquer caso, independente do valor da contratação. A Tomada de Preços, por sua vez, somente poderá ser adotada nas hipóteses específicas previstas pelo artigo 23 incisos I e II, alínea “b” ou nos casos em que couber convite.

O Concurso, previsto pelo artigo 22, parágrafo 4º da Lei n. 8.666/93, é “uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.”⁸⁶

O Leilão, por outro lado, é a modalidade de licitação utilizada para venda de bens móveis inservíveis para a Administração, produtos legalmente apreendidos ou empenhados, e para alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou por dação em pagamento. A venda será feita àquele que oferecer o maior lance, desde que o valor seja igual ou superior ao da avaliação. Está previsto pelo artigo 22, parágrafo 5º da Lei de Licitações e sua utilização será obrigatória no caso da venda de bens imóveis.

Embora a Lei n. 8.666/93 vede ao administrador criar outras modalidades de licitação⁸⁷, a proibição não se aplica ao legislador.

Assim, no ano de 2002 surgiu o Pregão, modalidade de licitação que possuindo disciplina e procedimento específicos – previstos na Lei n. 10.522/02 – visa acelerar o processo de escolha dos contratados pela Administração.⁸⁸

⁸⁴Lei n. 8.666/93, art. 22, § 7º: Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

⁸⁵Art. 23, § 4º: Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

⁸⁶MELLO, op. cit., p. 571.

⁸⁷Artigo 22, § 8º: É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

Conforme prevê a Lei n. 10.522/02 o pregão é modalidade de licitação a ser utilizada em hipóteses determinadas e específicas. Poderá ser utilizado para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, sendo a disputa pelo fornecimento feita por meio de propostas e lances em sessão pública.⁸⁹ O procedimento possui características diferenciadas que consistem em sua aplicação apenas para contratação de bens e serviços comuns, na inversão das fases de competição e de habilitação e na dissociação da fase competitiva em uma primeira etapa de formulação de propostas, a que se seguem lances sucessivos.⁹⁰

Por fim, há que se destacar que a Lei n. 12.462/11 instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), procedimento específico destinado às contratações a serem efetuadas para concretização das obras necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016. Segundo a Justen Filho, o RDC consiste em uma nova sistemática de contratação que comporta amplas variações em relação ao procedimento licitatório previsto pela Lei n. 8.666/93, não sendo possível, portanto, utilizar a expressão “modalidade de licitação” para o procedimento.⁹¹

2.4 Princípios

No que tange aos princípios inerentes ao procedimento licitatório, prevê o artigo 3º, caput, da Lei n. 8.666/93 que a licitação, destinada a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais princípios que lhes são correlatos.

Os princípios correlatos, de acordo com Carvalho Filho, seriam aqueles “que derivam dos princípios básicos e que com eles têm correlação em virtude da matéria que tratam. Por serem correlatos e derivados, encontram-se dispersos na regulação disciplinadora das licitações”.⁹²

Para o professor, seriam correlatos à licitação os princípios da competitividade, que impõe à Administração o dever de não criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem

⁸⁸CARVALHO FILHO, op. cit., p. 308.

⁸⁹MELLO, op. cit., p. 575.

⁹⁰JUSTEN FILHO, op. cit., p. 361.

⁹¹JUSTEN FILHO, op. cit., p. 362.

⁹²CARVALHO FILHO, op. cit., p. 249.

o caráter competitivo do certame; da indistinção, que veda ao ente público instituir preferências ou distinções referentes à natureza, à sede ou ao domicílio do licitante, ressalvadas as exceções legais; da inalterabilidade do edital; do sigilo das propostas; do formalismo procedimental; da vedação de oferta de vantagens, que proíbe a adoção de critérios não previstos no edital quando do julgamento das propostas, não sendo permitido ao órgão público considerar outros fatores como a oferta de vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante; e da obrigatoriedade, que consagra o dever da Administração Pública de realizar o certame para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvadas as exceções legais.⁹³

Por se tratar de tema que se relaciona diretamente aos direitos dos licitantes, os princípios expressamente previstos pelo caput do artigo 3º e correlatos serão tratados com maior profundidade no item 4.2.3, que versará sobre a amplitude do direito de licitar.

Cabe observar, por fim, que por tratar de normas norteadoras do procedimento licitatório— independentemente da clássica distinção proposta por Alexy em relação às regras e princípios —serão aplicáveis a todas as modalidades de licitação, independente da norma regulamentadora.

⁹³CARVALHO FILHO, op. cit., p. 249/242.

3 O DIREITO DE LICITAR

O objetivo do presente trabalho é caracterizar a existência de um direito de licitar – conferido a todos os interessados em participar do procedimento licitatório mediante o preenchimento de determinadas condições –, e tecer algumas considerações no tocante a sua amplitude. Antes de discorrer sobre o tema propriamente dito, porém, são necessárias algumas considerações acerca da definição de direito subjetivo e sobre o procedimento licitatório.

3.1 Conceito de direito subjetivo

Para o clássico doutrinador Norberto Bobbio o direito, sob o ponto de vista normativo, é considerado um conjunto de normas ou regras de conduta.⁹⁴

Seguindo a mesma linha, o professor Cretella Júnior defende que “jus ou direito pode ser conceituado como o complexo de normas obrigatórias de condutas impostas pelo Estado para assegurar a convivência em agrupamentos humanos”.⁹⁵

Em definição um pouco mais completa – ainda dentro da teoria normativa – afirmam Mendes, Coelho e Branco:

Quanto ao direito, podemos conceituá-lo – à luz do normativismo jurídico concreto de Miguel Reale – como um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que sintetizam, portanto, as tensões entre fatos e valores os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente jurídicos.⁹⁶

A doutrina jurídica – que em sua maioria adota a teoria normativa do direito⁹⁷ – defende que o direito deve ser compreendido a partir de duas acepções: objetiva e subjetiva.

⁹⁴BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, tradução Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.

⁹⁵CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22.

⁹⁶MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit. p. 34.

⁹⁷Apesar da doutrina normativa ser a adotada pela doutrina majoritária, BOBBIO observa que existem ao menos outras duas teorias para explicar o direito: a teoria do direito como instituição e a teoria do direito como relação. Para a teoria da instituição, elaborada por Santi Romano, o direito é constituído por três elementos: a sociedade, a ordem e a organização. Assim, há direito quando existe a “organização de uma sociedade ordenada, ou, com outras expressões análogas, uma sociedade ordenada por meio de uma organização ou uma ordem social organizada”. A teoria da relação – que tem como um de seus principais expoentes Alessandro Levi –, por sua vez, não adota o dever, o direito subjetivo ou a norma como conceitos fundamentais. Ao contrário, defende que a relação jurídica é o pilar sobre o qual se funda toda o ordenamento jurídico (op. cit., p. 3/24).

O direito objetivo, nas palavras de Cretella Júnior, “é o conjunto de normas proclamadas pelo governo de um grupo social. É a lei”.⁹⁸ Conforme defende Luño, compreende três aspectos distintos: normas atualmente vigentes em uma comunidade ou país, normas vigentes em uma determinada época e ramos específicos do direito. Em suas palavras:

El derecho, como norma imperativa o como conjunto de normas, reglas o disposiciones vigentes en un grupo o comunidad social con pretensiones de generalidad, puede hacer referencia: bien a las normas vigentes actualmente en una determinada comunidad o país (p. ej., cuando nos referimos al derecho español, al derecho portugués, o al italiano); bien al derecho observado en una cierta época o período histórico (p. eje., cuando nos referimos al derecho antiguo o medieval); bien a un sector concreto de las relaciones jurídicas (p. ej., el derecho civil, el derecho administrativo, o, de una manera más amplia, el derecho público, el derecho privado). En todos estos casos la alusión al derecho se hace en un sentido objetivo, identificándolo con el derecho positivo en cuanto sus normas o preceptos son dictados o reconocidos por el Estado.⁹⁹

O direito subjetivo, por sua vez, é aquele pertinente ao sujeito e que liga-se a este como uma pretensão sua.¹⁰⁰ Como bem observa Gusmão, consiste na “prerrogativa ou faculdade outorgada, por lei ou por contrato, a uma pessoa para praticar certo ato. Mais precisamente: faculdade, assegurada por lei, de exigir determinada conduta (ação ou omissão) de alguém que, por lei ou por ato ou negócio jurídico, está obrigado a observá-la”.¹⁰¹

Assim, o doutrinador defende que o direito subjetivo de uma pessoa corresponderá, necessariamente, ao dever jurídico de alguém que, em caso de inobservância do referido direito, poderá ser compelido, inclusive judicialmente, à cumpri-lo.¹⁰² Em relação ao este dever jurídico, especificamente, assevera:

No lado oposto do direito subjetivo está o dever jurídico, que consiste na situação em que se encontra uma pessoa (sujeito passivo) de ter de praticar um ato ou, ao contrário, omitir-se, em ambos os casos em vantagem de outra, sob pena de sofrer uma sanção. Supõe, assim, vínculo que enlaça o titular do direito ao devedor. É, pois, sujeição passiva de uma pessoa (devedor) a outra (titular) que obriga aquela a uma prestação em favor desta, que pode exigir-la no judiciário. [...] Podem ser várias espécies de deveres (obrigações) jurídicos. Dentre todos se destacam: dever positivo, que importa a obrigação de dar ou de fazer, e dever negativo, que consiste exclusivamente na obrigação de não fazer (abstenção).¹⁰³

⁹⁸CRETELLA JÚNIOR, op. cit., 23.

⁹⁹LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. 7ª edición, Madrid: Tecnos, 2008, p. 49.

¹⁰⁰REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 260.

¹⁰¹GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª edição: Forense, 1998, p. 249.

¹⁰²Miguel Reale conceito direito subjetivo com termos semelhantes e afirma: “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem à alguém como próprio.” – inob. cit., p. 258.

¹⁰³GUSMÃO, op. cit., p. 256/257.

Sundfeld destaca que o conceito de direito subjetivo é amplo e abrange inclusive as pretensões individuais contra o Estado:

Da garantia, contida na Constituição, de direitos em favor dos indivíduos surgirá a noção de direito subjetivo público, isto é, de um direito que o indivíduo titulariza contra o próprio Estado, ampliando o antigo conceito de direito subjetivo, até então circunscrito às relações entre particulares.¹⁰⁴

Pereira, por sua vez, defende que o direito subjetivo apresenta três elementos fundamentais: sujeito, objeto e relação jurídica. Para o doutrinador:

Sujeito é o titular do direito. É aquele a quem a norma jurídica assegurou a faculdade de agir. [...]
 Objeto do direito subjetivo é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal. [...]
 Relação jurídica traduz o poder de realização do direito subjetivo e contém a sua essência, [...] é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade.”¹⁰⁵

Pereira adverte, porém que o direito subjetivo não é mais visto “como expressão ilimitada do poder da vontade individual, capaz de se exercer com o sacrifício dos outros indivíduos ou da sociedade, de maneira absoluta”.¹⁰⁶ Gusmão segue a mesma linha e afirma que se o titular do direito exercê-lo com o intuito exclusivo de prejudicar alguém, sem obter qualquer vantagem ou utilidade, ou ainda, se o exercer de má-fé, seu direito não será legítimo – e, conseqüentemente, não terá amparo legal –, restando caracterizado o abuso de direito.¹⁰⁷

Cabe observar, por fim, que é importante evitar o equívoco de considerar o direito subjetivo um extremo oposto do direito objetivo, uma vez que se trata de duas especificações de uma mesma realidade: o direito.¹⁰⁸ Entre ambas as acepções deverá haver uma perfeita correlação, posto que enquanto o direito objetivo apresenta-se como a norma que permite ou proíbe, o direito subjetivo significa a faculdade que deriva da norma. Assim, afirma Luño¹⁰⁹:

El derecho subjetivo es una función del derecho objetivo, no se concibe fuera del derecho objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, supone lógicamente (...) la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud. En este sentido, ‘tener un derecho subjetivo’ quiere decir – como observa L. Recanses Siches (1979, 144) – que la norma vincula a una situación o a una

¹⁰⁴SUNDFELD, op. cit. p. 53/56.

¹⁰⁵PEREIRA, Caio Mário Da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 32/37.

¹⁰⁶PEREIRA, op. cit., p. 27

¹⁰⁷GUSMÃO, op. cit., p. 251.

¹⁰⁸LUÑO op. cit., p. 51.

¹⁰⁹LUÑO op. cit., p. 51.

conducta de un sujeto el deber de un cierto tipo de comportamiento de acción u omisión en otro u otros sujetos. De ahí que lo se opondrá, o mejor dicho, se refiere correlativamente al derecho subjetivo de una persona no sea el derecho subjetivo sino el deber jurídico de otra u otras personas, de tal manera que podemos afirmar que el derecho objetivo, como o conjunto de normas, al proyectar-se sobre situaciones concretas determina derechos subjetivos e deberes jurídicos en mutua correlación.

3.2A tese de existência de um direito de licitar

A Constituição Federal consagrou em seu artigo 37, inciso XXI o dever da Administração Pública realizar procedimento licitatório para contratação de obras, serviços, compras e alienações, no qual deverá ser assegurada igualdade de condições entre todos os concorrentes. Determina o referido dispositivo constitucional:

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

A obrigação de licitar também se encontra prevista no artigo 2º da Lei n. 8666/1993, que estabelece: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Diante do teor do artigo 37, inciso XXI da CF/88, a doutrina brasileira é pacífica ao reconhecer a obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório¹¹⁰, que somente será dispensável ou inexigível nas hipóteses expressamente previstas pela legislação.

Para Carvalho Filho, aliás, a obrigatoriedade da licitação é um princípio ao qual está submetida a Administração:

[...]a Constituição também enunciou o princípio da obrigatoriedade da licitação. No artigo XXI, estabelece que, fora dos casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Diante de semelhante princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Por tal motivo já se decidiu ser inadmissível lei de unidade federativa em que se permitia que pequenas empresas pagassem seus débitos tributários em dação de pagamento de

¹¹⁰ Nesse sentido pode-se citar Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia di Pietro, Marçal Justen Filho, entre outros.

materiais para Administração, e isso porque de materiais para a Administração, e isso porque a aquisição desses bens demanda obrigatoriamente licitação prévia nos termos do art. 37, XXI da Constituição.¹¹¹

Cabe observar, como bem pondera Justen Filho, que a obrigatoriedade do procedimento não se restringe às entidades administrativas, abrangendo todos os entes que estejam sob controle da Administração Pública:

[...] aplica-se a obrigatoriedade da licitação não apenas para os ajustes envolvendo as entidades propriamente administrativas, mas também em todas as hipóteses em que a entidade contratante estiver sob o controle de uma entidade administrativa.

Portanto, não se pode afastar a obrigatoriedade da licitação sob o argumento de que o contrato envolve uma “fundação” ou uma “associação”, sujeitos dotados de natureza jurídica de direito privado. A natureza jurídica do sujeito é irrelevante. Para os fins da determinação da obrigatoriedade da licitação, o fundamental reside na existência de um vínculo de controle (mesmo que indireto) em favor de entidade integrante da Administração Pública.¹¹²

Tratando-se, portanto de norma jurídica, ressalvadas as exceções legais, impõe-se à Administração o dever jurídico de licitar. E, como consequência lógica desse dever, reconhece-se aos interessados em contratar com o ente público o direito, em tese, de participar do certame licitatório.

O reconhecimento do aludido direito é facilmente extraído a partir do conceito de direito subjetivo, na medida em que o legislador, ao impor à Administração Pública o dever de realizar um procedimento administrativo específico visando selecionar proposta mais vantajosa assegurou, conseqüentemente, a todos aqueles que preencherem os requisitos legais e condições do instrumento convocatório, a faculdade de participar do referido procedimento mediante a apresentação de proposta.

Trata-se, portanto, de um direito subjetivo, como bem aponta Justen Filho:

O direito de participar de licitação consiste na faculdade de formular perante a Administração uma proposta de contratação. O chamado direito de licitar é reconhecido a todos os que preencham os requisitos de idoneidade e capacitação para executar o contrato.

O direito de licitar é um direito público subjetivo de natureza abstrata, em acepção semelhante à utilizada pela doutrina processualista. Afirma-se, no campo do Direito Processual Civil, que o direito do ação se caracteriza como um direito de natureza abstrata. Com isso se indica que todos possuem o direito de provocar o Estado para exercício da jurisdição. Esse direito é indisponível e insuprimível, subordinado ao regime de direito público (por isso um direito público subjetivo). Porém, é um direito abstrato, porque se distingue entre o direito de provocar a jurisdição e de obter uma sentença

¹¹¹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 239.

¹¹²JUSTEN FILHO, op. cit., p. 56.

favorável. Mesmo quanto não tenha razão e resulte derrotado, o autor exercitou seu direito de ação.

Passa-se de modo semelhante na licitação. O licitante, quando apresenta sua proposta, exercita um direito abstrato de agir. Tem direito de comparecer perante a Administração Pública e apresentar sua proposta. E esse direito não pode ser suprimido.¹¹³

O direito de licitar tem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, de acordo com a sistemática adotada pela Lei n. 8.666/93, somente será possível analisar as propostas formuladas por aqueles o detiverem. Seu reconhecimento, porém, depende do cumprimento dos requisitos previstos pela Lei de Licitações e das condições estabelecidas no instrumento convocatório, que podem se referir ao próprio licitante ou mesmo à proposta formulada não se tratando, portanto, de direito absoluto ou incondicionado.¹¹⁴

Nesse aspecto, é oportuno observar que a realização de certame para a contratação da proposta mais vantajosa exige a pluralidade de competidores. Para que a pluralidade seja atingida veda-se a exigência de cumprimento de requisitos, por parte dos interessados em participar do certame, que não contribuam para realização do interesse público, o que se encontra expressamente previsto no parágrafo 3º, inciso I da Lei 8.666/93:

Art. 3º § 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Cabe ressaltar ainda que o direito à participação não se restringe à prerrogativa de apresentar proposta para contratação com a Administração Pública, na medida em que, nos termos do artigo 4º, caput, da Lei n. 8.666/93¹¹⁵, o licitante tem o direito público subjetivo de participar de um procedimento licitatório regular, no qual todas as normas estabelecidas para contratação pelo ente público serão respeitadas. A esse respeito observa Justen Filho:

Ao consignar que a observância do pertinente procedimento constitui um “direito público subjetivo”, a Lei suprimiu qualquer disponibilidade acerca da matéria. Por se tratar de um “direito público subjetivo”, é faculdade que não se insere na órbita da disponibilidade privada. Não é uma faculdade “renunciável”. O interesse na observância do procedimento é público, antes de ser privado. O Estado exige subserviência ao devido procedimento

¹¹³JUSTEN FILHO, op. cit., p. 534.

¹¹⁴JUSTEN FILHO, op. cit., p. 535/536.

¹¹⁵Determina o artigo 4º caput, da Lei n. 8.666/93: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 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”.

licitatório. Quando o interessado exige que se cumpra o “pertinente procedimento”, atua na defesa das funções estatais. Assim, são ineficazes e inúteis algumas cláusulas usuais em atos convocatórios de licitação.

Esse é o caso de cláusulas que determinam que a simples “participação” na licitação acarretará a plena “concordância” do interessado relativamente aos atos licitatórios. O mesmo se diga quanto à pretensa atribuição de faculdades discricionárias à Administração para conduzir a licitação. São casos em que se estabelece uma “aprovação” antecipada a qualquer decisão que o agente público delibere adotar. Essas cláusulas são de nenhum efeito jurídico, pois o interessado é titular de direito público subjetivo. Nem mesmo espontaneamente poderia abrir mão do direito de exigir o cumprimento da Lei. São ainda de menor validade as renúncias, quando introduzidas unilateral e coativamente no ato convocatório.¹¹⁶

Por fim, cumpre ressaltar que o direito de licitar não se confunde com o direito de contratar com a Administração Pública.¹¹⁷ Este somente será reconhecido àquele que apresentar a proposta mais vantajosa para Administração e preencher todos os requisitos e condições do edital, sagrando-se vencedor no certame.

3.2.1 Os sujeitos do direito de licitar

Conforme exposto acima, o direito de licitar é a faculdade atribuída a todo aquele que possui interesse em contratar com a Administração Pública de participar do procedimento licitatório mediante a formulação de proposta. Esse seria, em tese, o sujeito ativo do direito de licitar.

O interessado em participar do certame, no entanto, deverá preencher as condições necessárias ao reconhecimento do direito de licitar, sob pena de não ter sua proposta de contratação apreciada.¹¹⁸ Sobre as aludidas “condições” assevera Meirelles: “São condições para participar da licitação as que a Administração, tendo em vista a natureza, o vulto e a complexidade do objeto do certame, estabelecer como mínimos necessários à habilitação dos proponentes”.¹¹⁹

As condições para participação na licitação podem ser classificadas como genéricas ou específicas.¹²⁰

¹¹⁶JUSTEN FILHO, op. cit., p. 125.

¹¹⁷JUSTEN FILHO, op. cit., 543/534.

¹¹⁸JUSTEN FILHO, op. cit., p. 536.

¹¹⁹MEIRELLES, op. cit., p. 133.

¹²⁰JUSTEN FILHO, op. cit., p. 536.

As condições genéricas correspondem aos requisitos previstos na Lei n. n. 8666/93 e se aplicam a todos os procedimentos licitatórios realizados pelos entes públicos, independente de suas peculiaridades e circunstâncias concretas.¹²¹

Entre as condições genéricas destacam-se os requisitos de habilitação, que tal como prevê o artigo 27 da Lei n. 8.666/93¹²², poderão se referir à comprovação de qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, à prova da regularidade fiscal e trabalhista, bem como à demonstração do cumprimento do disposto pelo artigo 7º, inciso XXXIII da CF/88.¹²³

De acordo com Mello, a habilitação consiste na “fase do procedimento em que se analisa a aptidão do dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração”.¹²⁴ Trata-se, portanto, de fase indispensável à efetiva participação do proponente no certame.¹²⁵

As condições genéricas do direito de licitar, no entanto, não se restringem à habilitação, podendo o edital prever outras exigência a serem cumpridas pelos licitantes. Nesse aspecto, a regularidade da proposta – que, para ser reconhecida como tal deve ser certa, razoável e exequível – também é uma condição genérica para análise da oferta formulada pelo pretenso licitante. Como bem aponta Gordillo:

En este punto la doctrina presenta también trazos y principios uniformes en muchos países. Es así incontestado que la oferta debe ser de precio y condiciones ciertos e concretos, no indeterminados y además debe reunir requisitos mínimos de seriedad o razonabilidad sin los cuales no puede ser merituada. Por cierto, debe también ser firme, inalterable.¹²⁶

As condições específicas, por sua vez, se justificam em razão das particularidades do objeto licitado. São estabelecidas no instrumento convocatório, podem consistir em requisitos

¹²¹JUSTEN FILHO, op. cit., p. 536.

¹²²Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;
II - qualificação técnica;
III - qualificação econômico-financeira;
IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

¹²³Art. 37, inciso XXXIII da CF/88: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”

¹²⁴MELLO, op. cit., p. 597.

¹²⁵Cumprir ressaltar, porém, como bem aponta JUSTEN FILHO, que atualmente se verifica uma tendência em alterar a sistemática da habilitação, realizando-se a fase após a apresentação das propostas, tal como prevê a lei do Pregão op. cit., p. 535.

¹²⁶GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 9ª edición, Buenos Aires: Fundación del Derecho Administrativo, 2009, XII-35.

formais ou substanciais, e somente serão admissíveis se necessárias e adequadas à demonstração do direito de licitar.^{127.}

Deverá a Administração Pública deliberar sobre as condições específicas na fase interna da licitação, sendo a sua discricionariedade delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado.^{128.}

Assim, pode-se concluir que o direito subjetivo de licitar não é titularizado por todos aqueles que se interessam em participar do certame, dependendo seu reconhecimento de condições genéricas e específicas, tal como já exposto. Como bem sintetiza Justen Filho: “juridicamente, apenas é titular de direito de licitar aquele que evidenciar condições de satisfazer as necessidades públicas, preenchendo os requisitos previstos na lei e no ato convocatório”.¹²⁹

Por fim, cabe observar que o direito de licitar apresenta também uma vertente passiva. O titular passivo do direito de participação no certame público, é justamente o ente público.

Nesse aspecto, vale lembrar que o artigo 1º da Lei 8.666/93¹³⁰ determina expressamente a aplicação das normas de licitação a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes públicos.

Bandeira de Mello adverte que após a alteração do artigo 22 inciso XXVII da Constituição Federal¹³¹, realizada pela Emenda Constitucional 19/98, surgiram dúvidas acerca do regime de licitação aplicável às sociedades de economia mista e às empresas públicas. Isso porque, após a publicação da Emenda Constitucional poderia se concluir – a partir da conjugação do art. 22, inciso XXVII e art. 173, § 1º, incisos II e III¹³² do Estatuto

¹²⁷JUSTEN FILHO, op. cit., p. 536.

¹²⁸JUSTEN FILHO, op. cit., p. 536.

¹²⁹JUSTEN FILHO, op. cit., p. 544.

¹³⁰Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Lei 8.666/93)

¹³¹Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

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

¹³²Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Fundamental – que as sociedade de economia mista e as empresas públicas, quando exploradoras da atividade econômica, estariam sujeitas ao regime das empresas privadas e poderiam estabelecer um regime próprio de licitação e contratação, desde que observados os princípios da Administração Pública.

Para o professor, no entanto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas continuam a ser regidas pela 8.666/93, independente da atividade a que se destinam (prestação de serviço público ou exploração da atividade econômica). No entanto, ressalva Mello que, se o certame inviabilizar a exploração de atividade econômica, sua realização não será obrigatória:

[...] Questão que, mesmo hoje, merece certa detença é a de se saber se sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica estão ou não sujeitas ao dever de licitar.

Estarão também elas obrigadas a licitar, tendo em vista que o art. 173, § 1º, II, da Constituição as declarou “sujeitas ao regime próprio das empresas privadas”? Parece-nos que, com as significativas ressalvas adiante feitas, a resposta terá de ser afirmativa. E que, pois, não se pode tomar ao pé da letra a dicção do preceptivo cogitado.

Com efeito, em inúmeros outros artigos da Constituição – como no art. 37, XXI, atinente à licitação - encontram-se normas que impõem a quaisquer entidades da Administração indireta regramento diverso do aplicável às empresas privadas, sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade econômica. E em nenhum deles caberia duvidar de que também estas últimas estão abrangidas pelos sobreditos preceitos, conquanto as normas em questão lhes confiram tratamento distinto do que se aplica às empresas privadas. Assim, também, não há por que pretender que o art. 37, XXI, esbarre no art. 173, § 1º, II.

Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.

Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e é evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com as exigências da atividade negociai que lhe é pertinente.¹³³

§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) [...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

¹³³ MELLO, op. cit., p. 549/550.

Assim, pode-se afirmar que, excepcionalmente, as sociedades de economia mista e empresas públicas, quando exploradoras de atividade econômica, não serão sujeito passivo do direito de licitar.

3.2.2 O objeto do direito de licitar

Assim como apresenta uma vertente ativa e passiva, o direito de licitar possui objeto imediato e mediato, os quais se relacionam aos interessados em participar do procedimento licitatório e à própria Administração Pública, respectivamente.

O objeto imediato do direito de licitar é garantir a todo interessado que demonstrar o preenchimento dos requisitos legais e das condições específicas previstas no edital de licitação a prerrogativa de participar efetivamente do certame público, tendo sua proposta de contratação analisada em condições de igualdade em relação aos demais concorrentes.

Por outro lado, o objeto mediato do direito de licitar consiste em resguardar os interesses da própria Administração mediante a análise da idoneidade e capacidade daqueles que se propõe a contratar com a Administração Pública, bem como em realizar o interesse público. Busca-se evitar, assim, que o ente público celebre contrato com alguém que não detenha condições de cumprir o objeto do certame, fato que causaria prejuízos não só à Administração mas, em última análise, à própria sociedade.

3.2.3 A amplitude do direito de licitar

Caracterizada a existência do direito licitar, cabe observar que este não se efetiva com o mero recebimento e análise das propostas formuladas por aqueles que demonstraram possuir as condições necessárias à participação no certame. Ao contrário, o direito de licitar apresenta desdobramentos de observância obrigatória à Administração Pública e imperiosos à sua concretização, que relacionam-se aos princípios inerentes a um Estado Democrático de Direito, como a isonomia, a legalidade e a publicidade e também aos princípios que regem a licitação.

O primeiro aspecto a se ressaltar quanto a amplitude do direito de licitar é o dever do ente público atuar com vistas à realização do princípio constitucional da isonomia. Trata-se de

situação expressamente prevista pelo artigo 37, inciso XXI da CF/88¹³⁴ e também consagrada como finalidade do procedimento licitatório pelo artigo 3º da Lei n. 8.666/93, que estabelece:

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

De acordo com Mello, o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que comparecerem ao certame, mas também de conceder oportunidade de disputá-lo a qualquer interessado que, desejando dele participar, puder cumprir as condições da licitação.¹³⁵

Por isso, para Justen Filho, o princípio da isonomia tutela não apenas direitos individuais, mas também direitos coletivos na medida em que além de assegurar o acesso dos interessados ao certame permite também a ampliação do rol de competidores. Afirma o professor:

A isonomia significa, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração. Como decorrência direta e imediata da isonomia, é vedado à Administração escolher um particular sem observância de um procedimento seletivo adequado e prévio, em que sejam estabelecidas exigências proporcionadas à natureza do objeto a ser executado.

Sob esse ângulo, a isonomia significa o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração. [...]

Mas a isonomia também se configura como proteção ao interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.

Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos.¹³⁶

¹³⁴Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (art. 37, inciso XXI, CF/88).

¹³⁵MELLO, op. cit., p. 542.

¹³⁶JUSTEN FILHO, op. cit., p. 69/70.

Conforme disposição expressa do art. 3, parágrafo 1º, inciso I da Lei n. 8.666/93, não poderá haver procedimento seletivo com discriminação entre os participantes ou cláusulas no instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento.

A Administração, contudo, poderá estabelecer requisitos mínimos de participação no certame, desde que necessários à garantia da perfeita execução do contrato. Nesse sentido assevera Ivan Barbosa Rigolin:

Aplicando-se o princípio à licitação significa que, em tese, em princípio, abstratamente, antes de se iniciar alguma legítima diferenciação entre os possível licitantes, todos eles desfrutam do mesmo, idêntico, direito de concorrer à contratante com a Administração. A igualdade, nesse caso, é de expectativa: todos, em princípio, têm iguais expectativas de contratar com a Administração – vencerá a competição o que mais vantagem lhe propiciar. [...]

Sabendo-se que, como no dizer de Rui Barbosa, isonomia não é senão a igualdade entre os iguais e a desigualdade ente os desiguais na exata medida das suas desigualdades, a L. 8.666 possibilitou à Administração uma “desigualação prévia” entre os possíveis licitantes, de modo a apenas permitir que, entre eles, alguns, com característica de suficiência técnica e econômica capazes de oferecer segurança, à Administração, do cumprimento do futuro contrato, possam ter suas propostas examinadas, em fase posterior à prévia habilitação.

Assim é que os arts. 28 a 32 – supondo-os constitucionais como não nos parecem os arts. 27, I e 28, assim como, em parte, também o art. 29 – fixaram exigências aos licitantes, às quais os desigualarão, sem dúvida, porém, no modo constitucional e legítimo. É exatamente esse o propósito da licitação: desigualar propostas, ou de obter propostas desiguais, a mais vantajosa delas devendo ser a escolhida.¹³⁷

Existem situações, no entanto, em que as discriminações serão perfeitamente admitidas – e aqui não está falando-se de requisitos para participação no certame, mas sim de discriminações efetivas –, como bem observa Justen Filho:

[...] existem discriminações que o direito permite que sejam praticadas no âmbito de licitações. Essas discriminações podem resultar em benefícios ou em desvantagens para determinadas categorias de licitantes. Não se admitem discriminações fundadas em preferências subjetivas dos administradores. Algumas das discriminações legítimas envolvem circunstâncias específicas relativas ao objeto licitado. Mas existem outros tratamentos diferenciados que se vinculam a decisões políticas mais amplas. Isso envolve a utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento econômico. Em tais hipóteses, o tratamento diferenciado somente é válido porque autorizado por norma legal. Essa questão se relaciona diretamente com a avaliação da vantagem a ser buscada por meio da licitação.¹³⁸

¹³⁷RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Marco Tulio Bottino. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113/114.

¹³⁸JUSTEN FILHO, op. cit., p. 71.

Para que a discriminação seja válida, porém, o professor defende que deverão estar presentes quatro elementos: a) existência de diferenças efetivas e reais nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito; b) compatibilidade dos critérios de diferenciação com a ordem jurídica; c) adequação entre os critérios de diferenciação e a finalidade da diferenciação; e d) proporcionalidade entre o tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento.¹³⁹

Nesse aspecto, cabe observar que a própria lei de licitações prevê algumas situações em que o tratamento diferenciado será permitido, a saber: produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras (art. 3º, § 5º, inciso D); bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem o cumprimento da reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou reabilitada pela Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação (art. 3º, § 5º, inciso II); produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (art. 3º, § 7º); bens e serviços originários dos Estados partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul (art. 3º, § 10º); bens e serviços produzidos com tecnologia desenvolvida no País, no caso de contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, desde que considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal (art. 3º, § 12º); e microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (art. 5º – A).

A respeito das situações de tratamento diferenciado previstas na lei 8.666/93 observa o professor Mello:

Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento.¹⁴⁰

Portanto, o que o princípio da igualdade – cuja observância, aliás, é obrigatória não só quando da elaboração do edital, mas também durante todo o procedimento licitatório¹⁴¹ – proíbe, como bem observa Meirelles, é “a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguala os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com o destino certo a

¹³⁹JUSTEN FILHO, op. cit., p. 68/69.

¹⁴⁰MELLO, op. cit., p. 596.

¹⁴¹JUSTEN FILHO, op. cit., p. 70/71.

determinados candidatos”.¹⁴² O que se veda, desse modo, são as discriminações arbitrárias, decorrentes de preferências pessoais e subjetivas do administrador.

Tratando-se de discriminações ou restrições ilegítimas, ou ainda, na hipótese de qualquer ilegalidade no edital de licitação, o licitante – como também qualquer interessado – terá o direito de impugnar o edital de licitação, expressamente previsto no artigo 41 da Lei n. 8.666/93¹⁴³, sendo tal prerrogativa um dos desdobramentos do direito de licitar.

Embora a lei preveja prazo para impugnação do edital, cabe observar que o direito de petição poderá ser exercido a qualquer momento se caracterizada a ilegalidade, como bem pondera Mello:

A lei prevê, ainda, que o licitante pode, tempestivamente, isto é, antes da abertura dos envelopes de habilitação, apontar-lhe falhas ou irregularidades que o viciariam, sem que isto represente causa de impedimento a que participe do certame até a decisão administrativa final sobre a questão. Estabelece, entretanto, que, se aceitou o edital, nada havendo objetado até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação na concorrência e o conhecimento das propostas nas demais modalidades, decairá do direito de impugná-lo e sua insurgência posterior não terá efeito de recurso (art. 41, § 2º).

O fato, entretanto, é que, a qualquer tempo, qualquer cidadão (o que inclui o licitante) pode exercer direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder” (art. 55, XXXIV, “a”, da Constituição Federal), e a Administração, diante de alguma invalidade do edital, não terá alternativa senão anular o certame.¹⁴⁴

Outro preceito importante para concretização do direito de licitar é o princípio da legalidade que, no que tange à licitação, possui dois aspectos: impõe ao ente público o dever de agir nos estritos termos autorizados pela lei e também a obrigação de observar fielmente o procedimento previsto pela Lei n. 8.666/93 para realização do certame. Além de estar consagrado no texto constitucional, tem previsão expressa no art. 4º da Lei de Licitações, que determina:

Art. 4º. Todos os que participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do observância do pertinente procedimento estabelecido nesta

¹⁴²MEIRELLES, op. cit., p. 35.

¹⁴³Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. [...]

¹⁴⁴ MELLO, op. cit., p. 596.

lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Observa Carvalho Filho:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.¹⁴⁵

A legalidade condiciona a validade de qualquer ato praticado no procedimento licitatório, não sendo dado ao agente administrativo agir com discricionariedade. Como afirma Rigolin:

O princípio significa exatamente isto: somente será legítimo, correto, válido, aceitável, regular, qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor, o roteiro dado pela lei. Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo a sua escolha ou ao seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei.¹⁴⁶

Mello defende que, “em rigor podem alegar tal direito não apenas ‘todos quantos participem da licitação’, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la”.¹⁴⁷

Além da necessidade de respeitar o procedimento estabelecido na Lei n. 8.666/93, o princípio da legalidade tem como um de seus desdobramentos a vinculação ao edital¹⁴⁸, expressamente prevista no caput do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

A determinação legal impõe à Administração e aos licitantes o dever de observar rigorosamente o que foi estabelecido no instrumento convocatório e impede que, durante o procedimento, sejam impostas aos licitantes novas condições ou criadas novas regras. Trata-se, portanto, de garantia estabelecida em lei que favorece aos licitantes. Nas palavras de Rigolin:

¹⁴⁵CARVALHO FILHO, op. cit., p. 246.

¹⁴⁶RIGOLIN, op. cit., p. 111/112.

¹⁴⁷MELLO, op. cit., p. 541.

¹⁴⁸A esse respeito assevera Justen Filho: [...] a legalidade e a vinculação ao ato convocatório são manifestações jurídicas de princípios inter-relacionados. A validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei, mas também com os atos administrativos praticados nas etapas anteriores. (op. cit., p. 86).

Este princípio [vinculação ao edital], expresso na lei, traduz a afirmação de que a licitação é um procedimento vinculado, e não discricionário, pois, com efeito, nas licitações não pode a Comissão (ou o servidor responsável, como nos convites) dar um só passo por seu livre-arbítrio, por seu gosto ou preferência particular, criando regras não-previstas no edital, estabelecendo convenções a seu talante, fixando normas inéditas no edital.

Apenas as regras previamente estabelecidas no edital, ou aquelas poucas no convite, podem ser aplicadas pela Administração, e apenas elas orientam, unitária e uniformemente, a todos os licitantes ou interessados.¹⁴⁹

Como bem observa Justen Filho, a vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei. Feitas as escolhas pelo ente Administrativo e determinadas as condições da disputa, a elas estarão vinculadas a autoridade administrativa e também os participantes do certame. Afirma o professor:

Na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe à Administração determinar todas as condições da disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame). [...]

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. [...]

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.¹⁵⁰

O art. 3º, caput, da Lei n. 8.666/93 também faz menção aos princípios do julgamento objetivo e da impessoalidade.

O princípio do julgamento objetivo veda que as decisões adotadas durante o procedimento licitatório, seja na fase de habilitação, seja na fase de propostas, comportem subjetivismos ou personalismos. Impõe ao ente público, portanto, o dever de realizar os julgamentos de forma impessoal, fria e isenta, de acordo com os critérios estabelecidos em lei e no edital.¹⁵¹ Nas palavras de Justen Filho: “[...] significa que todas as decisões na licitação devem ser o resultado lógico dos elementos objetivos existentes no procedimento e no mundo real”.¹⁵²

Entretanto, conforme observa Bandeira de Mello, cabe ressaltar que o objetivismo absoluto somente pode ser obtido nas licitações que tenham como único critério de

¹⁴⁹RIGOLIN, op. cit. 124/125.

¹⁵⁰JUSTEN FILHO, op. cit., p. 84/85.

¹⁵¹RIGOLIN, Ivan Barbosa. Ob. cit., p. 121.

¹⁵²JUSTEN FILHO, op. cit., p. 86.

juízo o preço; o ideal nem sempre poderá ser alcançado quando a escolha do licitante depender da análise de qualidade, técnica e rendimento, critérios que, por sua essência, estão sujeitos a certo subjetivismo.¹⁵³

A impessoalidade, por sua vez, “consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório”.¹⁵⁴ O princípio veda favoritismos, sublinhando o dever de que, na execução do procedimento licitatório (fase externa), sejam todos os licitantes tratados com neutralidade.¹⁵⁵

Como bem observa Justen Filho:

A impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanções da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indicam vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Excluem o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento conduzem a que a decisão independa da identidade do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento significam, inclusive, o afastamento de conveniências puramente políticas dos governantes. Assim, por exemplo, infringe a impessoalidade e a objetividade a decisão ofensiva à lei ou ao ato convocatório, mesmo quando o seu conteúdo for compatível com os reclamos imediatos da opinião pública. As regras que disciplinam a licitação devem ser respeitadas e o critério de julgamento não pode ser a compatibilidade com as demandas dos eleitores. O princípio da impessoalidade é essencial à democracia e a democracia acarreta a edição de normas jurídicas destinadas a disciplinar condutas futuras dos governantes e dos administrados. O respeito às normas jurídicas é essencial ao regime democrático.¹⁵⁶

Ainda em relação ao julgamento objetivo, cabe observar que as decisões proferidas em qualquer fase da licitação deverão ser motivadas, como bem destaca Justen Filho:

É irrelevante que o art. 3º da Lei 8.666/93 não aluda ao princípio da motivação. A motivação consiste na enunciação pelo agente estatal das razões de fato e de direito em que se alicerça a decisão adotada. Traduz externamente o processo interno do sujeito, envolvendo a sua compreensão relativamente aos eventos ocorridos no mundo dos fatos e a interpretação adotada pelas normas, de que deriva a decisão adotada. A motivação deriva da necessidade de justificar toda e qualquer decisão administrativa. É uma decorrência inafastável do regime democrático, da vantajosidade, da legalidade, da objetividade, da moralidade, dentre outros princípios.¹⁵⁷

¹⁵³BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 547.

¹⁵⁴JUSTEN FILHO, op. cit., p. 87.

¹⁵⁵MELLO, op. cit., p. 541/542.

¹⁵⁶JUSTEN FILHO, op. cit., p. 86.

¹⁵⁷JUSTEN FILHO, op. cit., p. 90/91.

O princípio da moralidade, por sua vez, impõe que o procedimento licitatório se desenvolva em conformidade de padrões éticos, impondo à Administração e aos licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.¹⁵⁸

No que tange aos licitantes, impõe o dever de agirem de forma honesta uns com os outros e em relação ao ente público. No que se refere à Administração, o princípio se relaciona à probidade administrativa e lhe impõe o dever de conduzir o procedimento licitatório em estrita obediência aos interesses de quem o promove, mas também e às exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes. Como bem observa Justen Filho:

“Em nenhuma hipótese a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. [...] A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.”¹⁵⁹

O princípio da probidade administrativa, relaciona-se à moralidade e impõe que o agente público “atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que a sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível”.¹⁶⁰

O princípio da publicidade, de outra parte, “impõe que os atos e os termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados”¹⁶¹. Trata-se de dever de transparência que não só possibilita a efetivação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, como também permite o controle dos atos da Administração por toda a sociedade.

Como bem observa Justen Filho, o princípio visa a garantir a transparência da atuação estatal e a plena participação da sociedade na produção dos atos administrativos. Especificamente em relação à licitação, “objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame, de modo que se instaure uma ampla competição pelo objeto licitado” e também a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados, traduzindo-se, nesse aspecto, “no desenvolvimento não sigiloso dos atos pertinentes à licitação, inclusive com a prestação de informações a todos os cidadãos, independentemente de seu efetivo interesse em participar do certame”.¹⁶²

¹⁵⁸ MELLO, op. cit., p. 547.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 87.

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 247/248.

¹⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 546.

¹⁶² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 89.

O professor destaca ainda que o princípio é essencial a um Estado Democrático de Direito:

Em primeiro lugar, a publicidade é um instrumento de participação democrática na formação da vontade estatal. O procedimento administrativo orientado à contratação é o resultado da conjugação das atuações públicas e privadas.

Isso significa que a Administração não se encontra numa posição jurídica de “proprietária” dos interesses envolvidos. Nem sequer se pode aludir a uma posição de superioridade em face da sociedade e dos potenciais interessados. A Administração é serva da realização dos interesses coletivos e da promoção dos direitos fundamentais. Justamente por isso, a Administração Pública tem o dever de atuar de modo transparente, levando ao conhecimento público as propostas, os modos de satisfação concreta das necessidades e assim por diante.

A publicidade é uma decorrência inafastável da concepção democrática, que reconhece que a vontade estatal traduz um processo de consenso a partir da participação aberta a todos os integrantes da Nação.¹⁶³

Cabe ressaltar, no entanto, a publicidade poderá ser restringida quando as informações forem consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, tal como disciplina a Lei n. 12.527/11.

Em outro aspecto, há que se observar que o licitante tem direito à recorrer das decisões proferidas durante o procedimento licitatório, conforme expressamente previsto no artigo 109, inciso I da Lei n. 8.666/93.¹⁶⁴ Para recorrer, no entanto, o licitante deverá ser titular do direito de direito subjetivo ou interesse pessoal diretamente afetado pela decisão.

Para Justen Filho, “o interesse de recorrer deriva do cotejo entre a decisão administrativa e a situação do recorrente. A decisão deverá ser lesiva aos interesses do particular, acarretando sua agravação, para caracterizar-se o interesse de recorrer.” Pondera, entretanto, que também poderá haver interesse de recorrer quando a lesividade for indireta, ou seja, quando a decisão, sem se referir diretamente à situação do recorrente, reconhece direito (em sentido amplo) a um terceiro potencial competidor como, por exemplo, no caso de decisão que julga habilitado um dos licitantes que, por consequência, é indiretamente lesiva ao interesse de todos os demais licitantes.¹⁶⁵

¹⁶³JUSTEN FILHO, op. cit., p. 89.

¹⁶⁴Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 b) julgamento das propostas;
 c) anulação ou revogação da licitação;
 d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
 e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 78 desta lei;
 e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta lei; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))
 f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

¹⁶⁵JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.192/1.193.

Portanto, pode-se afirmar a legitimidade recursal é atribuída a todo aquele que participa da licitação ou que se encontra em condições de participar dela, quando afetado por decisão atinente à inscrição própria ou de terceiro no registro cadastral (admissão, alteração ou cancelamento).¹⁶⁶

O professor observa ainda que não possuem legitimidade para recorrer: o terceiro que não participa de licitação ou não está inscrito em registro cadastral; licitantes inabilitados ou desclassificados, relativamente aos eventos posteriores à sua exclusão; e os não inscritos em registro cadastral relativamente às decisões correspondentes a tal registro. Da mesma forma, não caberá interposição de recurso administrativo quando inexistir ato administrativo de cunho decisório, uma vez que apenas estes são aptos a provocar lesão a interesse da parte.¹⁶⁷

No mais, cabe observar que o conhecimento do recurso estará sujeito ao cumprimento dos pressupostos recursais.

Daí a se dizer que o direito de licitar, para sua efetiva concretização exige que os licitantes sejam tratados de forma isonômica – salvo as distinções necessárias em razão da própria natureza do objeto –; que o ente público atue em conformidade com o princípio da legalidade e observe todas regras relativas ao certame, estejam estas previstas em lei ou no edital; que o julgamento seja efetuado com base em critérios objetivos, previamente estabelecidos; e que todos os atos do procedimento sejam divulgados, possibilitando-se o exercício devido do contraditório e ampla defesa, bem como o controle das atividades desenvolvidas pelo ente público. Caso contrário, restarão afrontados alguns dos preceitos mais caros ao Estado Democrático de Direito – isonomia, legalidade, respeito aos direitos aos interesses individuais e publicidade – e, conseqüentemente, caracterizada a incompatibilidade entre a atuação administrativa e o regime democrático de direito, adotado pelo Estado Brasileiro.

Por fim, cabe lembrar que a democracia, no Brasil, deve ser exercida de forma representativa, pluralista e participativa, tal como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

Em razão do caráter participativo da democracia, é assegurado aos cidadãos a prerrogativa de participar dos processos de tomada de decisão por parte do Estado. A esse respeito, observa Gustavo Justino de Oliveira:

Insta observar que a junção da noção de democracia a de Estado de direito, muito mais do que estabelecer um qualificativo do modo de ser do Estado, é responsável pela atribuição aos cidadãos do direito de participação nas

¹⁶⁶JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.192.

¹⁶⁷JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.193.

decisões estatais. (...)

A configuração, no sistema constitucional brasileiro, do direito à participação nas decisões estatais, comprova que, de uma perspectiva unidimensional do Estado-súdito (o indivíduo não era possuidor de direitos frente ao Estado, mas unicamente deveres para com o Estado), passou-se para uma perspectiva bidimensional do Estado-cidadão (direitos e deveres originários do vínculo da cidadania destinam-se tanto ao Estado quanto aos indivíduos). A noção de cidadania foi e continua ser objeto de transformações, razão do contínuo aprofundamento de seu conteúdo extensão de seu alcance.

Fabio Konder Comparato, traçando evolução histórica de seu conceito, distinguir três etapas da cidadania: a) a cidadania na civilização greco-romana; b) a cidadania individualista do Estado liberal; e c) a nova cidadania no Estado social.

Com relação à nova cidadania, o autor destaca que sua noção elementar reside “em fazer com que o povo se torne parte do principal do processo do seu desenvolvimento promoção: é a ideia de participação”.

[...]

É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos a condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com o que as decisões dela emanadas possa ajustar o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso na organização administrativa, mas como o seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participante, que assume posturas pró ativas perante uma administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade.¹⁶⁸

Para o professor, a participação administrativa consiste, portanto, na “intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões dele emanadas”.¹⁶⁹

No mesmo sentido assevera Soares:

“Neste tipo de estado de direito [Estado Democrático de Direito], a garantia e a concretização dos direitos fundamentais permitem ao seus titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa do Estado, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.

A cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes, que devem arcar com as responsabilidades de seus atos.

Esta nova cidadania, erigida pelo novo paradigma, consiste na capacidade de participar no exercício do poder político e da gestão dos negócios da comunidade.¹⁷⁰

¹⁶⁸OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 164/167.

¹⁶⁹OLIVEIRA, op. cit., p.171.

¹⁷⁰SOARES, op. cit., p. 306/307.

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito de licitar poderá ser exercido inclusive na etapa interna da licitação, em que a Administração decide o que será licitado (objeto do certame), o procedimento a ser utilizado, os requisitos necessários à participação no certame e os critérios de julgamento adotados. Exemplo disso é a determinação de realização de audiências pública no caso de licitações de grande vulto prevista pelo artigo 39, caput, da Lei n. 8.666/93, que estabelece:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Destaca-se a possibilidade de participação dos cidadãos nessa etapa do procedimento contribuiu não só para concretização do ideal democrático, mas também para a realização do interesse público.

Há que se observar, porém, que a fase interna da licitação se insere no âmbito de discricionariedade da Administração Pública. Assim, apesar da possibilidade de participação da comunidade no processo que antecede a realização do certame, a decisão continuará a ser prerrogativa do ente público que, vele lembrar, por disposição constitucional, tem o dever de perseguir o interesse público.

3.2.4 A admissibilidade da imposição de condições ao concreto exercício do direito de licitar

Evidentemente, o direito subjetivo de licitar não é um direito absoluto, por meio do qual poderia o particular impor ao poder público o dever jurídico de aceitar a sua participação na licitação.

É admissível, ou melhor, é dever da administração estabelecer condições para o exercício do direito subjetivo do particular de licitar. Tais condições poderão, inevitavelmente, implicar restrições aos licitantes e poderão ser inerentes ao próprio certame, relacionar-se a condições pessoais dos possíveis interessados, ou ainda, decorrer da possibilidade da imposição de sanções pela Administração Pública.

As restrições, no entanto, são perfeitamente legítimas e servem para garantir a higidez e idoneidade do procedimento licitatório, bem como para afastar a participação de pessoas

que tenham, de algum modo, violado as normas legais que impõe uma conduta ética ao atuar privado.

Quanto às condições previstas no edital, poderão referir-se aos requisitos de habilitação – previstos na lei de forma taxativa e relacionados, especificamente, à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e trabalhista, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à comprovação da utilização regular do trabalho de menores – ou a condições específicas, meramente formais ou materiais (a exemplo da exigência de capital social mínimo nas contratações de grande vulto e de prestação de garantias nos contratos nas contratações de obras, serviços e compras, previstas pelos artigos 31 e 56 da Lei n. 8.666/93, respectivamente¹⁷¹).

Por oportuno, observa-se que as condições específicas materiais podem constituir hipóteses de exclusão que não se confundem com os requisitos da habilitação, como bem observa Justen Filho:

Os requisitos de habilitação consistem em exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do licitante. É um conjunto de requisitos que se poderiam dizer indiciários, no sentido de que sua presença induz a presunção de que o sujeito dispõe de condições para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Por decorrência, a ausência de requisito de habilitação acarreta o afastamento do licitante do certame, desconsiderando-se sua proposta. O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente. [...]

As condições de participação em sentido restrito não se relacionam diretamente com a idoneidade do licitante. Consistem em requisitos formais

¹⁷¹Art. 31, § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:²⁶

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;²⁷

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

e substanciais para o sujeito participar da disputa. Assim, por exemplo, incumbe ao ato convocatório deliberar se consórcios poderão participar da licitação. Se tal não for autorizado e um consórcio comparecer ao certame, ter-se-á de eliminá-lo, por ausência de condição de participação. Não se tratará propriamente de infração a requisito de habilitação. Outro requisito de participação em sentido restrito está previsto no art. 9.º da Lei 8.666/1993 e envolve o impedimento decorrente de um vínculo diferenciado entre o licitante e a Administração Pública.

Algumas dessas exigências são meramente formais. Assim, por exemplo, a apresentação de envelopes indevassáveis é condição de participação em sentido estrito. O mesmo se diga quanto ao prévio credenciamento do sujeito que pretende participar de pregão eletrônico.

Em todas essas hipóteses, existem exigências e impedimentos previstos em lei e no ato convocatório, cuja satisfação condiciona a participação do sujeito no certame. Tais exigências não se relacionam à idoneidade propriamente dita do sujeito, o que impõe a sua distinção em face dos requisitos de habilitação [...]

A utilidade da distinção reside em evidenciar que as hipóteses de exclusão de licitantes não se limitam ou reduzem aos casos de inabilitação.¹⁷²

Nota-se que a Administração possui uma margem de discricionariedade para definir as exigências para participação, estando, no entanto, no que diz respeito aos requisitos para habilitação, limitada pelas disposições da Lei n. 8.666/93. As condições específicas, por sua vez, deverão ser definidas de acordo com a natureza e complexidade do objeto a ser contratado.

Nesse aspecto há que se observar que quanto maior a complexidade do objeto, mais problemática será a execução e maior deverá ser o nível da exigência formulada pelo ente público. Há que se considerar, porém, a fixação de inúmeros requisitos para participação no certame, ainda que traga mais garantias quanto a boa execução do contrato, conduz à redução significativa do universo de potenciais licitantes e conseqüentemente, à elevação do preço da contratação. Por isso, deve haver ponderação por parte do ente administrativo, a fim de que as exigências instituídas não comprometam o caráter concorrencial do certame. Afirma Gordillo:

Debe advertirse que en la realidad el fin último de se obtener la mejor oferta se logra cuando no se sacrifica la mayor competencia o concurrencia posible, procurando suplir o hacer suplir toda deficiencia formal que disminuya tal concurrencia. Sin perjuicio que se es bueno rodear de los mayores recaudos posibles la selección del mejor contratista estatal posible, debe estarse atento a no crear obstáculos que terminen conspirando contra aquella finalidad esencial.¹⁷³

No mesmo sentido pondera Justen Filho:

[...] a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a

¹⁷²JUSTEN FILHO, op. cit., 356/357.

¹⁷³GORDILLO, op. cit., p. XII – 8.

qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.

Essa solução foi explicitamente consagrada no art. 37, XXI, da CF/1988, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como os mínimos possíveis, mas sempre preservando-se a obtenção de uma contratação adequada e satisfatória.¹⁷⁴

Em segundo momento cabe observar que a impossibilidade de participar da licitação poderá decorrer de situação pessoal do licitante. O artigo 9º da Lei n. 8.666/93¹⁷⁵ traz alguns exemplos de situações subjetivas que importam a prévia exclusão do possível interessado no certame – tal como ser autor do projeto básico ou executivo objeto da licitação, ou ainda, servidor ou dirigente de órgão ou de entidade contratante ou responsável pela licitação. Encontram-se nessa situação, no entanto, todos aqueles que tiverem acesso a informações privilegiadas relativas à contratação a ser realizada pelo poder público.¹⁷⁶

Em outro aspecto, serão lícitas as restrições decorrentes das sanções aplicadas pela própria Administração em razão da inexecução total ou parcial de contrato, as quais poderão consistir em suspensão direito de licitar ou declaração de inidoneidade. De acordo com o artigo 87 da Lei n. 8.666/93,¹⁷⁷ a suspensão tem sua duração limitada ao prazo máximo de

¹⁷⁴JUSTEN FILHO, op. cit., p. 352.

¹⁷⁵Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

¹⁷⁶JUSTEN FILHO, op. cit., p. 538.

¹⁷⁷Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

dois anos; já declaração de inidoneidade poderá ser aplicada enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação do particular perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Muito se discute na doutrina quanto a distinção de ambas as sanções. Para Meirelles, a aplicação da suspensão se justificaria quando o descumprimento do contrato fosse culposo e a declaração de inidoneidade, quando caracterizada a má-fé, reincidência ou ainda, dolo do particular. Assim defende:

A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e contratar com a Administração é penalidade administrativa com que geralmente se punem os inadimplentes culposos e aqueles que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato. (...)

A declaração de inidoneidade é penalidade aplicável aos contratados inadimplentes de má-fé, ou reincidentes, e àqueles que, dolosamente e em razão de contrato ou procedimento licitatório, praticarem atos ilícitos visando a fraudar o Fisco ou a licitação, ou dos quais se verifique não possuírem idoneidade para contratar com o Poder Público (Lei 8.666/93, artigo 87 IV e 88).

A declaração de inidoneidade não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas sim, uma sanção administrativa genérica, imposta por determinada entidade estatal, com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica comprovadamente inidônea às suas licitações e contratações enquanto perdurarem os motivos que a ensejaram ou até que o punido promova sua reabilitação (Lei 8.666/93, art. 87, IV).¹⁷⁸

Justen Filho, por sua vez, propõe que a distinção entre as aludidas sanções seja realizada com base em sua natureza, reconhecendo-se ser a suspensão temporária medida destituída de cunho sancionador em sentido próprio, destinando-se sua utilização a induzir o cumprimento do contrato. Assim poderia o particular optar por cumprir a prestação – hipótese em que se evitaria o resultado gravoso –, ou por não adimplir a prestação, o que lhe acarretaria a suspensão do direito de licitar. Adverte ainda que a suspensão poderia ser utilizada mesmo após a configuração do inadimplemento como penalidade mais branda em relação à declaração de inidoneidade:

Sob esse prisma a suspensão do direito de licitar não se configuraria propriamente como uma sanção afluiva ou retributiva, mas se trataria de uma medida orientada a constranger o sujeito a executar a prestação a que se obrigara. Adotado esse entendimento, promover-se-ia a imediata supressão da suspensão temporária tão logo o sujeito executasse a prestação a que se obrigara. Em suma, tratar-se-ia de providência de cunho cominatório, destinada a execução específica da obrigação de fazer.

Isso não significa que a suspensão do direito de licitar somente possa ser utilizada para os fins de execução específica da obrigação de fazer. Seria perfeitamente possível que fosse adotada como uma punição mais branda do

¹⁷⁸MEIRELLES, op. cit., p. 262/263.

que a declaração de inidoneidade para condutas dotadas de gravidade não tão acentuada.¹⁷⁹

A declaração de idoneidade, por outro lado, seria destinada a punir aquele que, de fato, agiu de forma censurável. Assim assevera:

Já a declaração de inidoneidade seria uma sanção dotada de cunho retributivo e aflitivo, destinando-se a punir o sujeito que tivesse praticado uma conduta em si mesmo reprovável. Não seria um instrumento destinado a induzir o sujeito a promover o adimplemento [...].¹⁸⁰

Outra questão bastante polêmica na doutrina é a extensão dos efeitos da decisão que impede a participação do particular nos procedimentos licitatórios, seja por suspensão temporária do direito de licitar, seja por declaração de inidoneidade. Carvalho Filho, nesse aspecto, sustenta existirem pelo menos três posições distintas na doutrina:

Para grande parte dos especialistas, o efeito restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1^a) a autonomia das pessoas da federação; (2^a) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no artigo 3º, § 1º, I, do Estatuto.

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data vênia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido dos restritivos dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deve ser sempre extensivo.

A posição do doutrinador é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que em vários precedentes reconhece que a sanção de suspensão temporária ou de inidoneidade não se restringe ao órgão ou federativo que a aplicou, estendendo-se a toda Administração Pública¹⁸¹.

Cabe observar, ademais, que as sanções não se limitam àqueles que, contratados pelo Poder Público, inadimpliram suas obrigações. Conforme prevê o artigo 88 da Lei n. 8.666/93, também podem ser aplicadas: àqueles que tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; tenham

¹⁷⁹JUSTEN FILHO, op.cit., p. 1.156.

¹⁸⁰JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.156.

¹⁸¹Nesse sentido REsp 520553 / RJ, rel. Min. Herman Benjamin e REsp 174274 / SP, Rel. Min. Castro Meira.

praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; e demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.¹⁸²

No mais, há que se ressaltar que Tribunal de Contas e o Poder Judiciário também poderão determinar a restrição do direito de licitar, tal como se verifica nas hipóteses de inexecução do contrato e fraude à execução e de reconhecimento de improbidade administrativa e de condenação pela prática de crime previsto na Lei de Licitações, respectivamente.

Por fim, como nosso sistema jurídico não admite a imposição de penalidades com caráter perpétuo (art. 5º, XLVII da CF), cabe destacar que o licitante declarado inidôneo poderá obter declaração de reabilitação, que o permitirá participar de procedimentos licitatórios e firmar contrato com a Administração Pública. A respeito da reabilitação observa Justen Filho:

A extinção dos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade não se produz de modo automático, pelo simples decurso do tempo. Segundo a Lei, faz-se necessário um ato administrativo formal, de cunho constitutivo negativo, denominado de “reabilitação”. [...]

Determina-se que “reabilitação” do sujeito declarado inidôneo poderá ser concedida apenas após decorrido prazo de dois anos da aplicação da sanção e mediante ressarcimento pelo interessado dos prejuízos derivados de sua conduta. A ausência de ressarcimento dos eventuais prejuízos, no entanto, não pode ser obstáculo ao deferimento da reabilitação, sob pena de configurar-se uma sanção com cunho de perpetuidade. Lembre-se que, no âmbito da repressão penal (que envolve condutas dotadas da mais elevada gravidade), admite-se a extinção da punibilidade em virtude do decurso do tempo, tal como se prevê que a execução da pena acarreta efeito similar.¹⁸³

3.3 A viabilidade de configurar o direito de licitar como poder jurídico

Diante de todos os contornos expostos acima, resta evidente que o direito de licitar é um direito subjetivo caracterizado pela faculdade de participar dos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública e atribuído a todos aqueles que preencham as condições previstas em lei e no edital de licitação.

¹⁸²Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

¹⁸³JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.160.

Trata-se de direito que deriva do princípio da obrigatoriedade da licitação e impõe à Administração Pública o dever jurídico de realizar o certame com ampla concorrência, exceto se esta não for possível.

Para Bobbio a visão do direito como coordenação do agir “implica a visão do direito (diferentemente da moral) como um conjunto de relações entre sujeitos, de modo que se um tem o poder de realizar certa ação, o outro tem o dever de não impedi-la”¹⁸⁴ e afirma:

E o que significa ter um direito? Significa (...) ter o poder de realizar determinada ação. Mas de onde deriva esse poder? Só pode derivar de uma regra, que no mesmo momento em que atribui a mim esse poder, atribui a outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter dever? Significa sermos obrigados a nos comportar de determinado modo, quer essa conduta consista em um fazer, quer consista em um não-fazer. Mas de onde deriva essa obrigação? Só pode derivar de uma regra, que determina ou proíbe. Em resumo, o direito nada mais é do que o reflexo subjetivo de uma norma autorizadora; e o dever nada mais é do que o reflexo subjetivo de uma norma imperativa (positiva ou negativa).¹⁸⁵

O professor Reale, ao se referir ao direito subjetivo cita Kelsen e observa “o direito subjetivo não é senão a norma mesma enquanto atribui à alguém o poder jurídico correspondente ao dever que nela se contém”.¹⁸⁶

Das afirmações de Gusmão pode-se extrair que o poder jurídico referido por Kelsen abrange inclusive a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário a fim de obrigar aquele que se recusou a cumprir seu dever a adotar o comportamento previsto pela norma.¹⁸⁷

No mesmo sentido assevera Theodoro Júnior:

A parte, frente ao Estado-juiz, dispõe de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado. [...] ‘A ação é, portanto, o direito

subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional’, na lição de Liebman.⁷¹¹⁸⁸

Assim, enquanto o direito subjetivo corresponde à faculdade de exigir o cumprimento de determina prestação e ao conseqüente dever daquele contra quem esta se dirige de prestá-la, o poder jurídico corresponde à faculdade de compelir este último a observar o dever que

¹⁸⁴BOBBIO, op. cit., p. 21/22.

¹⁸⁵BOBBIO, op. cit., p. 21/22.

¹⁸⁶REALE, op. cit., p. 254.

¹⁸⁷GUSMÃO, op. cit., p. 251.

¹⁸⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 136

lhe foi imposto, por meio de procedimento judicial (ação). Daí a se afirmar que o poder jurídico é consequência lógica do direito subjetivo, quando violado.

Assim, possuindo o interessado as condições exigidas no edital, terá a Administração Pública o dever jurídico de não impedir a sua participação do procedimento licitatório e, em caso de inobservância desse dever, poderá o particular exigir seu cumprimento, sendo-lhe facultado, inclusive, utilizar os meios judiciais se necessário.

A mesma faculdade lhe assistirá caso a Administração institua no instrumento convocatório condições desarrazoadas que restrinjam a competitividade da licitação, caso desrespeitadas as condições previstas no edital ou o procedimento estabelecido pela Lei n. 8.666/93, ou ainda, quando imposta aos possíveis licitantes restrições que não possuam respaldo legal.

Em todos esses casos restará caracterizada a violação do direito subjetivo de licitar, surgindo, conseqüentemente, o poder jurídico do interessado de exigir judicialmente a sua participação no certame.

Nesse aspecto, cabe observar que o Mandado de Segurança – previsto pelo artigo 5º, inciso LXIX e LXX da CF¹⁸⁹ e regulamentado pela Lei n. 12.016/09 – é um importante instrumento para garantir aos licitantes o direito de exigir a participação no certame, como também a idoneidade do procedimento quando processado em desacordo com as normas legais ou condições previstas no edital, princípios da impessoalidade, legalidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, publicidade, entre outros.

A respeito da utilização do aludido remédio constitucional no caso de afronta aos direitos dos licitantes assevera Meirelles:

“O mandado de segurança presta-se à invalidação de atos ilegais e ofensivos a direito líquido e certo do licitante (Constituição Federal, art. 5º LXIX e LXX). É pacificamente admitido para a anulação do procedimento licitatório ou de atos parciais desse procedimento, tais como o edital, a habilitação, o julgamento das propostas, a adjudicação do objeto da licitação e até mesmo do contrato ilegalmente firmado. O essencial é que o ato impugnado contenha ilegalidade, por infringência frontal das normas regedoras da licitação, ou por desvio de finalidade, ou por abuso de poder.

Pelo mandado de segurança pode-se obter a anulação do ato ilegal e o restabelecimento do direito próprio, líquido e certo, do impetrante, negado

¹⁸⁹Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

ou omitido na licitação. O que o Judiciário não pode é substituir a Administração na prática de atos que são privativos da autoridade administrativa. Concedendo a segurança o juiz ou o tribunal não praticará estes atos, mas determinará que a autoridade competente os pratique em conformidade com a lei e o edital.¹⁹⁰

Cabe observar, no entanto, que controle exercido pelo Poder Judiciário será apenas de legalidade, como bem pondera Meirelles:

As decisões e atos praticados na licitação ou na formalização e execução dos contratos ficam sujeitos a correção judicial pelas vias processuais adequadas. Essa correção, entretanto, restringe-se ao controle de legalidade, visto que o mérito do ato administrativo, ou seja, os motivos de conveniência e oportunidade da licitação e a valoração das vantagens e desvantagens das propostas, é de exclusiva alçada da Administração, segundo o critério estabelecido no edital.

O que o Judiciário afere e decide é a conformidade do procedimento administrativo da licitação com as normas legais e especiais que a regem, consubstanciadas na lei, no regulamento e no edital.¹⁹¹

Exercido o direito de ação caberá ao Judiciário, portanto – ainda que restrito ao controle de legalidade dos atos praticados no procedimento licitatório–, a tarefa de restabelecer o direito de licitar quando indevidamente negado pela Administração Pública ao licitante.

¹⁹⁰MEIRELLES, op. cit., p. 185/186.

¹⁹¹MEIRELLES, op. cit., p. 183/184.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito representa a evolução dos Estados Liberal e Social, uma vez que incorpora os direitos já reconhecidos nos modelos anteriores e reconhece à população novos direitos, especialmente o de participar efetivamente da gestão da coisa pública.

Não é por outra razão que Sundfeld afirma que nesse regime, os direitos individuais – limitados, no modelo Liberal, à proteção das manifestações individuais em face do poder – são ampliados, reconhecendo-se aos indivíduos, direitos como a liberdade de expressão, de pensamento e de imprensa, de reunião, de informação, entre outros.¹⁹²

O modelo, adotado pela Constituição Brasileira de 1988, tem como fundamentos o princípio da legalidade, da separação de poderes, o reconhecimento de direitos e garantias individuais, e a participação popular no exercício do poder.

Nesse regime, a Administração Pública tem o dever não apenas de submeter-se ao princípio da legalidade administrativa, mas também de divulgar todos os atos que pratica, permitindo aos administrados participar do processo de tomada de decisões e também exercer o controle de sua atuação.

Entre os deveres impostos à Administração destaca-se a obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório para contratação de obras ou serviços e para aquisição ou alienação de bens, restando clara a existência do direito subjetivo das pessoas físicas e jurídicas de tomar parte nessa modalidade de certame público. Negar tal direito seria, em última análise, permitir à Administração Pública escolher arbitrariamente – e, eventualmente, com finalidade distante do interesse público –, entre alguns poucos privilegiados que teriam direito de disputar a celebração de contratos administrativos.

O direito de licitar, no entanto, não se resume a simples participação no certame. Apresenta diversos desdobramentos – de observância obrigatória aos entes públicos – tal como a prerrogativa do licitante de ser tratado da mesma forma que os demais interessados em contratar com a Administração e os deveres, atribuídos ao ente público, de observar o procedimento estabelecido na lei e as condições previstas no edital, de julgar as propostas de acordo com os critérios estabelecidos no instrumento convocatório, de divulgar os atos praticados no procedimento, entre outros. Tais desdobramentos compatibilizam-se

¹⁹²SUNDFELD, op. cit. p. 51.

perfeitamente com o regime democrático, sendo que sua inobservância, inevitavelmente, levará à violação do direito subjetivo do licitante.

Não se tratando de direito absoluto, porém, poderão ser instituídas condições para seu exercício, que poderá ser restringido nas hipóteses legais ou quando assim exigir a natureza do objeto contratado.

Preenchidos os requisitos legais e as condições previstas no edital, no entanto, terá a Administração o dever jurídico de admitir a participação do interessado no certame, tendo este o poder jurídico de exigí-la.

Caracterizada a violação a qualquer uma das prerrogativas inerentes ao direito de licitar, ou ainda, a ilegalidade de eventual restrição, poderá o particular recorrer ao Judiciário para compelir a Administração a cumprir os deveres jurídicos que lhe foram impostos – tal como é característico a Estado Democrático de Direito – assegurando-se a observância do direito de licitar em toda a sua extensão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a criação de um novo modelo*. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, tradução Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FRIEDE, Reis. *Curso de ciências políticas e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 9ª edición, Buenos Aires: Fundación del Derecho Administrativo, 2009.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª edição: Forense, 1998.
- JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. 7ª edición, Madrid: Tecnos, 2008.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO; Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014