

Cauê Vecchia Luzia

**CONTROLE DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS:
ASPECTOS DA TUTELA JURISDICIONAL DE CONTROLE DA
FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constituição, cidadania e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis
2013

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC

Luzia, Cauê Vecchia

Controle das Licitações Públicas [dissertação] : Aspectos da tutela jurisdicional de controle da função administrativa nas contratações públicas / Cauê Vecchia Luzia ; orientador, Luis Carlos Cancellier de Olivo - Florianópolis, SC, 2013.

231 p. ; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito Constitucional.. 3. Licitações Públicas.. 4. Controle judicial das contratações públicas.. I. Olivo, Luis Carlos Cancellier de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Campus Universitário – Trindade Caixa Postal 476
CEP: 88040-900 - Florianópolis - SC - Brasil
Fone: (48) 3721-9287 | Fax: (48) 3721-9733
<http://www.ppgd.ufsc.br/> E-mail: seccpgd@ccj.ufsc.br

**Controle das Licitações Públicas: aspectos da tutela
jurisdicional de controle da função administrativa nas
contratações públicas**

CAUÊ VECCHIA LUZIA

Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo
UFSC – Orientador

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
UFSC – Membro

Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr
EMP/SC – Membro

Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
UNIVALI – Membro

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do PPGD

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2013.

Dedico esta dissertação

*à minha família que, pelo amor e
confiança incondicionais, tornaram
possível a jornada*

*aos amigos Ricardo Anderle e
Marcus Vinicius, cuja vocação ao
sucesso inspirou o sonho*

AGRADECIMENTOS

Pinçar os nomes daqueles pelos quais nutro a gratidão do trabalho realizado não é tarefa fácil. A dificuldade que se tem para o agradecimento seletivo não está em decidir quem nominar, mas decidir quem não mencionar. Então, aos meus amigos que, de uma forma ou outra, suportaram o período de realização desta dissertação, gostaria de expressar meu profundo agradecimento.

Começando de onde se deve principiar, acima de tudo agradeço à minha família, onde estão os alicerces e arrimos que me possibilitam crescer em bases sólidas. Meu pai, Miguel, pela incondicional confiança em mim depositada. Minha mãe, Denise, pelas demonstrações de doçura em tempos diversos. Meu irmão, Pablo, pelas lições de que a vida deve ser compreendida pelo coração. Meu sobrinho, Miguel, pela pureza. Enfim, àqueles que sempre suportaram comigo as dificuldades a compreenderam as ausências, obrigado.

Sou grato aos mentores intelectuais deste trabalho. Agradeço ao professor Luis Carlos Cancellier de Olivo por ter aceitado orientar minha dissertação e por ter convivido com minhas dúvidas e inquietações sobre o tema pesquisado. Agradeço ao professor Joel de Menezes Niebuhr por dar vida ao tema pesquisado.

Registro meus obséquios aos amigos, novos e antigos, que emprestaram sua valiosa companhia para tornarem leve e palatável esta jornada. Obrigado Carol, Vicente, Fernanda e Leilane pela proximidade. Obrigado Rycharde e Gustavo pelo apoio.

Agradeço, por fim, aos colegas da Menezes Niebuhr Advogados Associados pela cooperação e oportunidade.

“É preciso insistir muito na necessidade de colocar, escancaradamente, as atividades da Administração à disposição do povo, da coletividade, ou, dizendo com todas as letras, de qualquer um. Por que? Porque este país é uma república, porque a idéia de república não comporta a idéia de classes, de castas, de pessoas privilegiadas”.

(Adilson Abreu Dallari, 2007)

RESUMO

O Estado tem o dever-poder de promover medidas em simetria com o interesse público, estando a administração pública investida de privilégios e prerrogativas capazes de concretizar a tarefa de gerir os recursos materiais para aquela finalidade. Porém, a administração pública é limitada e, não raras vezes, vê-se incapaz de atender suas finalidades por seus próprios meios, tornando necessária sua interação com terceiros através de contratações públicas. As contratações públicas geram significativos benefícios aos particulares e, reflexamente, a realização do interesse público depende da correta contratação. A licitação pública é o procedimento pelo qual, como regra, a administração desenvolve o processo de contratação e, portanto, é pelo processo licitatório que o Estado visa à obtenção dos meios para a satisfação do interesse público. Falhas ou irregularidades no processo licitatório fatalmente comprometerão a satisfação dos anseios coletivos. Com efeito, os instrumentos de controle da função administrativa têm a finalidade de evitar que irregularidades no procedimento frustrem o interesse público. O controle é atividade de vigilância, orientação e correção da atuação administrativa e, como tal, situa-se em dois planos: o controle interno, exercido intimamente pela própria administração; e, o controle externo, exercido pelas pessoas legalmente investidas de função controladora. Por sua vez, a atividade precípua do Poder Judiciário é resguardar a plena vigência do ordenamento jurídico, desempenhando seu papel com poder típico de controle. O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as licitações públicas envolve investigação sobre os aspectos da legalidade e legitimidade do processo. De um lado, o confronto do enunciado administrativo com a redação explícita da lei marca o controle sobre a legalidade da atuação. Por sua vez, a apuração acerca do grau de atendimento aos postulados principiológicos baliza o controle da legitimidade do exercício funcional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Licitações Públicas. Controle judicial da função administrativa. Separação dos Poderes. Acesso à justiça. Legalidade. Legitimidade.

ABSTRACT

The State has the obligation to promote actions in symmetry with the public interest, so public administration is vested with rights and privileges that make her capable of completing the task of managing the material resources for that purpose. But the State is limited and, often, sees himself incapable to meet their goals by his own means, requiring interaction with others via public contracting. Public hiring generate significant benefits to contractors and, reflexively, the realization of the public interest depends on the correct hiring. The public bidding is the procedure by which, mostly, the public administration develops the hiring process and therefore is by the bidding process that the State seeks to obtain the means to satisfy the public interest. Flaws or irregularities in the bidding process fatally compromise the satisfaction of collective aspirations. Indeed, the tools to control the administrative function are intended to prevent that irregularities in the procedure frustrate the public interest. The control is activity designated to observe, guide and correct the administrative action and, as such, is located on two levels: the internal control exercised intimately by the own administration; and, the external control exercised by the persons legally vested with controlling function. In turn, the core activity of the judiciary is to protect the full force of the law, playing his role with typical powers of control. The control exercised by the judiciary on public procurement involves research on aspects of the legality and legitimacy of the process. On one hand, the comparison of the process with the law marks the control over the legality of the action. In turn, the determination of the extent of compliance with the juridical principles marks the control the legitimacy of functional exercise.

Keywords: Constitutional Law. Administrative Law. Public Procurement. Judicial review of administrative function. Separation of powers. Access to justice. Legality. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO	23
2.1 FUNÇÕES DO ESTADO	23
2.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: FONTE EMISSORA DE ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS	37
2.2.1 Atuação procedimentalizada e finalística.....	37
2.2.2 Interações no espaço público e a tendência de fuga do controle	53
2.3 CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO	58
3 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	83
3.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL NO CENÁRIO BRASILEIRO.....	84
3.1.1 Amplitude da disciplina constitucional	85
3.1.2 Multiplicidade de diplomas legislativos.....	93
3.2 LICITAÇÃO PÚBLICA: FUNÇÃO ADMINISTRATIVA CONCRETA.....	96
3.2.1 Revisitação aos princípios setoriais.....	96
3.2.2 Aspectos finalísticos.....	100
3.2.3 Aspectos procedimentais.....	110
3.2.4 Atuação encadeada direcionada ao interesse público	121
4 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	141
4.1 A ESSENCIALIDADE DO CONTROLE DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	147
4.2 CONTROLE JUDICIAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	152
4.2.1 Controle da legalidade	160
4.2.2 Controle da legitimidade.....	171
4.2.3 Principais Instrumentos de Controle Judicial	195
5 CONCLUSÕES.....	203
REFERÊNCIAS	207

1 INTRODUÇÃO

À administração pública foi confiado o título de curadora do interesse público. Prerrogativa, esta, que marca e dá sentido à existência e movimentação do vultoso aparato estatal e, ainda, que justifica a posição de destaque e superioridade da qual o poder público se investe nas relações que participa. As interações entre administração pública e sociedade ocupam relevante parcela das atividades estatais. Sem embargos, quando incapacitado de atender por seus próprios meios aquilo que reclama o interesse público, o Estado contrata a tarefa com terceiros, lançando mão do adequado instrumento. As contratações públicas, por corolário do texto constitucional, perpassam pelo regular processo seletivo, corporificado através de procedimento formal denominado licitação pública.

Por outro lado, o Poder Judiciário é investido da prerrogativa de tutelar a ordem jurídica vigente, detendo em seus comandos a qualidade de instância última de imposição cogente do direito. A prerrogativa de provocação à prestação jurisdicional do Estado está inscrito no altiplano dos direitos e garantias fundamentais existentes no texto da Carta Política. A inafastabilidade da apreciação judicial desborda em dupla garantia, de um lado, a prerrogativa de provocação das instâncias judiciais em razão de lesão ou ameaça a direito e, noutra vértice, o dever de prestação da tutela judicial de forma satisfatória ao jurisdicionado.

Todavia, os Poderes Executivo e Judiciário não se confundem, tampouco seus agentes podem travestir-se nas competências uns dos outros. Amalgamadas desde sua origem e por toda sua existência, as funções administrativa e jurisdicional devem conviver em ambiente cooperativo e harmônico, evitando indesejáveis intromissões que venham a desequilibrar a simetria do sistema. Não é dado à administração pública a prerrogativa de romper com o império do ordenamento jurídico. Assim como o Poder Judiciário não guarda competência para gerir o interesse público.

Sucedem que a ocorrência de interferências é inevitável, porque inerente à composição tripartida do Estado Democrático de Direito e seu princípio republicano. No desempenho de suas atribuições, o liame de interferências entre os Poderes Executivo e Judiciário é tênue, correspondendo verdadeira zona cinzenta de definições.

Esse cenário evidencia o desafio colocado à análise na presente pesquisa. Esta dissertação tem como tema o controle das licitações

públicas, mais especificamente, os aspectos da tutela jurisdicional de controle da função administrativa nos processos de contratação pública.

Como objetivo geral da presente pesquisa, busca-se compreender, em teoria, os aspectos inerentes ao controle judicial exercido sobre os processos licitatórios, suas dimensões e elementos destacados que perfazem o exercício de sindicância judicial da legalidade e legitimidade em relação ao desempenho da função administrativa na condução dos processos de contratação públicas.

Ademais, como objetivos específicos, a presente pesquisa visa (i) apresentar as características que marcam o exercício da função administrativa do Estado, em relação à sua forma e método de expressão; (ii) analisar o regime jurídico das licitações públicas, com vistas às suas características principiológicas e sua forma procedimentalizada; e, (iii) conceituar os gêneros do controle sobre a função executiva e espécies de sindicância sobre as contratações públicas.

Com efeito, a presente pesquisa será inaugurada com capítulo dedicado ao estudo da teoria do controle da função administrativa do Estado, objetivando compreender o regime jurídico e a hermenêutica que devem nortear o uso dos instrumentos de tutela de direitos utilizados em desafio à atuação estatal arbitrária. A análise perpassará pela verificação panorâmica do problema afeto às funções do Estado, assim como por algumas reflexões acerca do desempenho da função executiva. Os estudos serão orientados pela ideia de que a administração pública é dinâmica, atua em movimento, importando numa visualização procedimentalizada do desempenho da função.

Também, haverá abordagem acerca dos espaços de interação pública e a atual tendência de fuga dos mecanismos de controle. Por efeito, o foco final desta parte da pesquisa estará voltado à descrição dos meios de controle jurisdicional da função administrativa do Estado, compreendidos dentro da vocação natural do Poder Judiciário.

Por sua vez, o segundo capítulo buscará definir, da forma objetiva, o regime jurídico no ambiente das licitações públicas. Terá como referência o regramento constitucional e legal do regime licitatório brasileiro. Serão abordados os conceitos operativos inerentes aos processos de contratação pública. As análises transitarão pela identificação da disciplina jurídica aplicável aos processos licitatórios, desde o desenho do perfil constitucionalmente entalhado e até os regramentos infralegais de regência.

A abordagem será presidida pela percepção de que as contratações públicas são instrumentos adequados ao atendimento daquilo que, apesar de incapacitado por sua insuficiente disponibilidade estrutural ou técnica, o Estado tem o dever-poder de executar, disponibilizar ou entregar à sociedade. Sem embargos, a adequação da integração entre o poder público e o ambiente privado perpassa pela necessária observância do rito procedimental eleito pelo ordenamento jurídico, a saber: a licitação pública. A licitação pública é composta dos utensílios processuais suficientes à observância dos pressupostos de legitimação da contratação pública realizada, sempre orientada pelos vetores de isonomia, ampla competitividade e busca pela oferta mais vantajosa ao interesse público.

Neste capítulo serão revisitados os princípios jurídicos informativos ao processo licitatório, permitindo uma definição sistêmica dos postulados de isonomia, competitividade, seleção da proposta mais vantajosa, promoção do desenvolvimento nacional, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Ressaltar-se-á, a partir do conteúdo axiológico destes princípios, os aspectos procedimentais e o caráter finalístico dos processos licitatórios.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo apresentará a interseção entre os temas anteriormente versados, para a discussão proposta no título da presente dissertação.

A hipótese que será avaliada tem como matéria a ideia de que o tema pesquisado, de controle da função administrativa, revela-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Para além de instrumento de proteção do regime jurídico vigente, os mecanismos de controle prestam-se à aferição da legitimidade das relações desencadeadas no cenário de interação pública e, ainda, investigação acerca dos elementos subjetivos inerentes à moralidade que deve motivar a atuação pública. Os mecanismos de controle engendram, em si, o poder para censurar atuações reputadas írritas aos preceitos informativos da ação pública, sobretudo a legalidade e legitimidade.

Neste capítulo serão contrastadas as ideias de separação das funções estatais e de inafastabilidade da apreciação judicial, sobretudo em relação à permissão de intervenção do Poder Judiciário na atividade licitatória desempenhada pelo Poder Executivo. Anotar-se-á a essencialidade dos instrumentos de controle das licitações públicas. Ademais, investigar-se-á as dimensões da legalidade e da legitimidade sobre as quais o Poder Judiciário exerce o controle das contratações

Públicas. De um lado, o confronto do enunciado administrativo com a redação explícita da lei marca o controle sobre a legalidade da atuação. Por sua vez, a apuração acerca do grau de atendimento aos postulados principiológicos baliza o controle da legitimidade do exercício funcional.

Na realização deste trabalho monográfico adotar-se-á o método dedutivo de pesquisa, com a técnica da documentação indireta através de pesquisa bibliográfica e documental.

-----XXX-----

2 CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

No exercício da função administrativa pelo Estado, não raras vezes, atuações írritas ao ordenamento jurídico, praticadas por autoridades públicas ou por quem lhes façam as vezes, geram danos aos seus destinatários. As interferências arbitrárias, assim ditas aquelas adjetivadas como ilegais ou abusivas, na esfera jurídica da pessoa a quem está endereçado o enunciado administrativo exigem institutos de censura e reparação. Aí, intrínsecos à arquitetura do Estado contemporâneo, sustentam-se os mecanismos e instrumentos jurídicos de tutela e controle postos à disposição da própria administração pública, para que lhe possibilite a revisão do ato em sua intimidade, e aqueles facultados aos prejudicados, para que possam provocar o exercício de atividade revisora.

A existência de um regime de controle da função administrativa do Estado, em relação aos atos dele emanados, justifica-se no expresse propósito de composição de um Estado de Direito. Dentre seus fundamentos, os mecanismos e instrumentos de tutela estão insculpidos na pedra fundamental indispensável à limitação do poder pelo poder. E, em relação aos seus objetivos, aquele regime jurídico tem como finalidade impedir, cessar e reparar as violações e coações praticadas, para que se permita restaurar o reinado da lei, que fora momentaneamente interrompido pela prática arbitrária.

Neste cenário, a presente pesquisa é inaugurada com capítulo dedicado ao estudo da teoria do controle da função administrativa do Estado, objetivando compreender o regime jurídico e a hermenêutica que devem nortear o uso dos instrumentos de tutela de direitos utilizados em desafio à atuação estatal arbitrária. Em atenção ao recorte metodológico que se impôs, o foco final e principal deste terço de pesquisa será abordar os meios de controle jurisdicional da função administrativa do Estado, compreendidos dentro da vocação natural do Judiciário.

Como prefacial indispensável, o estudo, que o presente fragmento de pesquisa se propõe, perpassa pela verificação panorâmica do problema atinente às funções do Estado, bem como por algumas reflexões acerca do exercício da atividade administrativo, cujas investigações devem ser acompanhadas dos conceitos e definições inerentes à sua movimentação.

2.1 FUNÇÕES DO ESTADO

O conceito de Estado remonta à antiguidade, tão remota quanto seu próprio surgimento. Vem evoluindo desde a *polis* grega e da *civitas* romana e, a partir da idade média, o termo passou a ser empregado em referência à ordem pública constituída. Em seu aspecto dinâmico, a concepção de Estado passou por significativas e paradoxais alterações, transitando por entre concepções absolutistas, liberais, sociais e democráticas. Este arcabouço teórico, construído e lapidado ao longo de inúmeras gerações, impulsionou fossem concebidas teorias diversas, em número e em conteúdo, para conceituar o Estado.

Sem se ater a nenhum esforço histórico de teorias sobre a origem e elementos do Leviatã, que não é foco desta abordagem, empresta-se a concepção delineada por Miguel Reale para definir os contornos do Estado. Segundo o autor, o Estado detém, como elemento central, a prerrogativa de disciplinar as formas e os processos de execução coercitiva do direito, ou seja, seu signo consiste na titularidade exclusiva da prerrogativa de sancionar. Nas palavras do autor:

Visto sob esse prisma, que é o Estado?

É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mais certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante ensinamento de Laband, tem a “competência da competência”.¹

As relações entre o Estado e seus habitantes existem desde sempre, ainda que em sua origem não tenham assumido contornos de uma disciplina jurídica específica. Porém, em suas remotas raízes, sobretudo na monarquia absolutista, os particulares eram encarados como um objeto do poder e atuação estatal, sem quaisquer direitos ou garantias em face do governante, a quem assistiam prerrogativas

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

ilimitadas em relação aos fins que poderia perseguir e os meios que poderia empregar.

A disciplina jurídica que permeava tais relações, como recorda Agustín Gordillo, estava sustentada na máxima segundo a qual o Rei não poderia errar (“*le Roi ne peut mal faire*” ou “*the King can do no wrong*”). Para o autor, ainda que represente uma regra impraticável nos dias atuais, a concepção da época permitia a existência de um princípio jurídico pela qual se reconhecia a inexistência de limites ao poder do monarca, no que diz respeito aos atos que dele emanavam.²

O denominado Estado de polícia era sustentado em princípios que aproximavam as idéias de soberania e polícia, estruturado em ideais como o da idemandabilidade e irresponsabilidade do soberano, da natureza divina dos atos do príncipe, da dupla personalidade do Estado soberano e arrecadador e, ainda, da justiça retida. Neste ambiente é que se desenvolveram as atuações do soberano esclarecido, que a ninguém prestava contas.

Sem quaisquer meios de defesa, o povo, súdito e submisso, era alvo de toda sorte de abusos e arbitrariedades. Relata a história que os excessos eram constantes na atuação do soberano. Daí que, este cenário impulsionou um longo e complexo processo de reestruturação da vida política, no que diz respeito às relações entre Estado e seus habitantes. As reações foram diversas, desde o nascimento do constitucionalismo nos Estados Unidos da América, a eclosão da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem, dentre outros momentos históricos, que contribuíram fortemente na desconstrução da concepção monárquica de Estado e na construção de um novo modelo de titularização do poder.

A reestruturação do Estado não se deve ao sucesso de apenas um ou outro acontecimento histórico, mas sim deriva da soma de todos os avanços atingidos. Os processos de conscientização em alguns casos, somados a rupturas abruptas noutras hipóteses, trouxeram às luzes os maléficos efeitos que a concentração do poder tinha sobre a liberdade e a vida dos homens. Esta foi a percepção que sensibilizou os desafiadores estudos de Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente Barão de Montesquieu, que traçou em suas linhas a revolucionária idéia de que a fragmentação do poder, em funções distintas, possibilitaria instrumentos eficazes de contenção e temperança do próprio poder.

² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. II-1 / II-2.

Celso Antônio Bandeira de Mello bem relembra o espírito que motivou e impulsionou o pensamento do autor francês:

[...] é uma experiência eterna de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.

[...]

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e os de julgar as questões dos particulares.³

A repartição das funções do Estado foi antevista nos textos de Aristóteles, assim como acompanhou os escritos de Locke e Kant, mas foi nas lições do precitado autor francês – o Barão de Montesquieu, na célebre obra intitulada *Espírito das Leis* – que a divisão das atividades estatais foi substancialmente estruturada e sistematizada.

O ideal, a essência da doutrina da separação das funções estatais reside na contenção do poder. Daí, fácil compreender que a composição fragmentada das funções corporifica um dos principais instrumentos de garantia da liberdade. Quando inexistentes meios de contenção do poder, a atuação desinibida desbordava em práticas tirânicas. Do contrário, os

³ SECONDATT, Charles-Louis de. *L'Ésprit des Lois*. (In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 29-30).

muros erguidos pela composição partilhada das funções estatais, por si apenas, geram ambiente favorável à garantir liberdade e igualdade. Nas palavras de Marcos Bernstein Seixas:

Se o poder do Estado é tal que é impossível fazer frente a ele, deve-se dividir esse poder, ou como se verá mais corretamente, se deve dividir o exercício desse poder para que uma parte do poder estatal seja exercido por um grupo de pessoas diferentes daquelas que exercem outra parcela desse poder, a fim de que cada grupo não se permita o exercício arbitrário do poder pelo outro. Desse raciocínio é lícito deduzir o que hoje costuma-se chamar de princípio da separação dos poderes.⁴

Nessa doutrina reside o germen de criação do Estado de Direito, compreendido através da idéia de que ao mesmo tempo em que o poder estatal tem a prerrogativa de criar a norma, tem ele, também, o dever de subjugar-se a ela. Daí o adágio suporta a lei que fizeste (“*patere legem quam fecisti*”) enunciado por Léon Duguit.

A concepção do *rule of Law, not of men*, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho⁵, prosperou com tamanha força que no mundo jurídico ocidental foi elevada à condição de postulado fundamental. Onde, também nasce a concepção abstrata e geral de que o Estado é o agente promotor do bem comum e tutor do interesse público, tal qual hoje compreendida.

Prevalece⁶, nos regimes ocidentais atuais, a concepção de que são a legislativa, a executiva (leia-se administrativa) e a judicial as três

⁴ SEIXAS, Marcos Bernstein. *A evolução da Teoria da Separação dos Poderes do Estado*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 326, p. 107, abril 1994.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 2.

⁶ A despeito da consagrada aceitação da tripartição de funções do estado, há, todavia, autores que aludem a um número diferente de funções. Celso Antônio Bandeira de Mello ilustra com as lições de Hans Kelsen (*Teoria General Del Derecho y des Estado*, 1950, pp. 268-269) e de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1979, pp. 24-33) a existência de teorias que pregam a ocorrência de duas funções distintas nas atividades estatais. Assim como, ao lado daqueles que reduzem o número, o autor recorda que nos textos de Francis-Paul Benoît (*Le Droit*

funções de atuação estatal. Desta tripartição, explicitamente adotada e citada em diversas constituições vigentes, deriva o conjunto de competências que integram o campo precípua de atuação de cada um dos poderes, que, em linhas gerais, encerram: ao legislativo a prerrogativa de formular a norma de direito positivo; ao executivo a atribuição de aplicar a lei de ofício; e, ao judiciário a competência aplicar contenciosamente a lei.⁷

Dessa tripartição não decorre uma verdade pronta e inflexível, mas se consagra na objetividade didática de interpretação e estudo que possibilita. E assim, como construção ideológica que permite invulgar compreensão dos movimentos do poder, a teoria foi consagrada juridicamente. Sua proveitosa aceitação nos regimes constitucionais, tal qual uma solução normativa capaz de iniciar os alicerces da construção do chamado sistema de freios e contrapesos, mecanismo de equilíbrio e harmonia entre as funções exercidas.

Em verdade não há uma fragmentação absoluta, uma separação inflexível, mas, sim, há uma partilha de funções. O Estado governa por seu poder, que é uno e indivisível, mas compartilha sua extraordinária gama de deveres e misteres em esferas distintas, concebidas com vocações primordiais ou precípua de atuação, não estanques, tampouco exclusivas.

Significa dizer que não há exclusividade no exercício das funções, mas, sim, há preponderância. Embora a razão de ser de cada atividade deva se resumir à sua função correspondente, diz-se que são funções precípua ou típicas, pois incumbe aos poderes do Estado o exercício de funções administrativas inerentes aos seus funcionamentos e, em casos autorizados por lei, o desempenho delegado de atividades que materialmente deveriam pertencer a outros poderes. Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles:

Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a privatidade de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os

Administratif Français, 1968, pp. 27-52) e de Otto Mayer (*Le Droit Administratif Allemand*, 1903, pp. 1-14) são identificados um número maior de funções estatais. (In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 29-30.

⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19).

poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro poder.⁸

O que há na realidade, portanto, não é a separação incondicional do poder de Estado, mesmo porque este é uno e indivisível, mas sim há uma distribuição harmônica de suas funções precípua entre órgãos independentes, porém equilibrados, sem que haja a supremacia de qualquer um sobre os demais. Significa dizer que o Estado administra pelos três poderes, não obstante a função de regência corresponda, por excelência, ao Executivo. Da mesma forma, o Estado legisla pelos três poderes e julga pelos três poderes, embora tais funções caibam, por excelência e respectivamente, ao Legislativo e ao Judiciário.

Em nossa realidade, são bastante latentes as evidências de que as funções estatais transitam indistintamente em todos os órgãos que a compõem. A título ilustrativo, sublinhe-se a natureza legiferante das propostas de lei de iniciativa do Executivo e da elaboração dos regimentos internos dos tribunais que compõem o Judiciário; ainda, a natureza judicante do conselho administrativo de recursos fiscais, integrante do Executivo, e no julgamento dos crimes de responsabilidade pelas casas do Legislativo; e, por fim, a natureza administrativa impregnada na capacidade de gestão de seu próprio orçamento ou na capacidade-obrigatoriedade de licitar também reconhecidas ao Legislativo e Judiciário.

Dito que, para além de suas atribuições primordiais, cada um dos poderes pode, excepcionalmente, exercer atividades típicas dos demais, encara-se o problema da identificação de critério capaz de aferir a natureza da função a que determinado ato se vincula.

A doutrina moderna divide-se em relação a identificação de tal critério de aferição, aportando em três conclusões distintas. A primeira corrente sustenta que a identificação da função pode ser exercida por um critério orgânico ou subjetivo, que simplifica a natureza do ato através de quem o produziu. A segundo vertente firma sua convicção num critério objetivo material, pelo qual a natureza da função seria reconhecível através dos elementos intrínsecos a ela, ou seja, os efeitos

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

gerados a partir do ato é que irão dar-lhe identidade. Por fim, a terceira corrente elege critério objetivo formal, que se apegua à idéia de que a função pode ser identificada pelas características que o direito reputa à ela.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antonio Bandeira de Mello, diante de fragilidades apontadas em cada uma das primeiras correntes, que não vem ao caso a transcrição, a vertente mais adequada seria aquela terceira, porque é nela onde se privilegia a superioridade da lei a toda e qualquer autoridade estatal.⁹

A partir do critério eleito, é possível confiar à função legislativa a atribuição através da qual o Estado, e apenas ele, formula a norma geral e, normalmente, abstrata do direito positivo, capaz de inovar no ordenamento vigente e sustentada diretamente na constituição. É a atividade preponderante do Legislativo.

Por sua vez, a função jurisdicional é aquela pela qual o Estado, e somente ele, tutela a ordem jurídica e resolve conflitos concretos, mediante provocação, através de suas decisões impregnadas com força de comando imutável entre as partes. É a função pela qual se restaura a eficácia da norma de direito objetivo. Caracteriza o mister predominante do Judiciário.

A função administrativa, por fim, impõe ao Estado, ou quem lhe faça as vezes, o desempenho de comportamentos de natureza infralegal e, excepcionalmente, infraconstitucional. Sua atividade é de aplicação concreta das normas jurídicas primárias e abstratas, o que caracteriza sua atuação como fonte de produção de atos jurídicos complementares. Apresenta-se como parte das relações a que seus enunciados se referem, mas, como diferencial, assume posição de destaque e prevalência em tais relações, podendo, com força unilateral e cogente, imprimir validade a suas atuações. É o que primordialmente faz o Executivo.

De mais a mais, a interação entre os poderes do Estado, suas atuações interdisciplinares e conjugadas, resulta no exercício do governo, consubstanciado na condução dos negócios públicos. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, governo, em sentido formal, é composto pelo conjunto dos poderes de Estado; numa acepção material, é a interação das funções públicas; e, em aspecto operacional, é a gerencia política dos negócios públicos. Cabe sublinhar que alguns autores apontam esta como uma função autônoma do Estado.

⁹ Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 32-34.

Em linhas gerais, o governo traduz-se na “*expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente*”.¹⁰

Um longo caminho já fora percorrido, com avanços verdadeiramente substanciais na construção de um Estado de Direito que reverencie, sobre tudo, as garantias, liberdade e direitos que dele devem exalar. Do que já fora vencido, resultaram fortes colunas de sustentação do Estado Contemporâneo, sem as quais o retrocesso será inevitável.

Merece reparo o olhar que Bruce Ackerman lança, nos dias atuais, sobre o princípio da separação das funções estatais. Em um de seus recentes ensaios, é a partir da constatação dos benefícios auferidos que o autor registra seu apreço pela ideia de exercício compartilhado do poder. Em sua percepção, a fragmentação da titularidade do poder é legitimada na medida em que permite o alcance de três ideais, que, segundo ele, são:

O primeiro ideal é a democracia. De uma forma ou de outra, deve servir (ou dificultar) ao projeto de auto-governo do povo. O segundo ideal é a especialização. As leis democráticas permanecerão puramente simbólicas a menos que os tribunais e órgãos administrativos sejam capazes de implementá-las de maneira relativamente imparcial. O terceiro ideal é a proteção e valorização dos direitos fundamentais. Sem estes, o regime democrático e a administração especializada poderão facilmente tornar-se instrumentos de tirania.¹¹

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

¹¹ Tradução livre: “*The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny*”. (In: ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-725, janeiro 2000, pp. 639-640).

Todavia, ainda não se chegou a um fim. Há muito que percorrer, mesmo sabendo que o provável é que nunca se alcance o estado de maturidade política e científica plena que se deseja. Isto porque as pretensões de construção daquele ideal vivem em constante tensão com a natureza do detentor do poder, que, revivendo o citado Barão de Montesquieu, tende a testar e expandir os confins do poder que titulariza.

Não raras vezes se vê algum resquício de autoritarismo, de absolutismo ou de qualquer outra tendência de força presente nas incursões e atuações do Estado. Mas, quando de frente a situações tais, é sempre imprescindível que se coloque as hipóteses e teorias à prova dos fatos. Eis o sensível alerta feito por Agustín Gordillo:

O exposto no § 2 [capítulo dedicado ao nascimento e evolução do constitucionalismo] serve como advertência que, se realmente nos situamos em uma era constitucional e se abandonamos o sistema da monarquia absolutista, não podemos manter qualquer das hipóteses jurídico-políticas que se construíram para este último regime e que somente com ele tem sentido e fundamento prático. Nenhum justificativa, nem jurídica, nem política, nem mesmo ética, pode ter a pretensão de aplicar ao Estado moderno os critérios pelos quais funcionavam os governos absolutistas do passado e alguns contemporâneos. No entanto, em numerosas doutrinas entre autores que mantêm ainda hoje, talvez não com expresso propósito, como legado de um passado espúrio, inclusas idéias deste passado recente. É esta uma espécie de convicção nacional e internacional do direito administrativo, manter-se atado às concepções do passado, sem a suficiente autocrítica que lhe possibilite situar-se no presente com um mínimo de racionalidade necessária para enfrentar o futuro de constantes mudanças.¹²

¹² Tradução livre: “Lo expuesto en el § 2 es para advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, no podemos mantener las hipótesis jurídico-políticas que se construyeron para esta última y que sólo con ella tienen sentido y fundamento empírico. Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aun ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los

Nas edições anteriores de seu tratado de direito administrativo, o citado professor argentino conclamava aos juristas o irrenunciável dever de permanecer atentos diante de possíveis pregações arraigadas ao nebuloso passado, que deverão ter sua filiação histórico-política e falsidade conceitual imediatamente denunciadas. Encoraja aos estudiosos que valorizem, acima de tudo, a real significância e vigência dos princípios do Estado de Direito.¹³

Agregando-se ao Estado de Direito, hodiernamente, consolida-se a ideia de constitucionalização do direito, por meio da adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como instrumentos axiológicos de criação, interpretação e aplicação do direito. Gustavo Binenbojm ressalta que:

Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e *para além* da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (IV) admitirem um espaço próprio para as *autoridades administrativas independientes* no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem

cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado y algunos contemporáneos. // Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, quizás sin proponérselo expresamente pero en todo caso como un legado espurio del pasado, incluso del pasado reciente. Es ésta una suerte de condena nacional y a veces internacional del derecho administrativo, seguir atado a concepciones del pasado sin la suficiente autocrítica como para situarse en el presente con un mínimo de racionalidad que enfrente al futuro siempre cambiante". (In: GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 10ª Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. II-16).

¹³ É valiosa a cita literal da referência passada: "*La irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas como erróneas, denunciar su filiación histórico-política y su falsedad en el confronte con los hechos y en función de ello suprimirlas cuando corresponda, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho. // La tarea no es fácil". (In: GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. II-12).*

ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.¹⁴

Esse paradigma revigora a força normativa emanada do ordenamento constitucional. No campo de atuação administrativa, a constituição, e não mais apenas a lei, exerce papel central de legitimação. A noção de interesse público, assim como sua difundida ideia de supremacia, passa a dialogar com os direitos fundamentais e valores metaindividuais constitucionalmente consagrados. A estrutura orgânica da administração pública abandona a postura retilínea de uma hierarquia concentrada, dando lugar a uma composição plural e democrática voltada à utilização de instrumentos técnicos e jurídicos capazes de conferir alto grau de eficiência. A discricionariedade supera a ideia de liberdade de escolha para convolar-se em técnica de legitimação da função administrativa, situando-se em campo de incidência direta de princípios jurídicos. Enfim, o ordenamento constitucional assume textura concreta dentre as diretrizes normativas da atuação estatal, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana. Propõe-se uma releitura dos institutos e conceitos à luz dos princípios constitucionais.

Os tradicionais conceitos operacionais não resistem íntegros diante da emergência do constitucionalismo e da consagração dos direitos fundamentais. A dogmática administrativa passa a lançar olhar crítico sobre seus instrumentos de trabalho e, alicerçada sobre a textura constitucional, passa a conjugar sua afirmação através de instrumentos como a proporcionalidade, a juridicidade, os graus de vinculação da atuação administrativa e o pluralismo subjetivo na estrutura organizacional do poder.

Porém, como adverte Gustavo Binbenbojm, a constitucionalização do direito administrativo trouxe a reboque novas patologias, principalmente, a chamada constitucionalização às avessas. É o que ocorre quando escapa à percepção do operador jurídico o fato de que a Carta Constitucional deve ser vista como texto de elevada magnitude e significância jurídica, resultando numa indesejável ordinarização do ordenamento constitucional.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador: IBDP, n° 13, março/abril/maio, 2008, p. 7. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

Para o autor, a proximidade que se propõe entre o ordenamento constitucional e as relações interpessoais pode induzir à – errônea – percepção de que a Constituição pode ser vulgarmente manipulada. E não há nada mais incompatível com o ordenamento constitucional que seu reformismo crônico. Demais disso, o emprego de miudezas no texto constitucional, afora engessar o Estado, alavancará instrumentos corporativistas e casuístas ao lado de garantias e direitos verdadeiramente constitucionais.¹⁵

Entre críticas, o que não se pode esquecer é o valor da história, sobretudo, pelo que aqui se defende, a significância do abandono dos postulados que fundamentaram o exercício desenfreado do poder, e que em seus lugares foram alçadas garantias e direitos em favor dos cidadãos.

Nos largos passos da história, o processo de estruturação das relações no campo público vivenciou incontáveis mutações, desencadeadas pelas diversas ideologias e concepções formuladas, desde os ideais sociais às visões neoliberais. O que é irrefutável e visto a olhos nus é a sensível redução dos espaços políticos e sociais, através de um irreversível processo de fuga do direito público para o direito privado.¹⁶

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador: IBDP, n° 13, março/abril/maio, 2008, pp. 32-35. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

¹⁶ Vinicius Marins alerta para uma crise na clássica dicotomia estabelecida entre direito público e direito privado. Segundo o diagnóstico feito pelo autor, acudido pelas lições de Sabino Cassese e Michel Miaille, a atuação do Estado vem se mostrando cada vez mais privatística, privilegiando modelos nitidamente privados de gestão nas atividades públicas, tal qual o instituto da *atividade administrativa de direito privado* vivenciado no ordenamento jurídico italiano. Este fenômeno ocorre na tentativa de empregar mais eficácia e eficiência na ação governamental, que, incapaz de transpor as barreiras de sua burocracia, deixa um espaço aberto onde se instalam instrumentos jurídicos característicos do direito comum. Mas, em tom crítico, o autor alerta para a imprudência de se deixar que tais instrumentos privados transbordem dos espaços adequados para outros setores do Estado, sob pena de permitir que os interesses das classes economicamente dominantes travistam-se de interesses públicos (*In: MARINS, Vinicius. Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro*. Revista Jurídica, Brasília,

Mas, sobretudo neste atual cenário, fato é que não se pode esquecer o significado criado pelo ideário da composição fragmentada do Estado: a contenção do poder.¹⁷

Em nossa realidade atual, esse arcabouço de evoluções e concepções jurídicas deságua no preceito fundamental inscrito no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸, segundo

v. 7, n. 74, p. 01-26, ago/set 2005). No mesmo sentido é a profunda crítica tecida por Maria João Estorninho quando desenha a figura do *Estado esquizofrênico*, marcado pela assintonia de suas funções pela perda de sua identidade. Relata a autora: “*na verdade, é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenômeno, existam por vezes objetivos velados e sub-reptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de atuação, aos controles ou à responsabilidade. Na minha opinião, pode dizer-se que, ao longo dos tempos, a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado*” (In: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 67-68).

¹⁷ O verdadeiro legado da tripartição de funções é a forma de controle desempenhada sobre exercício de cada um dos poderes. Celso Ribeiro Bastos sublinha que: “*O traço importante da teoria elaborada por Montesquieu não foi o de identificar essas três funções, pois elas já haviam sido abordadas por Aristóteles, mas o de demonstrar que tal divisão possibilitaria um maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A ideia de um sistema de freios e contrapesos, onde cada órgão exerça as suas competências e também controle o outro, é que garantiu o sucesso da teoria de Montesquieu*” (In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p 149). No mesmo timbre diz Maurílio Maldonato: “*dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a ideia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive, a interdependência entre eles, ganha força a ideia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Ai estão presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes*” (In: MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro*. Revista Jurídica 9 de Julho. São Paulo: Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nº 2, p. 206, Jul. 2003).

¹⁸ Doravante denominada simplesmente Constituição Federal.

o qual “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Sua existência é, ainda, protegida com força de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, e artigo 85, inciso II, ambos da Carta Política, que censuram e reprimem qualquer tentativa de interferência na composição eleita.

2.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: FONTE EMISSORA DE ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS

Os movimentos do Estado têm como fonte primária o poder emanado do povo e devem, sempre, estar direcionados no sentido de sua finalidade ideológica, traduzida no bem comum, na ideia de que o governo se faz do povo e para o povo. É a partir de um elemento estático, sua composição orgânica, aliado a um elemento dinâmico, sua atuação, que o poder se faz presente no Estado. A atuação estatal se faz coerente pelo uso de sua potência organizacional, composta por sua pluralidade de órgãos sistemicamente organizados, e de sua potência imperativa, compreendida nos enunciados jurídicos endereçados à sociedade e ao próprio Estado.

2.2.1 Atuação procedimentalizada e finalística

A estruturação e atribuição de competências são tarefas dadas ao cargo do ordenamento constitucional, que as define em razão dos fins que se busca alcançar. Meio e finalidade são motes inseparáveis no desempenho das funções estatais, pelo que o primeiro isolado tornaria sem sentido a própria organização estrutural, e, a segunda relegaria seu conteúdo à pura utopia. É dizer que:

A justificativa ética do exercício do poder reside na retidão do ato em relação à finalidade específica da comunidade política, o bem comum. Poder e finalidade são os elementos essenciais do conteúdo constitucional. O Direito é o instrumento pelo qual se controla a preservação e correspondência entre os meios utilizados e os fins devidos. Sua incompatibilidade gera o abuso

ou excesso de poder, implicando na ilegitimidade de seu exercício concreto. (grifo acrescido).¹⁹

As finalidades, às quais devem estar direcionadas a atuação estatal, são aquelas traduzidas nos interesses públicos almejados, situados acima de qualquer homem, sobretudo acima do titular da função, e sustentam-se nos alicerces axiológicos da convivência em sociedade. Nessa composição, o Direito reconhece a existência de problemas inerentes à consecução destes interesses superiores. Daí que, objetivando conferir meios adequados para enfrentar e solucionar estas dificuldades, o ordenamento jurídico confere prerrogativas especiais aos titulares das funções públicas.

Essas capacidades exorbitantes são outorgadas ao titular do poder unicamente para que defenda e persiga o interesse público. O conjunto de competências jurídicas confiadas ao agente servem de instrumento para realização dos fins transcendentais protegidos pelo Direito. Não é dado ao agente usufruir desses poderes para a satisfação de suas vontades individuais e privadas. Os privilégios do agente estatal situam-se em relação aos meios que serão empregados quando em movimento, porém, em relação aos fins a autonomia de vontade do agente é extremamente reduzida ou até mesmo inexistente.²⁰

Como se vê, o poder atua por meio do Direito, encarregado de outorgar direitos públicos, reconhecer liberdades públicas e, ao mesmo tempo, controlar o exercício da força em razão dos fins que lhe são atribuídos. A extensão do poder está circundada pelos limites que o Direito lhe impõe. A liberdade de ação estatal e as garantias individuais que o Direito estabelece atuam reciprocamente como fonte e limites de seus respectivos exercícios. Toda atuação estatal está inexoravelmente empenhada em relação ao fim que o interesse público almeja, traduzido em última instância no bem comum.

¹⁹ Tradução livre: “*La justificación ética del ejercicio del poder está dada por la rectitud en el obrar con miras al fin específico de la comunidad política, el bien común. Poder y fin son los elementos esenciales del contenido constitucional. El Derecho es el instrumento por el cual se controla la continuidad y correspondencia entre los medios utilizados y los fines debidos. Su incompatibilidad genera el abuso o exceso del poder, que implican la ilegitimidad de su concreto ejercicio*” (In: DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. 1ª Ed. Madrid: Ciudad Argentina, 2003, p. 50).

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 91-92.

A interação entre Estado e sociedade, cujo sentido reside exatamente na existência de fonte e destinatário da ação, dá-se pela comunicação travada entre o centro de poder e a sociedade. Como decorrência lógica e natural da estruturação horizontal das funções estatais, lembra José Cretella Júnior, são três as formas típicas da comunicação constantemente ocorrida entre Estado e particulares, a saber: lei, sentença e ato administrativo.²¹

Como expressão volitiva do Estado, o texto legal, a sentença judiciária e o ato administrativo – assim nominados para efeitos didáticos e conceituais, como se verá adiante – representam os veículos ou canais pelos quais se transmitem as mensagens do poder público aos seus destinatários. Representam os gêneros pelos quais o poder público veicula seus enunciados jurídicos específicos.

Tal qual a fluidez com que se concebe o exercício das funções estatais, cujas atribuições transitam entre o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, qualquer das manifestações de vontade do Estado também exalam de qualquer das estruturas orgânicas que o compõem. A coerência lógica e conceitual, entre a manifestação volitiva e sua fonte emissora, sustenta-se justamente na titularidade da competência funcional para externar o enunciado jurídico.

Dizendo de outra forma, a natureza do enunciado não decorre, exclusivamente, do órgão que a externou. O critério subjetivo é insuficiente para balizar esta classificação, pois, como já se viu, a distinção orgânica dos poderes estatais é mera ficção conceitual, não estanque.

Assim, uma constatação primária é a de que a compreensão da natureza do enunciado jurídico, externado pelo Estado, deflui a partir da identificação de qual função que, exercida, deu-lhe vida. O signo do enunciado corresponderá ao mesmo signo da função que o originou. Como regra primária, então, é o regular exercício da função legislativa que permite a correspondente edição de leis, compreendidas em seu amplo sentido; ao passo que, é o titular de competência jurisdicional quem detém a prerrogativa de veicular sua vontade através de sentenças, como normas aos casos concretos; e, por sua vez, são as competências inerentes à função administrativa que reservam ao seu detentor a prerrogativa de expedir enunciados administrativos, executáveis por sua própria existência.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 32-33.

Ao tratar da função administrativa – que é o objeto de interesse desta pesquisa –, parece conveniente classificar e conceituar ato administrativo, buscar envolver sob uma prescrição métrica e metódica todas, ou no maior número possível, as características comuns das emanações de vontade externadas pela administração pública. A quantidade de traços de semelhança, que cada autor reputa conveniente para o convencimento, varia substancialmente em toda a doutrina. Daí por que é natural que resultem toda sorte de divergências em relação aos resultados atingidos por cada pesquisador, sobretudo quando a lei não confere elementos ou hipóteses bastantes para dar significado ao seu objeto, como é o caso dos atos administrativos.

Não bastasse o grande desafio intelectual exigido na elaboração de conceitos, que envolve o agrupamento de pontos de afinidade dentro de um vastíssimo sistema jurídico, o próprio conteúdo da tarefa representa um fim arriscado. É que a formulação de um conceito não se confunde com a busca pela verdade, nem mesmo com a procura pela falsidade, mas, sim, é tarefa que *“há de nortear-se por um critério de utilidade, isto é de ‘funcionalidade’ ou, como habitualmente temos dito, de ‘operatividade’”*²².

Afora tais embaraços, o amplo número de opções, a abrangência e a flexibilidade que os métodos hermenêuticos de argumentação dispõem, permitem que a defesa de determinada idéia tenha fronteiras tão distantes quanto as do próprio pensamento humano.

A conceituação de ato administrativo não escapa de tais dificuldades. Por isso a convivência de diversos conceitos, sempre úteis, funcionais, no âmbito da teoria na qual estão empregados. Nenhum deles universal ou absoluto, até porque não haveria razão lógica para exigir-lhes isto. Mas todos operativos para as finalidades didáticas que se propõem.

É corriqueiro que a doutrina inaugure sua argumentação sugerindo transladar o sentido próprio do conceito de ato jurídico para explicar o fenômeno do ato administrativo. Busca-se emprestar daquele instituto de direito privado (ato jurídico) as definições jurídicas que possam ser aplicadas para explicar este último instituto de direito público (ato administrativo). O raciocínio desenvolvido por estas doutrinas, em apertada síntese, anda no sentido de agregar à definição clássica de ato jurídico – declaração que produz efeitos jurídicos –

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 348.

elementos subjetivo e objetivo, para apontar à conclusão de que ato administrativo seria a declaração emanada da administração pública (elemento subjetivo) que produz efeitos jurídicos concretos nas relações administrativas (elemento objetivo).

Essa tendência, enraizada na própria formação acadêmica onde predominam disciplinas do direito privado, é problemática e conduz a equívocos. É que na sistematização própria das relações jurídicas privadas, não se leva em conta os grandes problemas com os quais se preocupam os ramos do direito público. Não se cogitam, naquelas teorias civis, pressupostos de formação e informação do ramo público do Direito, como, por exemplo, a separação das funções estatais, a contenção do poder, a supremacia do legítimo interesse público, a estrutura e hierarquia da administração pública, dentre inúmeros outros.

É dizer que a tarefa se faz de frente a um espelho. Apesar da clareza das imagens, são elas reflexos opostos, invertidos, do objeto real.²³

As diferenças entre liberdade privada e legalidade administrativa são, por si, barreira intransponível para a aplicação da metodologia. Lembre-se que, no âmbito do direito privado abre-se o leque da plena liberdade, onde se pode fazer tudo o que não é proibido por lei, que muito difere da legalidade administrativa na esfera do direito público, onde apenas se pode andar pela trilha implantada pela lei. De acordo com Caio Tácito:

As Constituições brasileiras, desde sua origem na Carta Imperial de 1824, colocam, entre seus pressupostos essenciais, a noção de que a lei é a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como no plano de atuação pública.

A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir. Dissemos, em outras oportunidade, que não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.

²³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9ª Ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007, pp. I-2 / I-3.

Ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza, expressa ou implicitamente.²⁴

Bem se vê a abissal diferença nas duas formas e âmbitos de atuação (privada e pública). O que se procura explicar e sistematizar no direito público é extremamente diferente do que fora anotado e organizado no direito privado.

O ramo privado tem como premissa fundamental de seu pensamento a ampla liberdade que é natural de sua esfera de atuação, cujos limites estão colocados apenas nas proibições legais, para daí formular seu conceito de ato preocupado, unicamente, com os limites últimos de sua liberdade. Este método não pode servir para explicar o fenômeno da atuação no âmbito administrativo, cujos enunciados pressupõem um permissivo legal prévio. A ideia de ato jurídico é essencialmente incompatível com o conteúdo do princípio da legalidade administrativa.

De mais a mais, os elementos que se agregam ao conceito civilista (subjetivo e objetivo), por si, não muito explicam ou contribuem na análise das manifestações estatais de natureza administrativa. Ao lado dos aspectos positivos inseridos por cada uma das noções acrescidas – afirmando o sujeito emissor do ato e, ainda, a concretude dos efeitos decorrentes do ato –, os mesmos trazem consigo, a reboque, os aspectos negativos da outra face da moeda. Por vias transversas àquelas afirmações, a exclusão que resulta das noções agregadas já se provou suficiente para esvaziar o conteúdo conceitual frente à prática de situações reais vivenciadas.

Assim, quando se afirma que ato administrativo seria aquele emanado da administração pública, por decorrência lógica, está-se excluindo do conceito toda e qualquer atuação desempenhada por órgãos legiferantes ou judicantes, ainda que afetas à sua estrutura orgânica interna. Assim, a título ilustrativo, o provimento dos cargos integrantes da administração pública compete à autoridade primeira do Executivo. Por sua vez, o provimento dos cargos de juízes na jurisdição de determinado tribunal compete ao órgão deliberativo da corte, mesmo

²⁴ TÁCITO, Caio. *O princípio da legalidade: ponto e contraponto*. Revista de Direito Administrativo. v. 206. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 2.

corpo que se reúne para julgar. Afirmar que a primeira hipótese é ato administrativo, redundaria na ilógica exclusão da segunda situação do conceito. Tais atividades são substancialmente iguais, seja em conteúdo ou efeito.

Igualmente insustentável a afirmação de que, por definição, o ato administrativo implicaria seus efeitos concretos numa esfera de relação pública apenas. Não raras vezes, a ação estatal comissiva ou omissiva gera repercussões jurídicas de natureza privada, como, por exemplo, a responsabilização civil do Estado por danos que tenha causado a um particular, ou os diversos casos em que expressamente se aplicam subsidiariamente as normas privadas.

Enfim, ainda sobre o problema do conceito esculpido pela doutrina, um sem-número de situações importantes e inerentes ao desempenho da função executiva são excluídas da noção de ato administrativo. Esta exclusão repercute negativamente em tudo o que se desenrola a partir do instrumento jurídico criado, como, para ilustrar, na necessidade de garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ou, na sindicabilidade dos meios empregados e dos fins perseguidos, ou, ainda, na submissão às esferas de controle interno ou externo, dentre outras.

Naqueles autores que optam pela criação de uma moldura conceitual para ato administrativo, as implicações negativas apenas se corrigem com ajustes em definições paralelas e instrumentais, ajustes nas idéias de administração pública e dos princípios aplicáveis. Estas adequações buscam revigorar a utilidade do conceito formulado, porém, tal qual o personagem mitológico Procrusto conformava seu hospede às exatas medidas do leito, estas adequações mostram-se como puras variações conceituais e argumentativas para que o conteúdo do conceito se ajuste à sua moldura.

O processo de desconstrução da idéia de preponderância do conceito isolado de ato administrativo não pretende, em hipótese alguma, esvaziar ou diminuir a relevância da atuação gerencial do Estado, tampouco pretende subordinar esta atuação às demais fontes de exercício do poder.

O que se busca é a valorização da atuação administrativa, dando-lhe identidade própria e distinta, através da compreensão de que seus enunciados seguem assinados com as prerrogativas e os limites daquela fração de poder que lhes deram vida. Carrega consigo, o enunciado, o estigma de submeter-se aos freios e contrapesos do Estado de Direito. Nas lições de Agustín Gordillo:

O ato administrativo como manifestação do exercício da função administrativa:

Assim sendo, assumimos que a raiz do ato administrativo não reside subjetivamente nos órgãos administrativos, mas sim objetivamente no exercício da função administrativa. Aderimos, então, ao conceito de que ato administrativo é a dicção no exercício da função administrativa, independentemente de que órgão a exerça [...]. A este elemento são adicionados outros, conduzindo à conclusão final de que a noção de ato administrativo se refere a uma espécie de ato realizado no exercício da função administrativa. Utilizamos este critério, como dito, porque: a) deve ser eliminada a contradição lógica entre as noções de ato e função administrativa; b) tal supressão deve ser feita independentemente de dados isolados, como do recurso processual adequado, e, em vez, considerar a essência da regulação jurídica substantiva aplicável ao caso; c) os atos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo referidos a sua organização interna, instalações, funcionários, etc., são regidos pelos princípios de direito administrativo; d) é inútil propor uma desvinculação total das noções de função e ato administrativo, sob o risco de induzir à evidente confusão terminológica e desnecessária complexidade conceitual.²⁵

²⁵ Tradução livre: “*El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa: Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce [...]. A este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa. Utilizamos ese criterio, según lo dicho, porque: a) debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de acto y función administrativa; b) dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal procedente y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso; c) los actos del Poder Judicial y del Poder Legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, empleados públicos,*

Ainda como justificativa e fundamento dessas conclusões, agregam-se os contemporâneos exemplos de intervenções jurídicas tipicamente administrativas oriundos de entidades não-estatais. São os casos dos conselhos profissionais, das associações civis, das fundações, das organizações sociais, dos concessionários, permissionários e autorizatários, do terceiro setor, dentre outros.

Sob outro ângulo, mas ainda acerca do problema inerente ao exercício da atividade administrativa, o problema maior está no fato de que a pretensão de isolar o ato administrativo contraria a própria natureza da função administrativa do Estado. A ambição de compreender o ato administrativo como se fosse um elemento inanimado e singular impede que se veja sua verdadeira amplitude.

Isto porque, a atuação administrativa não é um fenômeno independente da realidade que lhe originou, nem mesmo dissociada do ambiente no qual foi desempenhada. Mas, ao contrário, a comunicação protagonizada pelo aparato administrativo é essencialmente dinâmica e procedimentalizada.

Significa dizer que, agora com propósito edificante, o Estado Contemporâneo se direciona, cada vez mais, para implementar ações globais, com a crescente tendência em agir de forma contextualizadas em relação aos seus programas e agendas. A vocação natural do exercício funcional do Estado se orienta para a realização encadeada de atos e proposições singulares, até mesmo em massa, adstritos a uma multiplicidade de fins e objetivos.

Essa idéia encontra paridade nas lições de Marçal Justen Filho:

O conceito de *ato administrativo* perdeu a sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato administrativo isoladamente.

Isso não significa considerar o ato administrativo uma entidade não existente ou juridicamente

etc., se rigen por los principios del derecho administrativo; d) tampoco es útil proponer una desvinculación total de las nociones de función y acto administrativo, por inducir a evidente confusión terminológica e innecesaria complejidad conceptual.”. (In: GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 9ª Ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007, p. I-11).

irrelevante. O que se afirma é que o Estado pór-moderno é uma estrutura organizacional vocacionada a produzir atos em massa, não a promover atos isolados. Somente é possível compreender o Estado e a Administração Pública como um conjunto de instituições aptas a produzir atos em massa, para satisfazer grande quantidade de interesses e necessidades que parecem inexauríveis.

É necessário estudar o ato administrativo, mas é indispensável considerar que as necessidades coletivas são satisfeitas por meio do conjunto de ações administrativas: a atividade.²⁶

A ressalva é verdadeira. Ainda que com inúmeras imprecisões, o conceito de ato administrativo não deve ser abandonado, sobretudo para fins didáticos. O que se deve ter em mente, entretanto, é que apenas se terá um conceito útil se construído a partir da noção de função administrativa. E, a esta idéia, a presente pesquisa subscreve integralmente.

Tornou-se comum submeter a atuação administrativa a um procedimento específico, de tal forma que, nos atuais dias, é improvável a existência de uma atuação administração absolutamente isolado e autônomo, ou seja, sem qualquer procedimento prévio à sua concepção.

É a cadeia de atos subsequentes, confeccionados um a um a partir das divisões e especializações verticais de competência, que dá corpo e alma à manifestação administrativa. Imagine-se, para exemplificar, no julgamento de classificação das propostas em uma licitação pública. Não é a ata ou a intimação do julgamento por si que afetam a esfera jurídica dos que participam do certame. Mas, numa percepção holística, é todo o conjunto do que ocorrerá no processo, é toda a cadeia sequencial de atos, desde a requisição da contratação, passando pelas regras do instrumento convocatório e pela habilitação, chegando ao ato classificatório propriamente dito, é que repercutem na esfera dos licitantes.

Ficaria ainda mais claro observar tal exemplo acaso, no mesmo julgamento final do certame, tivesse ocorrida a desclassificação de uma dada proposta, porque incompatível com o objeto licitado. Observe que

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 302/303.

não é a decisão isolada que exclui aquele licitante do certame, senão o conjunto de todo o processo. A incompatibilidade da oferta com o objeto licitado decorre do confronto entre ela e a descrição do objeto no termo de referência. Por sua vez, a regra determinando que a proposta incompatível seja alijada do certame está presente no edital. Tanto o termo de referência como o edital foram confeccionados pelo órgão licitante e integram o procedimento instaurado. Foi o conjunto de situações isoladas que manifestou a vontade administrativa neste caso.

Significa dizer que é a atividade procedimentalizada da administração pública que gera suas manifestações.

A idéia de atividade agrega movimento, agrega dinâmica à concepção de função administrativa. E é esta idéia que permite ao poder administrativo do Estado desempenhar o papel que lhe fora atribuído, que, numa acepção vulgar, é a execução concreta do ordenamento jurídico. A função administrativa, por si, está no papel, é um conjunto de competências e limitações outorgadas pelo ordenamento jurídico. Por sua vez, cabe à atividade administrativa colocar tais competências em movimento, em ação, é ela quem dá vida à função.

Função e atividade administrativas são dois vetores de um mesmo fenômeno jurídico. São indivisíveis e complementarmente indispensáveis entre si. Esta indissolúvel amarração entre função e atividade torna-se elemento nuclear para compreensão do papel atribuído ao Estado Contemporâneo frente à sociedade, esta, sim, a verdadeira proprietária do poder emprestado àquele.

A atividade administrativa deve render-se à uma séria ordenada e lógica de atuações, colocando-se em movimento através de um rito formal e predeterminado de atos isolados. Este formalismo traz a reboque uma pluralidade de objetivos. Através dele se permite meios eficazes de controle da atividade administrativa, de forma muito semelhante ao controle que decorre da simples repartição de funções, porém, agora evitando a concentração do poder decisório num único agente. Ainda, o procedimento enfeixa instrumentos democráticos na atuação estatal, na medida em que congrega uma pluralidade de agentes e particulares em torno de uma mesma finalidade.

Mas esta formalidade não se confunde com ritualismo excessivo e inútil. A organização do procedimento deve – ou ao menos deveria – orientar-se pela racionalidade. Não se recomenda a inclusão de etapas inúteis no processo.

Afora aparar excessos ritualísticos, a definição da atividade administrativa deve relacionar-se com a finalidade almejada. A atuação estatal deve sempre estar orientada na direção de atendimento da

finalidade precípua do Estado, o bem comum. Tais finalidades são aquelas veiculadas pelos princípios, pelas normas e, também, pela percepção que o agente público lança sobre o objetivo na sua atuação.

Fato é que não se concebe qualquer atividade administrativa desvinculada de uma finalidade:

Nesse sentido, como a *finalidade é um elemento essencial do ato administrativo*, por imperativo lógico e normativo, a concorrência destes valores no exercício da função administrativa é *parâmetro, medida e perímetro* do controle público de *legitimidade* como da *oportunidade*. Ergue-se, assim, o princípio da *auto-executoriedade* do ato administrativo, que se pressupõe *legítimo*, e, portanto, é vincutivo e *exigível*. Isto se traduz no valor de *eficiência administrativa*, que prega a *satisfação concreta de uma situação subjetiva* formal através dos meios apropriados.²⁷

Esse contexto permite reconhecer que as atividades estatais, especialmente as administrativas, compreendem um conjunto extremamente complexo e heterogêneo de situações e circunstâncias, por sua vez saudável quando percebido que o dever estatal é o de disseminar ao máximo o bem comum. Permite compreender que esta profícua amplitude não deve permitir subterfúgios para que, por minúcias, alguns casos escapem ou se esquivem daqueles ideais que servem de sustentação para o atual paradigma do Estado Contemporâneo, arqueado sobre o princípio da contensão do poder em face do interesse público. E, ainda, permite reafirmar a inviabilidade de

²⁷ Tradução livre: “*En ese sentido, como la finalidad es un elemento esencial del acto administrativo, por imperio lógico y normativo, la concurrencia de los valores en la función administrativa es parâmetro, medida y perímetro del control público, tanto de legitimidad como de oportunidad. Se arriba así al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, que se presupone legítimo, y por ende es obligatorio y exigible. Esto se traduce en el valor de eficiencia administrativa por el que se brinda satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma idônea.*”. (In: DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. 1ª Ed. Madrid: Ciudad Argentina, 2003, p. 112).

quaisquer exclusões em razão da formulação de conceitos ou variáveis jurídicas.

A partir da conjugação desse binômio de idéias – atividade e finalidade – é que se propõe, para efeitos didáticos e operativos do presente trabalho, a noção de enunciado administrativo para identificar o produto da função administrativa do Estado. O enunciado administrativo é o signo que torna presente a fração executiva do poder na ordem constituída, na vida em sociedade.

O enunciado administrativo carrega consigo as prerrogativas e limites daquela função que lhe origina, a função administrativa. O instituto deve ser compreendido, portanto, como a manifestação decorrente do desempenho da função administrativa do Estado, no exercício de um poder vigiado, capaz de produzir efeitos imediatos e concretos, direcionada à realização de um ou múltiplos interesses públicos. Logo,

Logo, a função administrativa se desenvolve mediante uma sucessão lógica e formal de ações juridicamente autorizadas, onde se busca a concretização do interesse público tutelado pela norma.²⁸ Deste movimento surgem os enunciados administrativos, cuja anatomia envolve os elementos e pressupostos comumente abstraídos pela doutrina para efeitos didáticos.²⁹

Para o desempenho de suas atribuições, o Executivo encontra amparo no ordenamento jurídico. É o regime constitucional que inaugura a fonte das competências atribuídas ao poder público e, complementado pelos demais diplomas do ordenamento jurídico, distribuem os meios e o direcionamento do exercício funcional da administração pública, que ocorre por seus enunciados. Nesta sistemática, a norma jurídica pode esgotar todas as condições da atividade, ou remeter tais condições à apreciação subjetiva do titular da atividade pública. A distinção das formas de atribuição legal dos poderes administrativos corresponde aos conceitos de vinculação e discricionariedade.

Nas atividades vinculadas, a lei constrói todas as especificações necessárias à confecção do enunciado administrativo, inclusive seu conteúdo, devendo o administrador ater-se à solução narrada pela norma

²⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 153.

²⁹ Sobre os elementos e pressupostos dos comandos jurídicos advindos da administração pública, conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 374-397.

e aos requisitos indispensáveis da plena eficácia jurídica da medida prevista, sob pena de invalidade.

Considerando que a competência, a forma e, tanto mais desejável, as finalidades da atividade administrativa material sempre devem encontrar respaldo no ordenamento jurídico, todo enunciado administrativo tem um mínimo de vinculação. Quando atrelado a um exercício vinculado, apenas há uma opção a ser seguida pelo agente público: a de atender integralmente o comando legal quando concretizada a hipótese fática tipificada pela lei. É dizer que devem predominar, sobre quaisquer outras condições, as especificações da norma jurídica.

Noutro vértice, naqueles casos em que a lei confia ao agente público a prerrogativa de alguma escolha, o administrador se reveste com um poder discricionário, que, entretanto, não lhe dá plena autonomia de vontade nem de escolha. A discricionariedade se restringe às medidas do disposto em lei, permitindo ao agente uma escolha dentro dos muros da legalidade. Mesmo quando investido de prerrogativa discricionária, a atividade administrativa está adstrita, em primeiro plano, aos meios de atuação que o Direito lhe faculta e, num segundo plano, às finalidades que a lei e o interesse público pregam.

A margem de ação discricionária confiada ao agente administrativo deve ser entendida, como dantes dito, em relação grau de vinculação em face do ordenamento vigente. Será censurável qualquer pretensão de, nos dias atuais, empregar uma liberdade desassistida ao conceito de discricionariedade.

Isto porque, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Nesta o agente público exorbita o espaço que lhe fora confiado para utilizar de instrumentos inexistentes, errôneos ou inadequados no desempenho da atividade, ou mesmo, ignora as finalidades insculpidas na lei para seguir impulsos estranhas ao interesse público. O exercício regular do poder discricionário, por outro lado, pressupõe a severa obediência aos parâmetros axiológicos eleitos pelo ordenamento jurídico e, ainda, à correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e danoso ao ordenamento jurídico.

Para José Cretella Júnior:

Denomina-se discricção a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir

dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito.³⁰

A discricionariedade repousa na faculdade adquirida pela administração pública para garantir os meios suficientes na realização dos fins perseguidos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inspirada nas lições de Bartolome Fiorini, alerta que seria errôneo pensar que a discricionariedade compreende campo para que o governante exerça o poder que lhe fora confiado sem qualquer espécie de controle ou forma de censura de eventuais deficiências. Ainda, continua a autora, tecendo que seria ilógico imaginar que a margem de atuação existente na atuação discricionária seja fruto de negligência legislativa, que seja produto do esquecimento do legislador.³¹

A discricionariedade não se afasta da concepção de Estado de Direito, tampouco se esquivava do dever de obediência à juridicidade, mas é uma faculdade conscientemente criada no ordenamento jurídico para instrumentalizar a função administrativa. É ferramenta própria da função administrativa do Estado, sem a qual de um lado a administração pública teria seu papel indesejavelmente reduzido a mera reprodutora e, noutro ângulo, as casas legislativas teriam a hercúlia tarefa de esgotar todas as hipóteses de aplicação do Direito.

O poder discricionário é o que caracteriza o exercício da função executiva pelo Estado, pois:

[...] é por meio da atividade administrativa que ‘se realizam atividades específicas de exercício da lei de maneira concreta, permanente, direta e imediata frente aos administrados’. É à Administração Pública que incumbe a tarefa de atender às necessidades coletivas; nessa tarefa, o poder discricionário é da mais alta relevância.³²

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 52.

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 67-69.

³² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 74.

A competência é sempre um elemento vinculado na atuação administrativa, objetivamente fixada pelo legislador. A forma, também, não enseja apreciação discricionária, pois deve ser predeterminada pela lei. Quanto à finalidade, a maior parte da doutrina entende que não cabe a apreciação discricionária da intenção legal. Conforme anteriormente abordado, não se pode conceder ao administrador a prerrogativa de questionar ou mensurar o interesse público contido no preceito legal através do juízo de oportunidade. Em suma, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário deve sujeitar aos textos legais como qualquer outro.

Poder discricionário é a liberdade conferida em lei e assistida pelo ordenamento. É a margem de oportunidade e conveniência que o administrador possui para eleger o melhor meio de atendimento das finalidades inerentes à sua competência. Como regra, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “*a discricionarietà não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público*”.³³

Com efeito, os locais destinados à identificação do motivo e à dosimetria do objeto constituem os lares apropriados da discricionarietà administrativa, quando admitida em lei. Conhecendo a dinâmica realidade na qual está inserida a administração pública, sendo a lei omissa, o juízo de oportunidade é imprescindível para garantir a proximidade entre a norma e o fato, a providência normativa e a demanda da coletividade, atribuindo-se ao administrador poder para selecionar os fatos enquadráveis na hipótese da lei.

O juízo de oportunidade tem lugar no conteúdo do ato administrativo, expressando-se após consolidada sua conveniência. O objeto deve ser lícito e possível para a não rejeição do enunciado administrativo. E numa assertiva que se tornou clássica, Caio Tácito encerra tal questão:

Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos.³⁴

Nesses espaços abertos pela lei é que transitam a conveniência e oportunidade confiadas ao agente para o desempenho de sua atividade. Na específica tarefa destinada à configuração do motivo e à depuração do objeto que serão edificados no enunciado administrativo, tudo consoante a juridicidade, é por onde navega a discricionariedade. Compreende uma concessão legal ao poder público.

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser entendidas a partir de um enfoque inflexível. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização da função administrativa.

2.2.2 Interações no espaço público e a tendência de fuga do controle

O desempenho das atividades administrativas depende de uma estrutura organizada, racional e hierarquizada, na qual o ordenamento jurídico despeja o complexo conjunto de competências funcionais inerentes ao exercício do poder gerencial do Estado. Utiliza-se, usualmente, a designação administração pública para referenciar este conjunto de organizações, pessoas e direitos que colocam em movimento o exercício concreto e imediato do Direito. A expressão abrange todos os poderes estatais, mesmo aqueles que exercem a função administrativa de forma secundária, assim como abarca todas as esferas de governo.

A administração pública não constitui um sujeito de direito específico, senão um conjunto de sujeitos de direitos e de órgão destinados ao desempenho da função. A atuação sinérgica de seus

³⁴ TÁCITO, Caio. *Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. vol. 1. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 51.

aspectos subjetivo (conjunto de órgãos e pessoas), objetivo (conjunto de bens e direitos) e funcional (atividade) que tornam visível a administração pública na realidade jurídica, porque ela está sustentada exatamente na concepção de ação coordenada.³⁵

Ao menos assim deveria ser visualizada a estrutura corpórea e operacional do Estado.

Mas, indesejavelmente, não é esta a imagem que a administração pública transparece perante a sociedade. Muito de sua atual postura nada mais é que o resquício de suas origens monárquicas, quando todos os elementos (subjetivo, objetivo e funcional) eram dominados pelo rei, ou se confundiam com a pessoa do próprio rei. Naquela tirana época:

A Coroa, só ela e mais ninguém, dirige a empresa que é seu monopólio inalienável. As terras descobertas, como se fossem conquistadas, pertenciam, e direito e de fato, à monarquia. Senhora das terras e dos homens, é-o, também, das rotas e do tráfico. Do exclusivo domínio sobre as descobertas e conquistas decorre, naturalmente, o monopólio do comércio, que leva ao capitalismo monárquico, sistema experimental de exploração econômica ultramarina.³⁶

O diferente hoje é que nem mais todos os ambientes são impenetráveis, apesar de muitos ainda o serem para a maior parcela da sociedade. A arquitetura transparente da administração pública, ainda hoje, limita-se às suas primeiras camadas. Quanto mais se aprofundam nos cômodos da “casa de vidro”, menos a luz penetra, tornando translúcidas suas paredes, até a completa opacidade para quem assiste de fora. Ainda nos atuais dias, a função administrativa está sendo exercida, em larga escala, nos gabinetes, salas e recintos acessíveis apenas a poucos “convidados”. Guarda-se em monopólio o acesso à estrutura verdadeiramente administradora do poder estatal.

Melhor que ninguém, Raymundo Faoro buscou compreender a presença marcante de traços do patrimonialismo na estrutura funcional do poder estatal. Em sua célebre obra *Os Donos do Poder*, o autor

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 231/232.

³⁶ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 1 e 2. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 57.

demonstra que o poder estatal se exerce de acordo com o foco de visão dos poucos privilegiados, normalmente identificados nas famílias detentoras de significativo poder econômico. Daí a concepção tendente a confundir a organização burocrática da administração pública com o poder patrimonial, que permite a formação do denominado estamento burocrático imutável em sua essência.³⁷

A partir de sua análise histórica, o autor demonstra como as mesmas famílias que detinham o poder desde o período imperialista, ainda mantêm sob seu domínio a titularidade das prerrogativas estatais, observando as ramificações deste continuísmo nos diversos continentes. Tal qual sua lógica sucessória que garante a entrega de pai para filho, d'além o conceito patrimonial de gestão do poder se transferiu do império para colônia brasileira. Dito pelo autor:

O mercantilismo empírico português, herdado pelo Estado brasileiro, fixou-se num ponto fundamental, inseparável de seu conteúdo doutrinário, disperso em correntes, facções e escolas. Este ponto, claramente emergente da tradição medieval, apurado em especial pela monarquia lusitana, acentua o papel diretor, interventor e participante do Estado na atividade econômica. O Estado organiza o comércio, incrementa a indústria, assegura a apropriação da terra, estabiliza preços, determina salários, tudo para o enriquecimento da nação e o proveito do grupo que a dirige.³⁸

³⁷ Para Raymundo Faoro é a utilização de estruturas burocráticas retrógradas que caracteriza a organização patrimonialista do Estado, onde o domínio é exercido através do respeito devido pelos súditos à aristocracia (p. 84). A burocracia coloca-se como uma composição organizacional voltada à apropriação de cargos, ao aumento do número de servidores e ao inchamento da multidão de “pensionistas” e dependentes do Estado, sem preocupação com as esferas de competências. Serve para garantir a sobrevivência desta estratificação administrativa, o estamento burocrático (p. 152). (In: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 1 e 2. Porto Alegre: Globo, 1977).

³⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 1 e 2. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 62.

A sucessão do poder ocorre nos ambientes de paredes opacas, por quem ali adentrou, é retro-sustentável. A posição prevalente do Estado é usada para garantir o ciclo interno de sucessão do poder, assim como para transparecer conforto aos que vêm a estrutura organizada e imponente nas sólidas bases da administração pública. Todavia, reafirma uma cultura, já enraizada, de caráter institucional que remete ao modelo patrimonialista de gestão do poder.

Esses resquícios históricos sempre se fizeram presentes no desenvolvimento e estruturação da dogmática administrativa. A construção do espaço público de interações perpassa pelo constante conflito entre detentores e titulares do poder. É fruto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade. Este contraste evolutivo entre, de um lado, a visão utópica de construção dogmática calcada na realização do bem comum e, noutro ângulo, a percepção de um instinto maquiavélico de preservação do poder, é bem evidenciada na ideia de que a evolução histórica da disciplina ocorre pela sucessão de impulsos contraditórios.³⁹

É o que se vê nas reflexões acerca da discricionariedade administrativa, dantes compreendida como o espaço de liberdade decisória detido pelo agente administrativo. De fato, num contexto de teorias que pregam a submissão integral da função administrativa aos desígnios do legislador, a abrangência deferida pela discricionariedade pode ser vista como uma insubordinação. Porém, sob outro ângulo de visão, e existência de margens de atuação flexível pelo administrador é necessária a própria governabilidade pelo poder.

Outro impulso contraditório é o surgimento das chamadas autoridades administrativas independentes nos sistemas unitários de governo⁴⁰. Como exemplo típico de autoridade independente, as

³⁹ OTERO, Paulo. *Direito Administrativo: relatório*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 229.

⁴⁰ Como ressalta Gustavo Binimbojm: “*O sistema político-administrativo dominante no continente europeu e no Brasil desde o século XIX concentra no governo (presidente ou primeiro-ministro e seu gabinete), enquanto órgão superior da Administração Pública, poderes de intervenção infra-administrativa sobre o conjunto amplo de órgãos e entidades sob sua chefia, respondendo politicamente perante o parlamento ou diretamente ao povo, conforme o sistema de governo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontra habilitado a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas organizativas*” (In: BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um*

agências reguladoras são introduzidas no contexto governamental como resposta à necessidade de aparelhar, alguns setores da economia e sociedade, com mecanismos de neutralidade, profissionalismo e qualidade técnica, almejando empregar concreta eficiência à atuação administrativa. Porém, tais atividades se desenvolvem em âmbito jurídico externo da responsabilidade política da administração central, rompendo com o tradicional modelo de gestão concentrada para uma configuração policêntrica e, mais, relativiza o próprio elemento de legitimação da função administrativa.

Sob o influo dessa acidentada afirmação da dogmática administrativa, talvez seu aspecto mais paradoxal seja as tendências de fuga para o direito privado, caracterizada pela transposição de institutos e conceitos tipicamente privados na esfera de relações administrativas. Com isso, as relações administrativas, que deveriam estar centradas no justo equilíbrio entre prerrogativas e restrições, são polarizadas para privilegiar as prerrogativas da função estatal em detrimento das restrições ao poder.⁴¹

O cenário que se desenhou desborda numa tendência de esquiva da ideia de contenção do poder inaugurada pela tripartição de funções.

inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador: IBDP, nº 13, março/abril/maio, 2008, p. 4. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010).

41 Sobre o tema, Jeús Gonzaléz Pérez adverte que: *“Verificado que o sistema pode ser facilmente utilizado para satisfazer interesses próprios ou do partido, para colocar os dependentes em cargos públicos, para adjudicar obras e serviços àquele que melhor se comportava, para, enfim, utilizar o aparato administrativo aos seus caprichos, não apenas se foge do direito administrativo, mas, dentro deste, se tem atenuado de tal maneira as formalidades e controles, que surgem amplos espaços para que a discricionariedade se converta em arbitrariedade”* (Tradução livre: *“Comprobadas las facilidades que el sistema prestaba para mejor satisfazer los intereses propios o del partido, para colocar los adictos en los cargos públicos, para adjudicar lar ejecución de obras y servicios al que mejor se portaba, para proceder, en fin, a utilizar a su capricho el aparato administrativo, no solo se há huido del Derecho administrativo, sino que, dentro de este, se han atenuado de tal forma las formalidades y controles, que quedan amplios márgenes para que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad”*. In: PÉREZ, Jesús Gonzaléz. *La Ética en la Administración Pública*. 2ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 81).

Os meandros do atual espaço de interação nas relações públicas permitem interpretações tendentes a, vezes, desfigurar o signo da função administrativa, ou desvincular a gestão pública de suas finalidades, ou confundir o titular da função com o próprio poder, ou, ainda, permitir uma estrutura de continuidade.

O diagnóstico objetivo é: o exercício desinibido da atividade administrativa afasta o Poder Executivo de sua verdadeira vocação, qual seja, a execução assistida do Direito, e, como tal, mostra-se como verdadeira tendência de fuga ao controle da função administrativa desempenhada. Daí a importância dos instrumentos de controle que serão abordados a seguir.

2.3 CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

O equilibrado exercício do poder, sobretudo em relação à função executiva do Estado, apenas será efetiva se acompanhada de meios eficazes de controle que se encarreguem de fiscalizar, orientar e reprimir quando necessário. Dizendo de outra forma, a previsão de instrumentos de controle é o que empresta densidade e concretude à ideia de contenção do poder estatal, para que este se mantenha próximo do interesse público que o legitima.

Como visto até agora, o controle da função administrativa atua como elemento central nas relações firmadas e desenvolvidas no ambiente público, ou seja, aquelas que tem como objeto o manuseio daquilo que é coletivo e como finalidade aquilo que importa à sociedade. Sua origem está enraizada na pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, a partir de onde irradia por toda a amplitude do ordenamento jurídico, compreendendo multiplicidade de esferas e formas de fiscalização da atividade estatal.

A administração pública faz uso dos mais variados meios para exercer suas atividades, até porque as necessidades por ela supridas são as mais diferentes possíveis. Não existe regra única para a atuação do poder público, ao contrário, a multiplicidade de meios possíveis de ação é da própria essência da função administrativa.

Assim, tal qual a pluralidade de meios empregados pela administração pública quando atuante, também são múltiplas as formas de exercício do controle sobre a função administrativa do Estado. O controle deve relacionar-se com todas as demais funções e atividades, compreendendo mecanismo indispensável na atuação estatal. As

atividades de controle devem se fazer presente em todas as esferas e níveis das relações travadas em nome do interesse público, tal qual um dever-poder prescrito pelo ordenamento jurídico para atuar de forma onipresente e onisciente perante o aparato estatal.

O exercício do controle é tarefa atribuída a toda cadeia hierárquica dos poderes estatais, desde os cargos mais singelos até os postos de mais alto comando, e como tal é um dever que não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilização pessoal do agente incauto. E, mais, ainda compreende instrumento colocado à disposição de toda sociedade para provocar a fiscalização e correção daquilo reputado írrito ao ordenamento, não apenas em socorro de desejos pessoais, mas também em defesa de interesses coletivos.

A fiscalização sobre a função administrativa do Estado precede ao próprio planejamento de sua atuação prática, assim como extravasa para além da atividade concretamente realizada. É dizer que os mecanismos de fiscalização perpassam por toda a atividade administrativa, desde seu nascimento até sua realização. A presença de instrumentos de controle prévio não é prematura, tampouco inócua, já que a expedição de orientações é meio eficaz de direcionar corretamente a ação governamental. Por sua vez, a supervisão da atividade administrativa concomitante com sua realização é medida eficaz para auxiliar a retidão da conduta e, eventualmente, corrigir de imediato distorções detectadas para evitar sejam replicadas irregularidades perante terceiros. Ao final, o controle posterior tem seu papel centrado na correção de atuações ocasionalmente irregulares, na penalização dos responsáveis e, ainda, na confirmação daquelas condutas corretas.

O controle da função administrativa é mais do que simples meio de frear ou invalidar enunciados. Seu papel não é outro senão o de ser membro atuante na administração da coisa pública, em aspecto amplo, tomando parte de tudo o que o Estado faça⁴². E assim, como integrante da atividade estatal é que, para além de um instrumento de contenção do poder, a supervisão dará o devido valor ao interesse público para que se garanta o êxito daquilo que fora planejando de forma transparente, proba e eficaz.

⁴² A ideia de controle como parte da função administrativa em sentido amplo encontra amparo no artigo 6º do Decreto-Lei nº 200/67, que coloca o controle lado a lado com demais atividades de gestão, nos seguintes termos: “*Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Contrôlo*”.

Afora compreender um dever-poder de fiscalização e correção da atividade estatal, as formas de controle tem como escopo primordial evitar que a atuação pública se divorcie a necessária legalidade, moralidade, finalidade, isonomia e transparência que lhe são exigidas.

Enfim, o controle da atividade pública está difundido em ampla gama de espécies, distribuídas de modo a permitir a fiscalização das mais variadas sortes de atuação administrativa. Para efeitos didáticos, o controle da função administrativa é usualmente disposto quanto à extensão de sua realização, quanto ao momento em que é efetuado, quanto à natureza da atividade e quanto ao sujeito que o exerce. A classificação e conceituação de cada tipo encontram invulgar consenso nos diversos manuais de direito administrativo, por isso seguem em linha de síntese algumas breves explicações⁴³.

Quando analisado segundo a extensão de seu exercício, o controle da função administrativo pode ser classificado em externo ou interno. Este, o interno, compreende toda vigilância realizada na intimidade da própria estrutura que originou a atividade controlada. Aquele, o externo, ocorre quando exercido por sujeito ou entidade diversa daquela que praticou a atividade controlada, pode ser a vigilância de um poder sobre o outro, a da administração pública direta sobre a indireta, ou, o exercido pela sociedade.

Esta espécie de controle tem suas linhas gerais ditadas pelo artigo 70 da Constituição Federal, vazado nos seguintes termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 637-638.

Tais atribuições – controle interno e controle externo – são compartilhadas e não excludentes entre si, guardam absoluta independência e autonomia uma espécie relação a outra.

Vê-se dos esclarecimentos do preclaro mestre [LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. 1ª edição. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1960, f. 225/226] – amparado em pronunciamentos de juristas de escol – que a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal).

Daí porque o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8443/92), não se confunde com o dispositivo presente na Lei das Licitações (art. 87), que – sendo dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) – é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.⁴⁴

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de

Por força do artigo 75 da Carta Magna, a sistemática compartilhada de autotutela e de tutela estende-se às demais esferas políticas do Estado e, portanto, é replicada com as devidas adequações no âmbito dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Ainda, em relação a estes últimos, o artigo 31 faz expressa referência sobre a necessidade de mecanismos de controle interno e externo das atividades desempenhadas pelo ente local. A transposição, nestes casos, decorrer da simetria que deve ocorrer entre as normas orgânicas regionais e locais ante o texto da Constituição Federal.⁴⁵

licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais”. Agravo Regimental na Petição nº 3.606/DF. Construtora Triunfo S/A, Tribunal de Contas da União e Ministro de Estado dos Transportes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 27/10/2006. LexSTF, Brasília/DF, v. 28, n. 336, 2006. pp. 158-166.

⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal reputa como regra inafastável que os demais entes políticos repliquem a regra organizacional contida na Seção IX do Capítulo I do Título IV da Constituição Federal, no que concerne à fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado. Segundo a Corte: *“O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria, segundo o qual há uma principiologia a harmonizar as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de tal modo que não destoem os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas magnas. O equilíbrio federativo, neste quadro, vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa. // É obrigatória, portanto, a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua”* (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

SIMETRIA OBRIGATÓRIA COM O MODELO NACIONAL. 1. A Lei Complementar mato-grossense n. 11/1991 foi revogada pela Lei Complementar n. 269, que estabeleceu a organização do Tribunal de Contas daquele Estado. Prejuízo, neste ponto, da Ação. 2. O Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum. 3. É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "exercício privativo das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 daquele mesmo Estado". Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.307/MT. Procuradoria-Geral da República, Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso e Governador do Estado de Mato Grosso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ, 28/05/2009. LexSTF, Brasília/DF, v. 31, n. 365, 2009. pp. 42-62).

Demais disso, além da cogente adoção de estrutura orgânica equivalente, a Corte Suprema já se posicionou no sentido de que a simetria também deve ser observada em relação às competências e medidas fiscalizadoras. Neste sentido: *“Tribunal de contas. Norma local que obriga o tribunal de contas estadual a examinar previamente a validade de contratos firmados pela administração. Regra da simetria. Inexistência de obrigação semelhante imposta ao TCU. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e à fiscalização do TCU se aplicam aos demais tribunais de contas. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público”* (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS. NORMA LOCAL QUE OBRIGA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A EXAMINAR PREVIAMENTE A VALIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DA SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO SEMELHANTE IMPOSTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas. 2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder

Quanto ao momento em que se efetua, o controle pode ser classificado como prévio, concomitante ou posterior. Quando preventivo, o controle é exercido antes de ser consumada qualquer conduta administrativa. Por sua vez, concomitante será o controle exercido a par e passo da confecção do enunciado administrativo. Por fim, o controle corretivo objetiva revisar condutas já praticadas, para que se possa confirmar, corrigir ou censurar a conduta e, sendo caso, punir o agente.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União tem procurado sistematizar mecanismos que permitam a atuação fiscalizadora dos órgãos de controle durante todo o ciclo de atuação da administração pública. Não é raro em seus julgamentos, a Corte de Contas sublinhar o caráter integral do controle da função administrativa.

Para ilustrar, no caso do Acórdão nº 1.188/2007, lavrado pelo Ministro Valmir Campelo, o colegiado anotou a importância de que seja franqueada a participação dos órgãos de controle em todas as etapas da atividade administrativa, sobretudo quando de seu planejamento, para que se permita aos controladores a possibilidade de sugerirem adoção de agendas capazes de prevenir desperdícios dos recursos públicos. No caso, a Corte de Contas expôs uma situação concreta de atuação controlada desde o início de sua premeditação, a saber, a análise orçamentária a partir do histórico de fiscalizações realizadas. O Tribunal de Contas da União asseverou que:

12. A Lei nº 9.233/96, que fixou as diretrizes orçamentárias para 1997, na versão aprovada pelo Congresso Nacional, regulamentava o intercâmbio de informações entre o TCU e o Congresso para a elaboração da LOA. O Art. 3º, § 3º, inciso VI, dispunha que o projeto de lei orçamentária anual deveria ser acompanhado de um demonstrativo

Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916/MT. Governador do Estado de Mato Grosso e Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 05/03/2009. RSJADV, Brasília/DF, abr/2009. pp. 39-41).

sobre “as obras ou serviços submetidos à investigação formal do Tribunal de Contas da União, incluídas na proposta orçamentária, indicando o subprojeto/subatividade orçamentária correspondente, órgão, etapa em execução da obra, custo total atualizado, custo para sua conclusão e empresa executora”. Entretanto, esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob a alegação de prazo exíguo para a coleta de informações.

13. Não obstante referido veto, em 11/9/96 a Comissão de Orçamento solicitou ao TCU informações sobre resultados de inspeções e auditorias efetuadas em subprojetos e subatividades presentes no projeto de lei orçamentária de 1997, mesmo que ainda não julgadas pelo Tribunal (TC 014.715/1996-1).

14. Em 16 de dezembro de 1996, foram enviadas as informações requeridas, em quadro intitulado PROGRAMAS DE TRABALHO CONSTANTES DA LEI ORÇAMENTÁRIA 96 E PL PARA 97 COM APONTAMENTO DE FALHAS E IRREGULARIDADES, objeto da Decisão 817/96 Plenário. Esse foi o embrião da atual sistemática do Fiscobras.

15. Somente a partir da Lei nº 9.473/97, que fixou as diretrizes orçamentárias para 1998, foi institucionalizado o envio de informações ao Congresso. Elas deveriam referir-se tanto às obras em execução com indícios de irregularidades quanto à execução físico-financeira dos subprojetos mais relevantes.

16. Em cumprimento ao citado comando legal, em setembro de 1997 o TCU enviou aos Presidentes do Senado, da Câmara e da Comissão Mista, informações relativas a 96 obras auditadas e 224 outras constantes de processos em tramitação, com irregularidades, envolvendo recursos da ordem de R\$ 2,20 bilhões.

17. Atendendo à LDO para 1999, o TCU encaminhou aos Presidentes das Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara e do Senado, bem como aos Presidentes do Senado e da Câmara, informações a respeito de 205 Programas de Trabalhos constantes de 155 processos em

tramitação e o resultado de auditorias realizadas em 110 obras.

18. As Leis nº 9.811/99 e 9.995/2000, que fixaram as diretrizes orçamentárias para os anos de 2000 e 2001, mantiveram comandos análogos. Inovaram com a possibilidade de serem contemplados na LOA subtítulos relativos a obras com execução orçamentária suspensa até a adoção de medidas saneadoras pelo órgão responsável, sujeitas à apreciação do Congresso Nacional ou da Comissão Mista Permanente.

19. Nos anos subsequentes, e até o momento atual, a sistemática acima historiada se consolidou nos moldes de um relacionamento de caráter funcional entre a Corte de Contas e o Parlamento, em que as duas instituições adotam coordenação mútua de modo a buscar a plena eficácia no exercício da atividade fiscalizadora voltada para as obras custeadas com recursos da União.

20. Os resultados dessa sistemática se traduzem em economia para os cofres públicos, na medida em que os recursos somente são destinados às obras em que tenham sido sanadas as falhas detectadas. Apenas para citar os dois últimos anos, os relatórios de consolidação dos trabalhos do Fiscobras de 2005 e 2006, os quais tive a oportunidade de relatar, revelaram que foram fiscalizados recursos no montante de aproximadamente 40 bilhões de reais nos dois anos considerados, com estimativa de economia na ordem de 1,3 bilhões de reais, seja pela detecção tempestiva de sobrepreços, seja pela otimização de projetos, com redução de custos.

21. Percebe-se, assim, que foi criado um sofisticado mecanismo de controle que vem se mostrando capaz de coibir a malversação de recursos públicos na área, cujo mérito, a meu ver, é a amplitude com que a fiscalização se opera, percorrendo todas as fases do ciclo orçamentário, mecanismo esse que, conforme visto no relatório que antecede este Voto, foi exaustivamente estudado e descrito pela equipe da Secob.

22. Efetivamente, desde a arrecadação dos impostos até a efetivação do gasto público existe

um ciclo a ser cumprido, que se inicia com a elaboração e votação do orçamento, passando pela criação de leis que disciplinam a aplicação dos recursos e se consoma com a fiscalização legislativa quanto a regular aplicação desses recursos. (grifou-se)⁴⁶

Cabe acrescentar que, com relação ao veto ao artigo 3º, § 3º, inciso VI da Lei Orçamentária de 1996, a censura ocorreu exatamente pelo reconhecimento de que a prática se consolidou historicamente, tornando desnecessária a previsão de procedimento puramente burocrático. As razões de veto assim consignaram:

Os limites de que tratam esse dispositivo já são, historicamente, discutidos pelo Poder Executivo em conjunto com os dirigentes de cada órgão desses Poderes. A formalização de comissão burocratizaria esse entendimento, tirando assim a velocidade dos trabalhos, a qual é indispensável para o cumprimento do prazo constitucional para encaminhamento do projeto de lei orçamentária ao Congresso Nacional, em vista do exíguo espaço de tempo para a sua elaboração.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ementa: “LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DIAGNÓSTICO SOBRE AS OBRAS INACABADAS REALIZADAS COM RECURSOS DA UNIÃO. VERIFICAÇÃO DE OPORTUNIDADES PARA APERFEIÇOAMENTO DE NORMATIVOS E DA SISTEMÁTICA DE CONTROLE DAS OBRAS PÚBLICAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. SUGESTÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. Para cumprir sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade, incumbe ao TCU, orientado pelos macroprocessos - definidos em seu planejamento estratégico - de auxílio ao Congresso Nacional e aperfeiçoamento da administração pública, sugerir a elaboração de normas e a implementação de sistemáticas que previnam o desperdício de recursos federais acarretado pela indevida paralisação de obras públicas”. Tomada de Contas nº 012.667/2006-4. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério das Cidades, Ministério das Comunicações, Ministério do Turismo e Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU, 22/06/2007.

⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. Razões de Veto ao Projeto de Lei nº 1, de 1996-CN, que “Dispões sobre as diretrizes para elaboração da lei

Por certo que não se pode advogar a eficácia do dispositivo vetado ou das razões de veto tal qual estivessem vigentes no ordenamento jurídico, todavia, tais disposições podem ser emprestadas como parâmetros exemplificativos para o intérprete. Isto porque, tratando-se de controle da função administrativa, é de se considerar que o rito de elaboração normativa orienta-se pela primazia da ampla fiscalização, não de sua redução.

Em relação à sua natureza, o controle pode abranger a legalidade ou o mérito da conduta vigiada. O controle da legalidade é o que se consoma através da aferição da conformidade da conduta administrativa com a disciplina legal que a rege. Noutra ângulo, o controle de mérito objetiva verificar o conteúdo da postura discricionária adotada pela administração pública, tendo seu foco de investigação nas razões de conveniência e oportunidade que impulsionaram a conduta administrativa.

Aqui reside aspecto de interminável polêmica nos fóruns de debates de direito administrativo, especialmente no que concerne ao controle jurisdicional do mérito da atuação administrativa. A doutrina e jurisprudência tornaram-se lugares comuns de afirmações pregando a impossibilidade de ingerência do Judiciário em atividades típicas da função administrativa, ante o princípio da separação dos poderes.

Lembrado nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Roberto de Siqueira Castro leciona que houve, até recentes tempos, uma cultura jurídica herdada dos textos da Lei nº 221 do ano de 1894, especificamente em seu artigo 13, § 9º, que criava diretrizes acerca da atuação judicial em face da administração pública. A alínea “a” do referido artigo pregava a invalidação dos atos administrativos que não aplicassem o direito vigente, ou seja, os ilegais. Por sua vez, a alínea “b” do dispositivo preconizava que a atuação administrativa exercida em razão de uma faculdade ou de um poder discricionário somente pode ser reputada ilegal se configurada incompetência da autoridade ou excesso de poder. Daí um legado tendente a atribuir aos vocábulos mérito e

orçamentária para o exercício de 1997 e da outras providências”. Mensagem nº 677, Brasília/DF, 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VE-P-LEI-9293-1996.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2011.

discricionariedade a função de escudo à sindicância pelo Poder Judiciário.⁴⁸

Esta espécie de dogma está sendo questionado e, conseqüentemente, derruído. O próprio Poder Judiciário tem tomado consciência de que seu papel não se resume à simples aferição de aderência à lei nos casos por antevistos pelo Poder Legislativo, de modo que aquele, o Poder Judiciário, estaria dispensado de seus misteres quando defronta a situações que demandassem avaliação discricionária pelo agente público. Bem relata essa mudança de percepção os precisos e objetivos escritos da Ministra Eliana Calmon, assim:

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submetta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade,

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 129-130.

coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.⁴⁹

No que concerne ao critério de identificação do sujeito que o exerce, o controle pode ser dividido em administrativo, legislativo e jurisdicional. É administrativo o controle exercido pela estrutura orgânica da administração pública, ocorrendo nos casos de fiscalização hierárquica, supervisão ministerial, recursos administrativos e hierárquicos (próprios e impróprios), reclamações, representações e pedidos de reconsideração. A supervisão legislativa ocorre nos casos expressamente previstos no ordenamento constitucional, abrangendo o controle político e financeiro dos demais poderes estatais, contando com o auxílio dos Tribunais de Contas. Por fim, no controle jurisdicional reside o meio típico de vigilância do desempenho do poder, situa-se no âmbito nato de vocação funcional do Poder Judiciário.

O controle administrativo compreende o dever-poder de fiscalização que o próprio aparato administrativo exerce sobre si, por iniciativa própria ou mediante provocação. É decorrência lógica e

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”. Recurso Especial nº 429.570/GO. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 22/03/2004, RSTJ, v. 187, p. 219.

natural dos princípios da legalidade e predominância do interesse público, donde defluem os demais. Esta prerrogativa está sustentada na denominada supervisão hierárquica, exercida através de orientação, coordenação e controle propriamente dito das atividades administrativas subordinadas. No âmbito federal o mecanismo de supervisão ministerial encontra fundamento no título IV do Decreto-Lei nº 200/67.

O poder de autotutela é inerente à administração pública direta, tendo como premissa a possibilidade do agente público refletir sobre os enunciados que emanou e, como finalidade, a obrigação de alterar ou extinguir o pronunciamento acaso convencido da necessidade de adequá-lo ao que prescreve o ordenamento jurídico ou de ajustá-lo ao mais conveniente e oportuno diante do contexto fático envolvido.

A jurisprudência compartilha invulgar aceitação desta prerrogativa de autotutela pela própria estrutura orgânica e funcional administrativa, conforme consolidado pelas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Aquela primeira enuncia que “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”⁵⁰, e, mais complexa e detalhada, a segunda confirma que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁵¹

De mais a mais, outra forma de controle administrativo é aquele decorrente do poder de tutela sobre a administração pública indireta. Esta espécie compreende meio de fiscalização externa e é taxativamente adstrita aos casos especificados em lei, sob pena de indevida interferência na autonomia assegurada aos órgãos e entidades que formam a estrutura indireta do poder público.

No âmbito da administração pública federal, os objetivos e meios para o exercício desta espécie de controle-supervisão estão elencados

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. Órgão Prolator: Tribunal Pleno. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno: Imprensa Nacional, 1964, p. 151. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Órgão Prolator: Tribunal Pleno. DJ, 10/12/1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

nos artigos 25 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67, vazados nos seguintes termos:

Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

- I - Assegurar a observância da legislação federal.
- II - Promover a execução dos programas do Governo.
- III - Fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II.
- IV - Coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios.
- V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.
- VI - Proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas.
- VII - Fortalecer o sistema do mérito.
- VIII - Fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos.
- IX - Acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços.
- X - Fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro.
- XI - Transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

- I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.
- II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.
- III - A eficiência administrativa.
- IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou contrôle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou contrôle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interêsse público.

Por fim, é indispensável anotar que, ainda que a fiscalização administrativa volte-se à atuação estatal, sempre que se vislumbrar a possibilidade que as medidas de controle venham a interferir na esfera jurídica de terceiros, é necessário que o administrador público observe as garantias de contraditório e ampla defesa, pelos meios e recursos adequados, tal como consagrado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Outro meio de controle é aquele a cargo do Poder Legislativo, exercido externamente em relação à administração pública. Esta espécie de fiscalização congrega atuações ora isoladas e ora conjuntas de duas entidades distintas, as Casas Legislativas e os Tribunais de Contas.

Isoladamente, o Poder Legislativo dispõe de um rol taxativo de atividades de controle que lhe são atribuídas pelo ordenamento

constitucional, cuja abrangência encerra-se na medida para evitar indevidas interferências de um poder nos demais⁵². O controle exercido volta-se a aspectos políticos e aspectos financeiros da atividade pública, abrangendo análise de legalidade e de mérito dos enunciados administrativo, bem como a investigação contábil, financeira e orçamentária sobre as atividades governamentais e, ainda, avaliação de legitimidade, economicidade, fidelidade funcional e cumprimento de programas de trabalho e metas. O rol de atividades engloba padrões de fiscalização anual de contas e relatórios e supervisão direta dos atos do Poder Executivo, a exemplo das Comissões de Fiscalização e Controle existentes no âmbito federal por força da Lei nº 7.295/84. No que concerne ao controle legislativo, é de significativa relevância a estrutura das Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme previstas pelo artigo 58, § 3º, da Constituição Federal e nas respectivas Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais⁵³, à qual são atribuídas competências investigatórias equivalentes às dadas ao Poder Judiciário na aferição sobre fatos específicos. Neste norte é a percepção do Supremo Tribunal Federal, como se vê do seguinte precedente:

O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para

⁵² Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional” (In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 649)

⁵³ Segundo Diógenes Gasparini: “As Comissões Parlamentares de Inquérito também existem no âmbito estadual e municipal, Lá, são instituídas pela Assembléia Legislativa; aqui são criadas pela Câmara de Vereadores, conforme regulado, respectivamente, pela Constituição estadual e pela Lei Orgânica do Município. Mutatis Mutandis, os mesmos princípios são observados no âmbito do Distrito Federal” (In: GASPARINE, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 910).

fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal.

- O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar.

- A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito.

- Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais.

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER.

- A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos

legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.⁵⁴

Ademais, ainda sob o rótulo do controle legislativo, os artigos 70 e 71 da Constituição Federal atribuem competências fiscalizatórias específicas aos Tribunais de Contas ante o exercício da função administrativa do Estado. O controle exercido pelas Cortes de Contas possui ampla extensão, abrangendo a fiscalização em relação à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncias de receitas em relação às atividades emanadas do exercício de função administrativa.

Oportuno notar que as atividades desempenhadas e a organização estrutura imprimida aos Tribunais de Contas muito se assemelha à própria composição funcional e estrutural do Poder Judiciário. A diferença reside na ausência de eficácia cogente para execução forçada das decisões provenientes das Cortes de Contas e, ainda, pela sujeição à apreciação judicial dos atos emanados pelos Tribunais de Contas.

Dentre os instrumentos de controle conferidos aos Tribunais de Contas, é de grande relevância sublinhar a prerrogativa de solicitar a sustação da execução de ato ou contrato reputado irregular, conforme competência atribuída pelo artigo 71, incisos IX e X e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Segundo dizeres da Ministra Ellen Gracie, reproduzindo parecer elaborado pela Subprocuradora-Geral da República:

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.849/DF. José Agripino Maia e Mesa do Senado Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ, 29/09/2006.

No que tange às afirmações de que (1) a representação interposta junto ao TCU carece de fundamento legal, pois, segundo o art. 113 da Lei de Licitações, a competência do Tribunal de Contas da União restringe-se à fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, não englobando procedimentos de licitação; e de que (2) o ato de suspensão cautelar seria privativo do Poder Judiciário, basta simples leitura do dispositivo em questão, para verificarmos a sua total improcedência:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.

Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua competência de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade”(CF, art. 71, inc. IX).

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as

medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.⁵⁵

Já encaminhando ao final, o controle judicial da função administrativa consagra o modelo típico de contenção do poder que caracteriza o Estado Democrático de Direito. Ao lado do princípio da juridicidade, é o exercício preventivo ou corretivo de sindicância judicial sobre a função administrativa que garante equilíbrio e correção da atuação estatal em proveito da preservação da dignidade da pessoa humana.

No regime jurídico brasileiro, o controle judicial repousa em sistema de jurisdição una, segundo a qual o Poder Judiciário detém a prerrogativa de julgar, com força de coisa julgada, as lesões ou ameaças de lesões a direitos individuais ou coletivos, daí atribuir-lhe o monopólio da função jurisdicional. Outra característica que o marca é o da universalidade da jurisdição, que garante ao Poder Judiciário a prerrogativa de ampla apreciação da atividade administrativa, ressalvados os limites da discricionariedade exclusiva do agente

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem”. Mandado de Segurança nº 24.510/DF. Nascimento Curi Advogados Associados e Tribunal de Contas da União. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 19/03/2004.

público⁵⁶. Segundo o Supremo Tribunal Federal, “cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação”⁵⁷.

Em termos gerais, o controle desempenhado pelo Poder Judiciário pode ser especificado entre soluções abstratas e concretas. Aquelas, de jurisdição abstrata, compreendem a apreciação de enunciados gerais em face do ordenamento constitucional, independentemente da ocorrência de litígio concreto perante a administração pública, tal como o controle de constitucionalidade dos atos regulamentares⁵⁸. Por outro lado, o controle concreto é aquele confiado ao Poder Judiciário para solucionar embates reais de interesses, ou seja, para compor solução adequada a um conflito existente ou cuja ocorrência seja provável e iminente.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1128.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO. I - Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. II - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência da Súmula 280 desta Corte. III - O exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas editalícias atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido”. Agravo de Instrumento nº 640.272/DF. Distrito Federal e Neima Soares Pires Bezerra e Outros. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 31/10/2007.

⁵⁸ Marçal Justen Filho assegura que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o controle abstrato não abrange os atos normativos secundários, como os decretos, conforme assentado no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.007/DF. Por outro lado, continua o autor apoiado nos dizeres de Luís Roberto Barroso, os atos regulamentares que tenha como signo a inovação no ordenamento jurídico podem ser submetidos a controle abstrato de constitucionalidade (*In*:JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 1.129-1.130).

Em qualquer dos casos, entretanto, o Poder Judiciário está atrelado à prévia provocação por parte de pessoa legitimada. Por força do princípio da inércia ou, também chamado, dispositivo, o Poder Judiciário não pode exercer sua atividade típica, senão quando provocado pelo interessado, pois lhe falta competência para instaurar de ofício o exercício jurisdicional. Por outro lado, quando provocado, o Poder Judiciário não pode esquivar-se de apreciar a demanda a si levada, daí o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial preconizada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Já encaminhando ao final, indispensável registrar o importante papel desempenhado pelo Ministério Público em relação ao controle da função administrativa do Estado. Apesar de não possuir competência própria e autônoma de controle, o ordenamento jurídico outorga ao Ministério Público especial aparato para impulsionar as entidades de controle em diversos ângulos. Num destes ângulos, sua atuação permanente junto aos Tribunais de Contas assume papel central na apreciação externa de legalidade, legitimidade, transparência, moralidade e eficiência da atividade administrativa. Noutra vértice, ao lado de outros legitimados, a instituição resguarda a titularidade na instauração do inquérito civil e na propositura de ações judiciais para o controle de constitucionalidade, para a proteção do patrimônio público e social, outros interesses difusos e coletivos e a repressão à improbidade administrativa. Disso tem-se no Ministério Público uma das entidades com boa estrutura para provocar e impulsionar o exercício de controle da função administrativa.

Por tudo e em tudo, a ideia é que os as entidades e instrumentos encarregados do controle da função administrativa devam se fazer presentes em todos os espaços e tempos de atuação estatal, para que se alcance seu objetivo, que assim é resumido por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São, assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos

agentes, sempre visando a reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.⁵⁹

A essência da teoria do controle da função administrativa sustenta-se, exatamente, na intercalação de medidas de orientação e de correção no fluxo da atuação administrativa, de modo a balizar a atuação estatal em prol dos predicados de juridicidade, isonomia, moralidade e eficiência. E é assim, quando colocados lado a lado, que as atuações estatais terão assegurados que as relações estão sendo executadas em conformidade com o planejado e com as finalidades almejadas.

-----XXX-----

⁵⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 32.

3 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

No âmbito de atuação do poder público, a estruturação de um mínimo organizacional do Estado torna, imprescindível, a realização de atividades que permitam a prestação de serviços públicos e o funcionamento do organismo estatal. Para tanto, dentre um sem-número de providências, tem-se a contratação de particulares como um dos instrumentos mais utilizados.

Paralelo a isso, as relações negociais apontam para uma interdependência entre pessoas e, por óbvio, o Estado encontra-se inserido neste contexto. Com efeito, quanto mais constantes e corriqueiras forem essas relações, mais se torna necessária a conceituação sobre temas que venham a intermediar a aproximação entre os agentes destas negociações.

A administração pública, sendo expressão da atividade estatal executiva, necessita interagir e celebrar negócios com os particulares.

Essa necessidade de travar relacionamento de interesses mútuos submete-se, inexoravelmente, às regras gerais de trato da coisa pública, em especial aos princípios da isonomia, juridicidade e moralidade. Como selecionar adequadamente a pessoa com a qual a administração pública irá contratar, é o desafio de maior relevância frente aos deveres de impessoalidade e probidade.

Ademais, ressalvados casos excepcionais, as contratações públicas representam volume significativo de relações. Os gastos e investimentos públicos são extremamente relevantes e ocupam parcela expressiva nas economias nacionais.

Todo esse contexto traz consigo a necessidade de manter rigor na seleção dos particulares que serão agraciados com a prerrogativa de contratarem com o poder público.

A preocupação é efetivar um ponto de afirmação do regime jurídico público nas relações em que administração pública participe. E esse reconhecimento é o passo inaugural para equilibrar a inquietação dos diversos interesses que circundam qualquer aproximação contratual e, notadamente, conciliar os interesses sociais e econômicos de cada pólo.

De um lado, a administração buscando realizar seus objetivos sociais ou organizar sua estrutura orgânica, e, de outro lado, os interesses privados presididos primordialmente por motivos econômicos.

Neste cenário se desenrola este segundo capítulo da presente pesquisa, tendente definir, da forma mais objetiva possível, o regime

jurídico no ambiente das licitações públicas. Tendo como referência o regramento constitucional e legal do regime licitatório brasileiro, o presente capítulo terá foco nos conceitos operativos inerentes aos processos de contratação pública.

3.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Como ressalta Juan Alberto Martínez, nas relações travadas sob um regime de direito público, o que se deve buscar é sempre uma integração mais eficiente entre o poder público e a iniciativa privada, buscando evitar, obrigatoriamente, que os regimes de seleção e contratação públicos sofram indesejáveis interferências totais ou parciais pelos aspectos patrimonialistas que imperam no regime jurídico privado.⁶⁰

Assim como outras nações, o Brasil elegeu o processo licitatório como meio adequado a solucionar tais conflitos. Com isso, autorizou-se ao administrador público a prerrogativa de lançar mão de processo licitatório para alcançar a contratação desejada. Assim, tem-se a licitação como *“um procedimento administrativo unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração Pública para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras”*.⁶¹

O processo licitatório desenrola-se em ambiente de constantes tensões, no qual convivem, lado a lado, a plêiade de poderes e prerrogativas conferidas à administração pública, a série de limitações e garantias reconhecidas aos interessados e, ainda, os anseios particulares pela contratação. Joel de Menezes Niebuhr sintetiza com objetividade este ambiente:

⁶⁰ MARTÍNEZ, Juan Alberto. *Apud*: PEREIRA, César A. Guimarães. *O Regime Jurídico das Licitações no Brasil e o Mercosul*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE. Salvador: IBDP, n° 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17/08/2010.

⁶¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

Não há ato da Administração Pública que se compatibilize com preferências de natureza pessoal, com o tratamento discriminatório, com a imoralidade administrativa, em síntese, que dependa do livre-arbítrio do agente administrativo. Ao contrário, a função administrativa é vinculada à finalidade pública, reprimindo-se o desvio de poder. Assim sendo, é inevitável sujeitar a atividade administrativa ao cumprimento de formalidades, mais rigorosas do que aquelas que se destinam às relações jurídicas travadas sob o regime de direito privado.

Dessa forma, demonstra-se complexa a função administrativa, uma vez que, de um lado, há prerrogativas especiais, e, de outro, há limitações e sujeições também especiais. Como sintetiza Jean Rivero, “as normas de direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ações sujeições mais estreitas do que aquelas a que estão submetidas”.⁶²

Abstraindo incursões históricas, que não constituem objeto primordial desta pesquisa, atualmente o tema merece relevância constitucional, onde estão assentadas as premissas basilares do instituto jurídico.

3.1.1 Amplitude da disciplina constitucional

Como diretriz básica, a competência legislativa em matéria de licitações públicas é detida concorrentemente pelos entes políticos, apesar de, ressalte-se, pertencer exclusivamente à União Federal o ônus de regular seus aspectos gerais. Tal repartição decorrer, quase que naturalmente, da composição federativa adotada pelo Estado Brasileiro e da consequente autonomia político-administrativo dada aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

⁶² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p 32.

Neste sentido, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, suprindo o silêncio de regimes anteriores, elencou expressamente a seguinte competência legiferante:

Art. 22. Compete privativamente à União Legislar sobre:

[...]

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

Como se vê, a competência delimitada sob o manto da exclusividade diz respeito apenas a normas gerais. Assim, também incumbe aos demais entes federados a legislatura específica sobre o tema, desde que respeitadas as condições gerais. De fato, a outorga à União do poder de legislar sobre normas gerais, não obriga os demais entes a seguirem todos os preceitos por aquela editados, mas tão somente os que geral forem.

A repartição de competências encontra, também, sustentação noutros dispositivos do texto constitucional: na outorga residual descrita no artigo 25, § 1º, em relação aos Estados; na regra de interesse local inserida no artigo 30, inciso I, para os Municípios; e, na equiparação contida no artigo 32, § 1º, em relação ao Distrito Federal. Confirma este entendimento a orientação do Supremo Tribunal Federal:

A Constituição de 1988, ao inscrever, no inc. XVII do art. 22, a disposição acima indicada, pôs fim à discussão a respeito de ser possível, ou não, à União legislar a respeito do tema, dado que corrente da doutrina sustentava que “nenhum dispositivo constitucional autorizava a União a impor normas de licitação a sujeitos alheios a sua órbita” (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Elementos de Dir. Administ.”, Malheiros, 4ª ed., 1992, pág. 177, nota 1). A CF/88, repito, pôs fim à discussão, ao estabelecer a competência da União para expedir normas gerais de licitações e contratações (art. 22, XXVII).

Registre-se, entretanto, que a competência da União é restrita a normas gerais de licitação e contratação. Isto quer dizer que os Estados e os Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas. Leciona, a propósito, Marçal Justen Filho: “como fito, apenas as normas ‘gerais’ são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Ed. AIDE, Rio, 1993, pág. 13).⁶³

Ademais, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que explorem atividades econômicas, poderão contar com regramento licitatório próprio, sujeitos exclusivamente aos princípios da administração pública, conforme regra do artigo 173, § 1º, inciso III, do texto constitucional. Referido regramento diferenciado poderá ser inserido no estatuto jurídico da entidade.

Sobre o tema, em algumas oportunidades recentes, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com conflitos entre a PETROBRAS ou seus agentes em face do Tribunal de Contas da União em torno da adoção, por aquela, de regime licitatório próprio e divergente, em larga medida, das regras específicas editadas pela União Federal na Lei nº 8.666/93. Em resumo, os litígios travados questionaram diretamente a competência da Corte de Contas para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas e, tangencialmente, a possibilidade de coexistência de regimes licitatórios específicos noutras esferas políticas, tudo em face da postura do Tribunal de Contas em rejeitar o regime licitatório contido no

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte”. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927/RS. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Presidente da República e Congresso Nacional. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 11/11/1994.

Decreto n° 2.745/98 e tentar impor à PETROBRAS a obrigatoriedade de observância do procedimento prescrito pela Lei n° 8.666/93⁶⁴.

No que concerne ao segundo tema abordado, o da competência legislativa concorrente, naqueles casos a Corte Constitucional firmou entendimento autorizando a adoção de regime licitatório diferenciado pela empresa estatal, sobretudo em razão das demandas concorrências específicas do setor econômico na qual atua a PETROBRAS.

Em teoria, essa difusão de competências poderia representar dificuldades para compreender o instituto. Entretanto, na prática, a compreensão ampla independe de grandes investigações, principalmente porque a Lei instituída pela União Federal, abarcando tanto normas gerais como regramento específico para suas entidades, vem sendo amplamente utilizada pelas diversas esferas governamentais, como será abordado posteriormente.

Como segunda diretriz básica, o texto constitucional também traça linhas gerais sobre a licitação pública propriamente dita, afirmando

⁶⁴ Segundo relata a Ministra Carmen Lúcia, a questão esteve em voga nos seguintes processos: MS n° 30.349-MC/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ em 19/04/2012; MS n° 29.123-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ em 08/09/2010; MS n° 28.745-MC/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ em 13/05/2010; MS n° 28.626-MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ em 05/03/2010; MS n° 28.252-MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ em 29/09/2009; MS n° 27.796-MC/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ em 09/02/2009; MS n° 27.344-MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ em 02/06/2008; MS n° 27.337-MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ em 28/05/2008; MS n° 27.232-MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ em 20/05/2008; MS n° 26.808-MC/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ em 02/08/2007; MS n° 26.783-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ em 01/08/2007; e, MS n° 25.986-ED-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ em 30/06/2006 (*In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS. OBRAS E SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO AO GESTOR. ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DO DECRETO N. 2.745/1998 EM VEZ DA LEI N. 8.666/1993: FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DO ATO ATACADO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n° 30.349/DF. Márcio de Almeida Ferreira, Tribunal de Contas da União e PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ, 19/04/2012).

a essencialidade da existência de processo licitatório precedente às contratações administrativas. E o faz através da regra descrita no artigo 37, inciso XXI, nos seguintes termos:

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 partir dos traços fundamentais delineados pela indigitada norma é possível ressaltar, desde logo, alguns aspectos norteadores do regime licitatório brasileiro.

O primeiro deles reside na obrigatoriedade do procedimento, dispondo que as contratações realizadas pela administração pública deverão ser precedidas de processo de licitação, salvo exceções legais. A essencialidade se repete no texto do artigo 175 da Constituição Federal, determinando que as concessões ou permissões contratadas junto ao Poder Público serão efetivadas “*sempre através de licitação*”, sendo, portanto, incisiva a aplicação destas normas.

Em paralelo, a norma ainda sinaliza a excepcional possibilidade de serem instituídas hipóteses de contratações diretas, sem prévio processo licitatório. Tal previsão em nada reduz ou flexibiliza a regra geral que orienta pela realização de certame. É, apenas, indicação de que o legislador constituinte anteviu a possibilidade da ocorrência de casos incompatíveis com o procedimento formal da licitação, ou seja, hipóteses na quais o interesse almejado pela contratação sobrepõe-se à necessidade do procedimento licitatório. Daí redundam os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Esta, a inexigibilidade, tem lugar nas contratações onde seja inviável a competição, como por exemplo a aquisição de bens de fornecedores exclusivos ou a contratação de serviços de natureza singular de prestadores de notória especialização. Por sua vez, aquela, a dispensa, ocorre nas hipóteses em que o procedimento licitatório, se realizado, poderia comprometer ou fulminar o interesse público, a exemplo das contratações para o atendimento de situações de emergência ou calamidade pública.

Além disso, a norma fixa a primazia da igualdade de condições como um dos pilares do regime em questão. Em razão desse preceito, torna-se necessário que a legislação infraconstitucional discipline de forma detalhada os requisitos necessários e as condições em que as propostas serão avaliadas.

Em terceiro lugar, a consagração da manutenção das condições efetivas da proposta durante a integralidade da vigência contratual. Aliás, talvez um dos grandes diferenciais do regime licitatório brasileiro seja, exatamente, a proteção constitucional ao equilíbrio da equação econômico-financeira da relação, trazendo, como grande benefício, uma perspectiva de segurança aos licitantes quando da apresentação de suas propostas.

De mais a mais, bem se vê que o dispositivo matriz repudia qualquer exigência que supere o limite do mínimo necessário. Ou seja, apesar de existir uma certa margem de discricionariedade, a administração pública somente poderá criar exigência até o exato limite que permita demonstrar que o licitante detém a habilidade necessária para executar o objeto licitado. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, ao interpretar o trecho supracitado do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, acentua o seguinte:

É dizer, a Lei Maior estabelece uma relação de adequação entre as exigências de qualificação técnica e econômica dos proponentes e a estrita necessidade de garantia do cumprimento das obrigações a assumir pelo futuro contratado, de sorte a impedir que a exacerbação daquelas exigências venha a operar como fator de redução do número dos interessados na participação licitatória.⁶⁵

A norma constitucional, portanto, estabelece uma limitação a exigências excessivas e desnecessárias, afirmando que a administração pública deve preocupar-se em exigir apenas as condições de habilitação indispensáveis a demonstrar capacidade operacional e executiva dos licitantes. Veda-se o excesso para garantir a mais ampla competitividade. Com este timbre, Joel de Menezes Niebuhr ressalva a

⁶⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Zênite, 1997. p. 139.

intima relação entre a vedação a excessos e a ampliação da competitividade no certame, apontando o seguinte:

Exalta-se, a essa altura, que as exigências, mesmo que técnicas e econômicas, precisam ser indispensáveis, ou seja, das quais não se pode deixar de dispor, essenciais, indeclináveis à garantia do cumprimento das obrigações. O indispensável não se confunde com o útil ou com o conveniente. Portanto, mesmo que se possa imaginar exigências até certo ponto interessantes para se precisar se o interessado tem ou não condições de cumprir o contrato, elas não podem ser feitas, salvo se realmente forem - de maneira compatível com a Constituição - indispensáveis. O constituinte buscou franquear amplo acesso aos interessados na licitação pública, universalizando a competição. Entretanto, a licitação pública é um processo de escolha de futuro contratante, pelo qual a Administração Pública deve analisar se os pretendentes têm efetivas condições de cumprir o contrato. Sucede que isso não é o bastante para transmutar a licitação pública em gincana de documentos e formalidades disparatadas. Deve-se exigir documentos e tudo quanto for pertinente à qualificação técnica e econômica, porém somente no tocante ao indispensável à garantia do cumprimento do futuro contrato. O que fugir desta raia é inconstitucional.⁶⁶

A administração pública apenas está autorizada a demandar dos participantes, para permitir que estes acessem a disputa pela almejada contratação, aquilo que for indispensável ao cumprimento do objeto licitado. Tudo o que não for indispensável, que não for estritamente necessário ao interesse público, é reputado inconstitucional.

Apesar da vedação a excessos, é importante reafirmar a essencialidade das exigências da qualificação indispensável como requisito para contratação com o poder público. Quando contrata um particular, a administração pública confia a ele a execução ou fornecimento de objeto intimamente relacionado com o interesse

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menzes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 140-141.

público. Por óbvio – e o raciocínio é linear –, que a administração não deve contratar qualquer um para tão nobre tarefa, ao contrário, ela deve assegurar-se que o contratado seja escolhido um dentre o universo das pessoas que reúnam as condições técnicas, econômicas e jurídicas essenciais ao perfeito atendimento do interesse público em questão.

A regra é que a administração pública não pode entregar suas obras e serviços à pessoa que não disponha de suficiente experiência anterior, sob pena de correr o risco de ver a má e insatisfatória execução dos trabalhos. As exigências de habilitação, sobretudo as inerentes à prova de qualificação técnica e robustez econômica dos licitantes, prestam-se para resguardar tanto a administração pública quanto a coletividade. Neste sentido caminha interessante orientação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Desta feita, as exigências de apresentação de atestados de capacidade técnica (técnico-operacional e técnico-profissional), especificando quantitativos mínimos de serviços, são plenamente aceitáveis e imprescindíveis para o sucesso do certame, valendo lembrar que a Constituição não autoriza nem estimula o aventureirismo, em detrimento da qualidade e da segurança do contrato.⁶⁷

Da mesma forma, a observância da mínima formalidade própria do procedimento licitatório é a garantia, para a administração e para os administrados, de que a contratação dar-se-á em atenção aos princípios basilares da atividade administrativa, sobretudo da igualdade dos participantes. A respeito do assunto, toma-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

Os contratos administrativos, de modo geral, costumam transitar em importâncias consideráveis, proporcionais às amplas demandas vinculadas ao interesse público, o que atrai a cobiça de corruptos e corruptores, movidos pelo propósito de colherem, de maneira ilegítima, os benefícios econômicos dele decorrentes.

⁶⁷ Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais: A Lei 8.666/93 e o TCEMG, Belo Horizonte, Edição Especial, ano XXVII, pp. 134-155. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em: 20/04/2012.

Por isso, a Administração está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção dos contratados. O propósito dessas formalidades é justamente proteger o interesse público, evitar que os agentes administrativos firmem contratos que os favoreçam individualmente, às custas de toda a coletividade. Tais formalidades, reunidas em procedimento estabelecido por lei, são denominadas de “licitação pública”.

Em outras palavras: a licitação pública não é outra coisa senão um conjunto de formalidades impostas à Administração como condição para a celebração de contrato. A licitação pública é, em si, uma formalidade [...]. Então, importa refutar, com tenacidade, qualquer sorte de argumento prestante a recusar ou a minimizar a importância da formalidade em licitação pública.⁶⁸

É dizer que a administração pública não deve apegar-se a formalismos exagerados, tudo para ampliar a competitividade e obter preço mais vantajoso. Entretanto, não se pode perder de vista que a licitação é procedimento formal, calcado nos princípios da juridicidade e transparência. Não é permitido relevar desatenção ou burla de licitante às regras do certame, sobretudo àquelas de conteúdo estritamente substancial, sob pena de subversão do próprio sentido da licitação.

Como se vê, ter-se-á como legítima a postura da administração pública que, diante das especificidades daquilo que contrata, delibera no sentido de não admitir a participação de todos quantos assim queiram, mas apenas daqueles que preenchem os requisitos inerentes ao objeto do certame. Dizendo de outra forma, apenas aqueles que reúnem, de forma integral e indubitável, todas as condições essenciais para o cumprimento do contrato é que estão aptos a participar do certame e formular propostas, portanto, excluídos da disputa aqueles que não preencham os requisitos essenciais.

3.1.2 Multiplicidade de diplomas legislativos

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 254.

Fazendo uso da atribuição outorgada pela Constituição Federal, a União editou a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo teor *“regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”*.

Posteriormente e de forma complementar ao regime legal existente, a União editou a Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que *“institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”*. A legislação do pregão é complementada pelo Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, que regulamenta o processo na forma presencial, e pelo Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que cuida das regras inerentes ao pregão na forma eletrônica.

Demais disso, o atual regime jurídico de contratações públicas ainda suporta substanciais impactos de leis que versão sobre objetivos específicos e inerentes à políticas públicas de desenvolvimento nacional. Inúmeros são os diplomas legais criados ao lado da Lei Federal nº 8.666/93, que lhe excepcionam ou complementam em casos específicos. Ilustrativamente, pode-se focar nos cinco conjunto de normas com maior impacto no regime licitacional. Primeiro, a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e seu respectivo regulamento editado através do Decreto Federal nº 6.204, de 05 de dezembro de 2007, que veiculam normas de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Segundo, há interferência na disciplina legal do processo através da atual Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, cujo conteúdo orbita acerca da preferência na contratação de bens e serviços nacionais. Terceiro, as especificidades criadas pela Lei Federal nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, quanto ao regime diferenciado de contratações públicas, recentemente alterado pela Lei Federal nº 12.688, de 18 de julho de 2012, Lei Federal nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, e Lei Federal nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012, que ampliaram o uso do regime para as contratações de obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema único de saúde, sistema público de ensino e programa de aceleração do crescimento. Quarto, normas que tratam de setores econômicos específicos, a Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, sobre contratações do setor de informática, e a Lei Federal nº

12.232, de 29 de abril de 2010, referente a serviços de publicidade. Quinto, as especificidades inerentes às concessões e permissões de serviços públicos veiculadas pela Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, ao lado das quais permite-se equiparar a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que cuida da formalização das parcerias público-privadas, e, ainda, a Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que tangencia regras específicas para concessões dos serviços de saneamento básico.

O conteúdo dessas leis não se limita apenas às normas gerais como aludido pelo artigo 22, inciso XXVII, da carta constitucional, mas, também, contempla normas específicas que devem ser obrigatoriamente observadas pelas entidades vinculadas à esfera política federal e, de forma suplementar, pode ser observado pelos demais entes políticos que não possuam regramento próprio.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como usualmente chamada, estabelece atuação procedimentalizada destinada à seleção do particular que irá contratar com o poder público. Na clássica acepção da doutrina, o regime jurídico das licitações pública é entendido como:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.⁶⁹

E, com relação aos seus objetivos:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 247.

os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares.⁷⁰

A conceituação do regime jurídico das licitações é constante dentre os estudiosos, que sempre procuram esmiuçar as diversas características deste procedimento complexo que é a licitação. Sem embargos, trata-se da forma mais equânime que encontrou o Estado em contratar, de maneira sempre a buscar a melhor proposta para a satisfação dos interesses públicos perseguidos.

3.2 LICITAÇÃO PÚBLICA: FUNÇÃO ADMINISTRATIVA CONCRETA

Como mencionado, a administração pública necessita celebrar contratos com entes privados e, para fazê-lo, deve preservar uma atuação íntegra. Isto porque, ao contrário dos particulares quando almejam realizar negócios, as contratações procedidas pelo poder público necessitam de um processo preliminar e suficientemente formal, com o intuito de afastar interesses pessoais dos administradores. Desta necessidade nasceu o instituto da licitação pública.

3.2.1 Revisitação aos princípios setoriais

Os princípios que harmonizam esta aproximação primária, antecessora do negócio em si, são de suma relevância para que se tenha a justa e acertada medida de obrigações e deveres a serem contratados. Nesse contexto, a Lei de Licitações sustenta-se, dentre outros, em dois princípios primordiais, que devem irradiar seus comandos de otimização por todo o processo.

Como se percebe, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, acima transcrito, assim como a Lei Federal nº 8.666/93, trazem em seu teor os postulados fundamentais da atividade exercida pelos administradores durante o certame público.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 481.

O exame da validade ou invalidade dos atos praticados durante o processo de licitação, por diversas vezes, passará antes pela análise à luz destes princípios, enumerados e divididos por José dos Santos Carvalho Filho em princípios básicos ou expressos (princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo) e correlatos ou implícitos (princípios da competitividade, da indistinação, da inalterabilidade do edital, do sigilo das propostas, do formalismo procedimental, da vedação à oferta de vantagens e da obrigatoriedade)⁷¹, sobre os quais se deve prestar uma breve revisitação.

A própria Lei de Licitações apresentou os princípios básicos aplicáveis aos certames públicos, intimamente ligados às disposições expressas e implícitas do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 dispõe:

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.

O princípio da legalidade impõe o dever de atuação adstrita à lei. No campo das licitações, a aplicação deste princípio tem estreita relação com o procedimento e o processo promovidos. No entender de José dos Santos Carvalho Filho⁷², consiste no respeito ao devido processo legal que, nesta esfera, impõe a escolha da modalidade certa, deixando de promover licitação só quando a lei permitir, a exatidão na escolha de critérios e o julgamento em conformidade com o ato convocatório.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. pp. 199-204.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 200.

É por força do princípio da legalidade que a administração não atua com liberdade para atingir fins que repute convenientes. Ao contrário, a atividade administrativa, qualquer espécie seja ela, está adstrita ao cumprimento do interesse público e, para tanto, deve agir nos exatos termos da competência que lhe fora atribuída pelo ordenamento jurídico. Em breves palavras, a administração pública cumpre a Constituição Federal; os agentes administrativos exercem competência atribuída pelo ordenamento jurídico, nos termos dele. Portanto, toda e qualquer atividade emanada da administração pública reclama prévio suporte no ordenamento legal, sob pena de censura.⁷³

O princípio da isonomia, gênero das espécies impessoalidade e igualdade, impõe ao administrador, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “*o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem no certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia*”.⁷⁴

Os princípios da moralidade e da probidade administrativa estão intimamente ligados, significam o dever de conduta ilibada por parte da administração pública e dos licitantes, pois, nos dizeres de Marçal Justen Filho, o “*direito reprovava condutas incompatíveis com valores jurídicos*”,⁷⁵ seja quando expressamente proibidos ou quando obrigatórios.

O princípio da publicidade, aplicável a todos os atos providos do Estado, mas que a Lei de Licitações fez questão de incluí-lo dentre os princípios específicos, impondo transparências aos certames realizados, seja quando da divulgação de seu acontecimento ou das decisões alcançadas. O principal motivo de este preceito encontrar expressa disposição na lei, consiste no fato de que quanto mais interessados tiverem ciência da realização do certame, mediante publicação, maior será o número de propostas, possibilitando a escolha da mais vantajosa dentro de um universo muito mais amplo.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório consiste no preceito básico de toda licitação, de sua aplicação, conforme leciona

⁷³ NIEBUHR, Joel de Menzes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. ____.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 487.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. Dialética: São Paulo, 2002. p. 68.

Hely Lopes Meirelles, decorre a máxima de que “o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a administração que o expediu”.⁷⁶

O princípio do julgamento objetivo diz que a apreciação das ofertas será realizada exatamente nos termos descritos no ato convocatório, tem por objetivo, segundo Marçal Justen Filho, “afastar o discricionarismo na escolha das propostas”.⁷⁷

Ainda, há outros princípios implícitos, não expressos na Lei de Licitações, mas que decorrer de seu entendimento, traduzem-se em preceitos fundamentais aplicáveis à toda licitação.

O princípio da competitividade que impede práticas que possam frustrar o caráter competitivo do certame, conforme inteligência do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações.

O princípio da inalterabilidade do edital impossibilitando que as regras sejam alteradas no decorrer do concurso, sem que haja o reinício da partida. Decorre da vinculação que as partes detêm aos critérios especificados no edital.

O princípio do sigilo na apresentação das propostas determina que todos os documentos serão conhecidos conjuntamente e em local e horários predeterminados. Este preceito é consectário do tratamento isonômico merecido pelos participantes, pois estaria em posição proveitosa o licitante que tivesse prévio conhecimento da proposta de seu concorrente.

O princípio do formalismo procedimental diz que o processo de licitação será conduzido mediante procedimento adotado pela regulamentação geral, sendo defeso ao administrador subverter ou subtrais qualquer de suas fases ou garantias.

O princípio da vedação à oferta de vantagens, nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei de Licitações, é correlato ao julgamento objetivo, impedindo o administrador de aceitar qualquer conduta de algum licitante com o intuito de barganhar a proposta ofertada de seu concorrente.

Por fim, o princípio da obrigatoriedade de licitação, esculpido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e repetido no artigo 2º da

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 266.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. Dialética: São Paulo, 2002. pp. 68-69.

Lei de Licitações, pelo qual a concorrência prévia deve ser considerada como pressuposto necessário às contratações administrativas.

3.2.2 Aspectos finalísticos

Superada este breve conceituação principiológica, importante enfatizar que o processo licitatório tem como pauta essencial o tratamento isonômico aos licitantes e entre eles. Em linhas gerais, o tratamento isonômico significa o livre acesso a todo e qualquer interessado que, preenchendo os requisitos indispensáveis à qualificação, deseje contratar com a administração pública. Ou seja, não se permite escolher um determinado particular à revelia do procedimento estabelecido.

Ao paralelo, além desse viés de garantia, a isonomia vista sob um enfoque subjetivo compreende o direito de cada particular de concorrer na disputa pela contratação administrativa.

O respeito à isonomia é o que dá suporte e legitimidade à licitação pública, pois, é através daquela que se pode contemplar com louvor a moralidade, a impessoalidade, a eficiência e outros princípios e valores relacionados à administração pública⁷⁸. Enfim, o procedimento descrito pauta-se, primeiramente, na necessidade de garantir tratamento isonômico a todos os interessados. Fundamenta-se, pois, no princípio da isonomia como fator de legitimação do procedimento.

Cabe ressaltar, entretanto, que o tratamento isonômico não pressupõe a exclusão total de diferenciações. O simples fato de a administração pública escolher, ao cabo do processo licitatório, um vencedor, já acarreta uma distinção entre os particulares. Mas esta medida de diferenciação é da própria natureza do processo licitatório, de modo que a existência distinções é indissociável sob esse ângulo.⁷⁹

Também como âmag do processo licitatório, apresenta-se de extrema relevância o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, que é a própria razão de ser da licitação. Isto porque, o processo busca, exatamente, selecionar o particular que detenha as melhores condições

⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, p. 74.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 67/68.

para realizar o objeto licitado, sem desatender às exigências pertinentes (boa técnica, qualidade, preço).

A vantagem significa a expectativa de uma adequada e satisfatória realização, através da execução contratual, do interesse almejado pelo poder público. O conceito decorre do próprio princípio da República, que reclama do governante a melhor gestão e administração dos recursos e interesses da nação.

A maior vantagem não se confunde com menor preço, ou seja, a proposta mais vantajosa não é, em absoluto, aquela de menor preço. Isto porque o conceito não deve ser compreendido unicamente sob a luz de um único critério, como, por exemplo, a economicidade.

Em matéria de licitações, mais vantajosa ao interesse público é a proposta que melhor conjugar os requisitos essenciais de aptidão e os critérios de julgamento da oferta, de forma a garantir a melhor medida entre onerosidade aos cofres públicos e qualidade da prestação. O procedimento instituído visa a garantir a seleção da proposta mais vantajosa aos interesses públicos. Presume-se que, como chamada por Marçal Justen Filho, a chamada exclusão da discricionariedade apontaria sempre a proposta que melhor atende as diretrizes públicas. A propósito:

Impões-se, assim, a objetivação da decisão e a escolha do administrador. Isso significa que a Lei impõe que a seleção do contratante e a definição do próprio contrato sejam retiradas do plano das meras cogitações pessoais e particulares do administrador. Para isso, submete-se a escolha do administrador a um “procedimento” – ou seja, uma série ordenada e conjugada de atos, cuja sucessão conduz a uma decisão final suscetível de controle quanto à racionalidade, adequação e conveniência. A licitação, enquanto procedimento, não é apenas uma sucessão formal e mecânica de atos. A sucessão de atos significa a dissociação temporal e lógica dos diversos componentes da decisão do administrador.

...

O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Adotada determinada regra, o resultado final não decorre de qualquer decisão subjetiva do administrador. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais conveniente para a concretização do interesse público, segundo critérios objetivos. A

liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para uma decisão discricionária.⁸⁰

Ademais, através da Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, dentre seus horizontes de finalidades as contratações públicas passaram a ocupar papel destinado à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Com efeito, a inclusão desta finalidade agregou singular tônica ao poder de compra do Estado, que legitimamente pode ser empregado como indutor de políticas públicas. Para além de garantir a seleção de proposta vantajosa à contratação específica, o processo licitatório passa a ser instrumento de difusão de medidas voltadas ao desenvolvimento de segmentos econômicos reputados estratégicos.

Nenhum desses pilares pode ser encarado isoladamente, cada qual absoluto em si mesmo. Ao contrário, um serve aos demais reciprocamente, na medida em que a probabilidade da administração pública receber proposta que lhe garanta maiores vantagens cresce paralelamente ao universo de participantes, que, por sua vez, é ampliado sempre que garantida a isonomia de acesso a todos os interessados, com vistas, ainda, à promoção sustentável de políticas públicas.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos vem passando por algumas alterações, das quais três merecem maior destaque.

A primeira decorre do regime jurídico diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte⁸¹, como parte integrante

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 63/65.

⁸¹ Lei Complementar nº 123/06: “Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso de microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

das políticas públicas de incentivo e favorecimento daquelas espécies empresariais. O advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, ampliou e inaugurou uma série de favorecimentos para aquelas empresas, inclusive dedicando um capítulo específico de vantagens quando participantes de processos licitatórios.

Dentre as inovações, a comprovação de regularidade fiscal das MEs e EPPs, como usualmente chamadas, terá lugar apenas quando da assinatura do contrato, ou seja, apenas quando a empresa vencedora tenha essa qualidade. Destaque-se que, em nenhum momento a Lei Complementar dispensa a apresentação das certidões fiscais. O que acontece é que as MEs ou EPPs não serão inabilitadas e excluídas do certame caso possuam pendência fiscais, pois a elas é dada a oportunidade de regularizar tais pendências fiscais até o momento de assinatura do contrato, caso venha a ser declarada vencedora do certame.

Ademais, elemento singular em favor das MEs e EPPs reside na criação do denominado “empate ficto”, assim assegurado:

Art. 44. Nas licitações será assegurado, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam igual ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Em outras palavras, considera-se empate mesmo quando a proposta de uma ME ou EPP seja superior – em até 5% nos pregões ou até 10% nas demais modalidades – à proposta de competidor que não detenha essa condição. Nestes casos, será oportunizado à ME ou EPP a revisão de sua proposta para ofertar preço inferior àquela menor, garantindo-lhe a vitória no certame. Mas, caso a ME ou EPP não revise sua oferta, o objeto será adjudicado em favor daquela proposta originalmente vencedora.

O segundo aspecto contemporâneo e, por sua vez, mais recente de todos, remete às intenções governamentais de uniformização do processo licitatório no âmbito do MERCOSUL, cuja preocupação vem sendo manifestada desde o ano de 1994 pelo Conselho do Mercado

Comum. Os objetivos dessas políticas multilaterais foram fixados em 1998, através da Resolução nº 34/98 do Grupo Mercado Comum, que fixou três diretrizes básicas a serem adotadas, a saber:

- (i) estender aos bens e serviços produzidos em qualquer dos Estados Partes do MERCOSUL, o mesmo favorecimento dado a produtos nacionais;
- (ii) intenção de identificar os entes políticos e os bens e serviços abrangidos no regime multilateral; e,
- (iii) transparência plena dos procedimentos, de forma a garantir e permitir o acesso às informações e exercício de direitos.

Importante destacar que os trabalhos do MERCOSUL vem adotando, em grande medida, os padrões brasileiros das licitações públicas, dando ênfase e buscando estender aos demais Estados-Partes os princípios adotados pela legislação brasileira ao regime jurídico licitatório.

Em boa medida, as diretrizes foram internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, através da edição da Lei Federal nº 12.349/10. Em alguns casos, há um alargamento das diretrizes iniciais, como, por exemplo, a determinação de que os bens e serviços produzidos pelos Estados-Partes do MERCOSUL terão tratamento idêntico aos nacionais, que foi ampliada através da abertura para que o Poder Executivo Federal inclua bens e serviços originados em países com os quais o Brasil venha assinar acordos de compras governamentais.

Por derradeiro, o terceiro aspecto de grande destaque reside na forte tendência de desburocratização e flexibilização do processo licitatório nacional. A partir do gérmen iniciado com a inclusão expressa do princípio da eficiência no âmbito constitucional, aliado aos agradáveis resultados obtidos com o Pregão, implantou-se ambiente nitidamente favorável à revisão de alguns conceitos.

O gradual desapego às formas, com a conseqüente valorização do conteúdo, permitiu o alcance de resultados mais vantajosos à administração pública, autorizando uma análise mais substancial no processo. Esses dois ideais representam relevantes avanços ao processo licitatório, inserindo-o no campo de um direito administrativo constitucionalizado, na medida em que abandona a concepção rígida de

legalidade formal e privilegia a idéia da Constituição como sistema aberto de princípios⁸².

A tendência de melhoramento do processo caminha no sentido de concretizar, para todas as modalidades, a inversão das etapas de aferição das ofertas, colocando a classificação dos preços em primeiro plano, para posterior aferição da habilitação tão somente do vencedor.

De imediato, já se vislumbra que esta simples inversão procedimental propiciou, sem suprimir nenhuma etapa, duas grandes vantagens. A primeira consiste na drástica redução do número de litígios paralelos ao certame. A segunda foi a desburocratização do processo, através da redução do número de documentos que serão submetidos à análise.

Em segundo plano, o que se busca prestigiar é a possibilidade de saneamento de erros materiais irrelevantes, como por exemplo, a falta de rubrica em um documento e outros. E, como resultado prático imediato dessa orientação, o aumento da competitividade nos certames.

A inversão das etapas procedimentais e a permissão de saneamento de propostas já estão presentes em algumas leis locais de licitações, como nos Estados da Bahia (Lei Estadual n° 9.433/05), Sergipe (Lei Estadual n° 5.848/06), Paraná (Lei Estadual n° 15.340/06) e São Paulo (Lei Estadual n° 13.121/08).

Assim, visando incorporar tais avanços ao regulamento federal das licitações públicas, há Projeto de Lei em tramitação buscando incorporar aquelas agradáveis inovações ao texto da Lei Federal n° 8.666/93.⁸³ Diz-se agradáveis porque parecem conferir verdadeiro avanço na retrógrada sistemática atualmente adotada.

Isto porque, na sociedade contemporânea, a administração pública tem cada vez mais tentando livrar-se da pecha de Estado-aparato, aquele concretizado primordialmente em estruturas burocráticas, buscando assumir um significativo papel inserido nas

⁸² BINENBOJM, Gustavo A. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. RERE, Salvador: IBDP, n° 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10/08/2010.

⁸³ Trata-se do Projeto de Lei da Câmara n° 32 de 2007, que “*altera dispositivos da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e dá outras providências*”.

dimensões normativa e econômica. Nesse âmbito de constantes sintomas de mutação da atividade administrativa, Paulo Modesto leciona:

O Estado não foi reduzido ao mínimo, nem é uma instituição em processo adiantado de decomposição, como alguns sugerem. Ao contrário, amplia sua interferência continuamente, penetrando em quase todas as dimensões da vida privada, tornando-nos cada vez mais dependentes de suas regulações e controles; amplia a sua participação no produto bruto nacional, reclamando persistentemente novos recursos; endivida-se de forma perigosa, sem, entretanto, demonstrar capacidade para tratar adequadamente problemas sociais de vulto.

É o crescimento do Estado, não a sua diminuição, a causa imediata dos graves problemas de legitimação que atormentam o Estado contemporâneo. Mas, ao mesmo tempo, é importante frisar, o Estado é indispensável, pois é a única organização, operando em larga escala, capaz de conter os interesses privados em limites socialmente razoáveis e apta a intervir intensivamente sobre a coletividade associando eficiência e equidade.⁸⁴

Por sua própria natureza, um Estado Democrático e Social não pode furtar-se a agir com eficiência, quando executor e fornecedor de serviços coletivos essenciais, mesmo que para justificar os recursos que extrai compulsoriamente da sociedade com resultados socialmente relevantes.

As reclamações por uma administração pública engajada a concretizar os fins a que se propõem tornaram-se tão constantes, que o preceito de eficiência foi alçado ao status de princípio constitucional explícito através da Emenda Constitucional nº19, de 04 de junho de 1998, conferindo ao artigo 37 da CF/88 a seguinte redação:

⁸⁴ MODESTO, Paulo. *Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009, p. 2.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...

Com isso, além dos tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, agregou-se o da eficiência. As razões que motivaram a proposição podem ser extraídas da Mensagem Presidencial nº 886/95 e da exposição de motivos da EC nº 19/98, justificando o acréscimo da seguinte forma:

...incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte

...ênfatar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

Registre-se a ressalva de que a vontade do legislador não deve ser tomada como a finalidade da norma criada, conforme já ressaltou Francesco Ferrara quando compara que “*a obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem*”.⁸⁵

Mas não se pode ignorar que o desejo inicial pode ser tomado como bússola e termômetro da norma, tendente a indicar o caminho que se pretende e os resultados de sua efetivação.

O preceito de eficiência sempre esteve presente em boa parte da doutrina e sempre fundamentou grande parte das decisões judiciais em

⁸⁵ FERRARA, Francesco. *Apud*: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009.

nosso país, por isso mesmo a doutrina recebeu o mais que esperado princípio sem muita surpresa.

A propósito, Lúcia Valle Figueiredo ressaltou:

É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos.

Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência.

Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro.⁸⁶

De fato, o princípio da eficiência sempre esteve bastante presente na prática administrativa. Porém, não se pode deixar de ressaltar que o acréscimo foi, sim, emblemático para a sociedade, que não mais observa a exigência em planos meramente políticos, tomando o preceito de eficiência como simples teoria negativa, cuja utilidade era para simples censura ou recuso da validade de um comportamento ineficiente.

Pois agora o princípio da eficiência foi alavancado à condição de norma positivada, permitindo impor ao administrador sua observância e respeito, na melhor medida para otimizar a concretização dos bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Permitiu-se exigir do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência em seu agir com o cidadão e na condução da coisa pública, na medida em que o princípio ganhou um núcleo rígido mais amplo e denso dentro do ordenamento jurídico.

Enfim, a instituição positiva do princípio criou um ambiente favorável à mudanças. Fábio Konder Comparato resalta que “*em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado*

⁸⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5 Ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p.63.

*contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”. E, arremata afirmando que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente”.*⁸⁷

A despeito de uma visão ingênua, que tenderia a interpretar a iniciativa de inclusão do princípio da eficiência como sendo uma busca pelo bem comum, fica evidentemente grafada a intenção de orientar a administração pública para conquistar resultados relevantes, através de comando voltado à flexibilização dos procedimentos (desburocratização).

Entretanto, como se exigir do administrador uma atuação proativa e eficaz, se ele está literalmente engessado pelas inúmeras condições formais e burocráticas inerentes à sua atividade?

Esse deveria ser o foco das indagações doutrinárias acerca da concretização do princípio da eficiência.

A demanda atual é por um trabalho árduo e primordialmente empírico na identificação de quais elementos, quais formas, quais institutos e quais empecilhos burocráticos atravancam a atividade do gestor público. Exatamente nesse contexto, onde se procura soluções que empreguem conteúdo prático ao princípio da eficiência e uma boa gestão dos recursos e políticas, que as inovações vem sendo realizadas e recebidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Com seus mais de quinze anos de vivência, a Lei Geral de Licitações há tempos mostra sintomas de engessamento e descompasso com os fins que objetiva, malgrado se tratar de um diploma relativamente novo para os padrões legislativos. É bem verdade que, ao longo do tempo, a lei sofreu alterações bastantes e positivas em determinados aspectos, motivadas em boa medida pelo controle exercido pelo Poder Judiciário e Tribunais de Contas, que ocuparam-se em sanear as várias distorções que emergiram do texto legal.

Entretanto, nunca se viu uma substancial atualização do procedimento nela inserto. Por isso, os que se dedicam aos estudos em direito administrativo compartilham da mesma percepção de que a lei está ultrapassada.

Procedimentos licitatórios que se estendem por diversos meses, inserção de exigências puramente formais, inclusão de condições

⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. In: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 350/351.

excessivas, dentre outros, são apenas alguns dos inúmeros problemas que quem vive a prática administrativa tem observado.

O procedimento prescrito pela atual lei cria ambiente nitidamente propício ao conflito generalizado de interesses, uma verdadeira disputa de todos contra todos, na medida em que possibilita o aparecimento de conflitos em direções opostas aos fins objetivados pela licitação.

Não é raro ver casos de concorrentes que se digladiam na fase de habilitação, através dos recursos administrativos e até incursões judiciais que acabam postergando o andamento do processo por semanas, mas, quando da fase de preços, os mesmo sequer classificados terminam. Fatos como estes, tornam um precioso tempo em absolutamente inócuo.

Não que se tenha uma conduta aética ou abusiva dos licitantes, ao contrário, o contraditório e ampla defesa são regras essenciais à lisura do procedimento. Fato é, que se permite desviar o foco das atenções, obrigando um dispêndio na solução de conflitos que nem mesmo precisariam existir.

Em realidade, o problema que se enfrenta é estrutural, não subjetivo.

E, mais, a rigidez excessiva que se tem dos licitantes na apresentação de seus documentos na formulação de suas propostas, mostra uma verdadeira intolerância ao erro, que muitas vezes acaba afastando do certame a proposta que poderia melhor satisfazer os interesses públicos.

3.2.3 Aspectos procedimentais

A Licitação compreende o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa pública promove: alienação, aquisição ou locação de bens; contratação de obras ou serviços; outorga de concessões ou permissões. O procedimento deve pautar-se pelas condições previamente estipuladas, que serão objeto de ampla divulgação através do instrumento convocatório, permitindo que quaisquer interessados apresentem suas propostas, dentre as quais a administração pública selecionará a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros eleitos.⁸⁸

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 479/481.

O processo de licitação pública comporta duas fases distintas e relativamente autônomas. Tem início numa etapa interna, promovida exclusivamente pelo ente público, e sendo concluída noutra etapa externa, com a participação de todos os interessados com habilidades para cumprir os requisitos mínimos exigidos.

O marco inicial do processo de licitação é a verificação, por parte da administração pública, da necessidade e conveniência da contratação. Sua continuidade se dá através da caracterização do objeto a ser contratado, seguindo da cotação estimada de seus custos e verificação da disponibilidade financeira.⁸⁹

Configurada como processo, a licitação pública admite variações procedimentais de acordo com a importância e/ou, principalmente, valor do objeto pretendido. Surgem, então, as diversas modalidades de licitação, contemplando formas específicas de processamento, elementos integrais do processo e formalidades essenciais.

Nos termos do artigo 22 da Lei de Licitações e da inclusão trazida pela Lei do Pregão, a administração pública poderá lançar mão de seis modalidades licitatórias, devendo utilizar aquela condizente com o objeto licitado.

A forma mais simples é aquela denominada Convite, que consiste na espécie de licitação entre interessados do ramo pertinente, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela entidade licitante em número mínimo de três. Como requisito complementar, a administração pública deverá afixar, em local visível dentro da unidade, cópia do instrumento convocatório para estender a qualquer interessado que se manifeste com antecedência de até vinte e quatro horas.

O Convite pode ser adotado para as obras e serviços de engenharia orçados em até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), assim como para as demais contratações estimadas em até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Permite-se, ainda, o uso desta modalidade em licitações internacionais quando não houver fornecedor no país, observados os valores descritos.

Outra modalidade, a Tomada de Preços ocorre entre os interessados previamente cadastrados perante a entidade licitante, ou, ainda, aqueles que venham a atender as condições exigidas para

⁸⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

cadastro até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

Referida espécie tem aplicação para as contratações em engenharia estimadas em até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou, ainda, nas demais licitações provisionadas em até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). A modalidade tem lugar, também, em Licitações de abrangência internacional se a entidade possuir cadastro de fornecedores com esta amplitude.

A Concorrência configura a modalidade mais complexa de licitação e, em seu turno, é realizada entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto. A espécie envolve as contratações mais importantes, sendo aberta com ampla publicidade para permitir a participação do maior número de interessados.

Essa modalidade é obrigatória para todas as contratações orçadas acima dos valores estabelecidos para a Tomada de Preços. Entretanto, a concorrência é facultativa para toda e qualquer contratação.

O uso dessa modalidade também é obrigatório nas compras e alienações de bens imóveis, nas concessões e direito real de uso e, ainda, nos registros de preços, independentemente do valor estimado para o bem.

A Concorrência também foi eleita como obrigatória para o regime de concessão da prestação de serviços públicos, conforme artigos 2º e 14 da Lei Federal nº 8.987/95, sendo processada nos termos do regulamento padrão com alguns acréscimos, como a necessidade de especificação de metas e a indicação dos bens reversíveis. No mesmo norte, também se tem como obrigatória a adoção da Concorrência nos casos de contratação sob o regime de Parceria Público-Privada, por força do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/04, também com especificidades, como, por exemplo, a necessidade de especificação da contraprestação pecuniária suportada pelo parceiro público.

Por último, as licitações internacionais devem preferencialmente adotar a Concorrência.

O Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios e valores definidos no instrumento convocatório. A adoção desta modalidade depende exclusivamente do objeto, sem qualquer condicionante relativa a valores.

Outra modalidade que independe de valores é o Leilão, promovido para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis de valor inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Nesta modalidade, o objeto licitado será atribuído a quem ofertar o maior lance.

Por fim, o Pregão compreende a modalidade licitatória destinada à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor da contratação, sempre atrelado ao menor preço ofertado. Sempre que o bem ou serviço for comum, será obrigatória a adoção desta modalidade licitatória, dando preferência para sua realização na forma eletrônica.

Entretanto, a modalidade não poderá ser utilizada para contratações de obras de engenharia, bem como locações imobiliárias e alienações em geral.

A própria natureza do objeto submetido a esta modalidade licitatória – bens e serviços comuns – permite a identificação da maior vantagem sempre na proposta de menor custo. Nesse contexto, são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

O Pregão pode ser realizado de forma presencial (Decreto Federal nº 3.555/02) em sessão pública, em local específico, presidida pelo Pregoeiro e auxiliada, quando necessário, pelos membros da equipe de apoio. Ou, ainda, pode ser realizada sob a forma eletrônica (Decreto Federal nº 5.450/05) por meio de sistema que permita a comunicação de dados pela internet.

O Pregão trouxe significativo diferencial para os processos licitatório, garantindo maior celeridade e competitividade nos certames. O elemento central destes benefícios e, ao mesmo tempo, principal diferencial desta modalidade em relação às outras, é a inversão das etapas procedimentos, ou seja, primeiro ocorre a classificação das propostas e realização de lances, para, posteriormente, realizar a habilitação apenas do licitante vencedor.

Uma vez superadas as etapas iniciais do procedimento e eleita a modalidade de seu processamento, o encerramento da fase interna ocorre com a confecção e divulgação do instrumento convocatório, denominado Convite para a modalidade de mesmo nome ou Edital para as demais modalidades.

O instrumento convocatório compreende a matriz embrionária da contratação administrativa, onde estão descritos os desejos da administração pública e as condições para a apresentação de propostas

adequadas. O instrumento convocatório compreende, não apenas o documento de divulgação pública da Licitação, mas, também, representa “a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tantos os licitantes como a Administração que o expediu”.⁹⁰

Um dos elementos centrais do instrumento convocatório é a definição do critério que será utilizado no julgamento das propostas. Vale dizer, o instrumento conterà os elementos que identificarão a proposta mais adequada e vantajosa ao interesse público. A esta metodologia de julgamento dá-se o nome de tipo de licitação.

Nos certames que envolvam a alienação de bens ou a concessões de direito real de uso, o julgamento das propostas deverá, obrigatoriamente, privilegiar o tipo maior lance ou oferta.

Nas Licitações que tem como objeto serviços de natureza predominantemente intelectual, poderá ser escolhido como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou o tipo técnica e preço. Aquele critério (melhor técnica) será processado através de uma negociação, que ocorrerá na sucessão da maior à menor nota técnica, para que se contrate o particular mais apto pelo valor da menor proposta. Ao passo que, este critério (técnica e preço) tem-se como mais vantajosa a proposta que obtenha a melhor média ponderada entre a qualificação e o preço.

Por fim, o critério do Menor Preço, segundo o qual a proposta mais adequada para a administração pública será determinada pela oferta de menor preço.

O instrumento convocatório e os critérios nele contidos demandam observância bastante rigorosa durante o processamento da licitação, tanto que informam dois princípios setoriais do procedimento, o da vinculação ao edital e o do julgamento objeto das propostas. A eventual inobservância destes princípios pode comprometer toda a lisura e legalidade do procedimento.

A fase externa da licitação, aquela de efetiva disputa entre os interessados, é processada através de uma sequência ordenada de atos.

No caso das modalidades tradicionais (Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão), o processo tem início com a etapa de habilitação dos interessados, que objetiva comprovar que os licitantes possuem aquelas condições indispensáveis ao cumprimento do contrato. Esta etapa compreende a habilitação jurídica, aptidão técnica,

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 29.

qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e atendimento à proibição de trabalhos de menores.

Os licitantes que não comprovem possuir as condições exigidas no instrumento convocatório serão inabilitados e, conseqüentemente, impedidos de participarem das demais etapas do processo.

Os particulares regularmente habilitados seguirão na disputa, passando à etapa de efetivo julgamento das propostas, conforme critério eleito no instrumento convocatório. Essa etapa de julgamento poderá compreender uma aferição de pontuação técnica quando do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou poderá limitar-se à aferição e julgamento dos preços ofertados.

A proposta que melhor vantagem traga ao interesse público, ou seja, aquela que melhor satisfaça o critério de julgamento, será declarada vencedora do certame, garantindo ao proponente o direito de ser adjudicado o objeto licitado e a expectativa jurídica de uma contratação.

Por seu turno, a modalidade Pregão é processada em ordem inversa, iniciando com o julgamento das propostas de preços e, se necessário, uma etapa de lances sucessivos entre os concorrentes, para a identificação da proposta vencedora (menor preço). Segue-se, então, à etapa de habilitação com a verificação dos documentos apenas do licitante vencedor.

Ponto específico a ser tratado diz respeito à participação estrangeira nas licitações públicas promovidas. Importante investigar sobre a existência – ou não – de preferências por licitantes ou produtos nacionais em detrimento de estrangeiros. O que, desde já, responde-se de forma negativa.

Não existe na legislação aplicável qualquer espécie de preterição do licitante estrangeiro. Ao contrário, no âmbito da Lei de Licitações “*é vedado aos agentes públicos (...) estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais*”. (artigo 3º, § 1º, inciso II, Lei Federal nº 8.666/93).

Em recente alteração legislativa, apenas como critério de desempate a Lei de Licitações passou a prever a preponderância de bens ou serviços produzidos no País, independentemente da nacionalidade do produtor ou prestador.

Assim como, também como critério de desempate, a Lei de Licitações garante preferência à pessoa que invista em pesquisa ou desenvolvimento tecnológico no País. Note que, neste caso, a regra pode

beneficiar até mesmo uma empresa estrangeira em detrimento de um concorrente nacional, caso apenas aquela realize investimentos tecnológicos.

No passado, até houve determinadas diferenciações em razão da nacionalidade do licitante. Entretanto, essas distinções perderam seu fundamento após a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que suprimiu do ordenamento jurídico brasileiro o conceito de empresa nacional. Em outras palavras, após a revisão do texto constitucional, não mais existem distinções em razão da nacionalidade ou bandeira da empresa.

Existem, sim, distinções relacionadas aos bens e serviços produzidos no País; mas isso independe da nacionalidade do empreendedor. Até mesmo uma empresa estrangeira, que possua um estabelecimento no País poderá ser beneficiada pela regra. Enfim, em todas as licitações são admitidos licitantes nacionais e estrangeiros e, mais, tratados de forma absolutamente isonômica e imparcial.

Noutro prisma, também cabe investigar a hipótese de contratação de bem ou serviço financiada com recursos provenientes de agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral. Em casos como estes, a legislação pátria admite considerável flexibilização. Isto porque, a licitação poderá ser processada com observância das regras e procedimentos adotados pela entidade estrangeira ou multilateral, inclusive com relação aos critérios de julgamento e seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, podendo contemplar fatores mais abrangentes que o preço. É o que decorre da regra enfeixada no artigo 42, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prescreve que:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados

internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

No entanto, cabe ressaltar que a margem de liberdade não é plena, ela esbarra na impossibilidade de alteração do regime finalístico das contratações públicas. É que, em virtude do princípio da supremacia da Constituição Federal, a aplicação de uma norma internacional é condicionada à sua compatibilidade com as normas constitucionais. Esta orientação encontra paridade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim:

Ora, a partir da Constituição positiva do Brasil – e não daquilo que a cada um aprouvesse que ela fosse – fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la.

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estrutura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter

deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.⁹¹

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “*I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a*

Se até as normas internacionais de proteção dos direitos humanos estão regidas pelo princípio da supremacia da Constituição, então, com maior razão, as normas internacionais que regulam meras licitações financiadas com recursos externos também deverão sê-lo. Destarte, apenas se admitirá a aplicação de eventual critério ou procedimento diferenciado caso este não conflite com os preceitos constitucionais e

ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada". Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, 22/11/2002. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 de março de 2012.

normas gerais inerentes às licitações, pois, em última análise, são estes os próprios fundamentos de validade da contratação pretendida. Enfim, a supremacia da Constituição representa princípio intangível.

Isso significa que *“a licitação deverá obedecer às normas de contratação do órgão financiador, desde que não conflitem com disposições constitucionais de contratação, e especialmente o princípio de contratação mais vantajosa”*.⁹²

Enfim, não se afasta a possibilidade de utilização do procedimento seletivo do ente estrangeiro, todavia, sua aplicação apenas será regular desde que as regras alienígenas respeitem o regramento constitucional pátrio e os princípios jurídicos atinentes à administração pública e relativos ao procedimento licitatório, dentre eles o do julgamento objetivo, citado no próprio dispositivo. A propósito, não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de utilização do procedimento licitatório estipulado pelos órgãos estrangeiros financiadores:

De se destacar, ainda, que restou claro quando da prolação da Decisão nº 1.640/2002 - Plenário - TCU, que desde que não haja afronta à Constituição Federal, bem assim à legislação vigente no País, que os normativos de órgãos financiadores internacionais poderiam ser utilizados em nossos procedimentos licitatórios. Com efeito, tais normativos, naturalmente, serão bem vindos, até para o aprimoramento eventual de nossa legislação de licitações, por meio da implementação de novidades que a tornem mais ágil, mais moderna e até mesmo mais justa. No entanto, despicando comentar que cabe tão-somente ao poder constituído competente, a saber, ao Congresso Nacional, a prerrogativa de eventualmente analisar propostas de mudanças nas Leis que norteiam o processo licitatório em nosso País.⁹³

⁹² CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p 334.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ementa: *“Representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina - Secex/SC. Irregularidades nos Editais nos 008/02-00 e 009/02-00 que tratam, respectivamente, de supervisão das execução e gerenciamento ambiental da*

Portanto, os princípios regentes são elementos intangíveis nos processos licitatórios, não podendo ser mitigado nem mesmo por regramentos estrangeiros específicos.

3.2.4 Atuação encadeada direcionada ao interesse público

A ideia de processualidade está intimamente relacionada ao exercício das principais funções estatais. Neste sentido, pode-se falar de uma processualidade ampla, e não apenas adstrita ao exercício do aparato jurisdicional. De fato, até bem pouco tempo, o termo "processo" inculca no ouvinte desde logo uma vinculação com o exercício da função jurisdicional exercida unicamente pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a noção ampliada da processualidade permite falar-se, não apenas em processo judicial, mas também num processo administrativo e legislativo, conducentes à edição de decisões administrativas (enunciados administrativos) e legislativas (formalização em leis).

Sob a perspectiva da processualidade, inerente ao desempenho das atividades estatais, decorrem laços de estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente no destaque dado à chamada instrumentalidade das formas. A atual concepção de processo apresenta o direito processual, nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturadas para o exercício do poder em conformidade com determinadas finalidades⁹⁴. Desta concepção instrumental do processo, a

duplicação da BR-101, trecho sul. Audiência. Medida Cautelar concedida em 06/08/2003 suspendendo os certames. Oitiva do responsável. Argumentos trazidos pelo responsável junto ao DNIT insuficientes para sanear as irregularidades apontadas. Desobediência aos artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal, § 3º, caput, e § 1º, inciso I, e 31, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Fixação de prazo de 15 (quinze) dias para correção das irregularidades". Representação nº 011.994/2003-9. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT. Relator Ministro Adylson Motta. Disponível na internet: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 de março de 2012.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 42.

noção de processualidade migrou para abranger cada vez mais o exercício da função administrativa.

Ainda, leciona Odete Medauar que a progressiva aproximação entre a administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir⁹⁵. O próprio aumento da ingerência estatal tem, como contrapartida, a exigência de fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Por outro lado, exigências relacionadas à cidadania e ao caráter democrático do Estado de Direito trazem em si a ideia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.

No entender de Marçal Justen Filho, o processo de licitação pública “é uma relação jurídica, em que o procedimento se sujeita a regime jurídico especial, caracterizado pela subordinação aos princípios da ampla defesa e do contraditório”⁹⁶. Neste contexto é que se situa a chamada processualidade administrativa, da qual o processo administrativo, em suas múltiplas modalidades, é uma decorrência imediata.

É certo, portanto, afirmar que a licitação consiste num processo, pois representa um encontro de interesses peneirado por garantias de contraditório e ampla defesa, iniciado por vontade da administração pública e conduzido através de co-atuação entre o ente público e os particulares interessados. Compreende processo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público, conservando tratamento isonômico e garantindo a observância dos princípios gerais e setoriais a todos que demonstrem condições de participar do certame e tenham interesse em disputar o objeto contratual oferecido.

São pressupostos necessários do processo a existência de uma série de atos praticados de forma sequencial e formal, alguns de competência da própria administração, outros de responsabilidade dos participantes e, ainda, outros que podem ser praticados conjuntamente. Motivo pelo qual atribui-se à licitação caráter formal, corporificado em procedimento administrativo, este entendido, nos dizeres de Maria

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 363.

Sylvia Zanella Di Pietro, como “o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”⁹⁷.

Importa dizer, portanto, que as licitações públicas desdobram-se em fases que, devidamente planejadas e previstas, vão compor todo um procedimento. A inversão ou omissão de qualquer destas fases deverá resultar na revogação ou anulação de todo o certame ou, na melhor das hipóteses, atrasar a sua conclusão. A preocupação com o fiel cumprimento das diversas etapas que legalmente se impõem ao administrador público é, assim, medida que se entremostra necessária e deve ser seriamente realizada. A justificativa lógica para a adoção de um procedimento formal, no decorrer do processo de licitação, decorre da necessidade de plena verificação dos requisitos essenciais a permitir a aproximação entre um ente Público o particular interessado, conforme leciona Maçal Justen Filho:

A licitação, por se tratar de um procedimento, individualiza-se como uma sucessão de fases. Cada fase se caracteriza pela concentração das alterações em determinados ângulos do problema, visando atingir certas finalidades específicas. Pode estudar-se cada fase de modo isolado. É possível verificar que cada fase se orienta a um determinado objetivo e segue determinadas formalidades e princípios. [...] Ao dissociar a solução do problema em fases, o resultado é uma seqüência de pequenos problemas resolvidos de modo isolado. Reduz-se a complexidade de um grande problema através de seu fracionamento em uma série de pequenos problemas.⁹⁸

O processo de licitação pública, em sentido amplo, tem início no âmbito exclusivo da administração pública. Sendo necessário que todos os atos sejam reunidos em processo administrativo previamente instaurado nos moldes usualmente adotados pelo ente licitante.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7ª ed. Atlas: São Paulo, 1996. p. 397.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 394.

Sucintamente, os elementos formais que compõem o processo licitatório são aqueles descritos no artigo 38 da Lei nº 8.666/93, a saber:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;

IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;

V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração

Portanto, planejada e verificada a necessidade de contratação, o órgão interessado irá formular requisição ou pedido, visando viabilizar o negócio, à autoridade superior competente, a quem compete expedir a competente autorização para instauração do processo, com a indicação

sucinta do objeto desejado e enumeração dos recursos orçamentários destacados para a realização da despesa.

Superada essa etapa inicial, incumbe ao administrador realizar a discriminação do objeto a ser contratado, o que se deverá fazer do modo mais completo possível, com o objetivo de evitar falhas ou omissões indesejáveis, decorrentes de uma imprecisa descrição que apenas se prestará a invalidar ou atrasar o certame ou a acarretar descabido e injustificável prejuízo ao ente Público, ante a contratação de algo diverso daquele que efetivamente se pretendia. Vale lembrar que, nos termos do artigo 2º, inciso XI, da Lei nº 9.784/99, o administrador deverá utilizar-se de termos claros “suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”, vedando formalismos ou complexidades excessivas.

O delicado ofício de definir o objeto que se visa obter consistirá de etapa específica em que não serão dispensados conhecimentos técnicos e onde não haverá campo para especulações ou amadorismo. Caberá à administração adotar providências diversas consoante se trate de obras, serviços ou compras.

A individualização do objeto há de ser feita em conformidade com a natureza do que se pretende contratar. A disciplina apresentada pela ordenamento jurídico, nesse particular aspecto da fase interna da licitação, cuida de formas distintas as situações alusivas a obras e serviços e aquelas relativas às compras.

Em se tratando de obras e serviços, mormente na área de engenharia, ver-se-á a administração compelida a providenciar a elaboração de projeto básico, o qual será posteriormente consolidado em projeto executivo, ambos deverão reunir os requisitos postos no artigo 6º, incisos IX e X, da Lei de Licitações, detalhando da forma mais completa e legível possível, assim, o que se pretende executar.

Estando os projetos desenvolvidos e firmados, há necessidade, ainda, de se buscar estimar o custo das obras e serviços, o que se fará por intermédio de orçamento detalhado, expressando a composição de todos os custos unitários (artigo 7º, § 2º, inciso II), que servirá como parâmetro para a quantificação do montante estimado para a contratação. Esta cotação de preços deverá ser realizada de forma responsável, por intermédio de adequada coleta de valores e previsão de custos, confiada a pessoa dotada de competência e de conhecimentos para tanto, sendo inadmissível qualquer atuação de forma descompromissada e aleatória, baseada, às vezes, em favores de eventuais futuros participantes do certame que em breve será instaurado.

De posse do valor estimado da contratação, etapa seguinte será a de verificar a existência de previsão para a realização da despesa, mediante inclusão feita nas leis orçamentárias. Quanto a esse aspecto específico, é necessário ter em mente que é vedado o início de projeto não incluído na lei orçamentária anual, assim como a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, conforme artigo 167, incisos I e II, da Constituição Federal. Não são admitidos, outrossim, investimentos cuja execução ultrapassem um exercício financeiro sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a sua inclusão, sob pena de ver-se o responsável incurso em crime de responsabilidade conforme artigo 167, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Deve-se ter em mente, ainda, que nem todas as exigências contidas na Lei se mostram compatíveis com serviços alheios à área de engenharia, devendo a administração, em tais casos, efetuar as necessárias adequações. Cuidado que se deve ter, em relação a estas adaptações, é o de definir adequadamente o objeto, detalhando-o tão perfeitamente quanto possível em instrumento hábil. Deve-se respeitar a intenção da Lei, que é a de evitar a instauração da licitação e a posterior contratação de algo que, por ausência de definição prévia, não se preste a atender às necessidades da administração.

Por outro lado, em relação às compras, o artigo 14 da Lei de Licitações inicia a disciplina do tema estabelecendo, como regra preliminar, que "nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa". A intenção claramente explicitada é no sentido de que não se deve dar início à aquisição de bens para a administração sem prévia definição do que se pretende adquirir e sem que haja recursos previstos para a realização dessa despesa.

O artigo 15 do Estatuto de Licitações apresenta os requisitos indispensáveis para a instauração da concorrência pela compra.

Deve a administração, sempre que possível, buscar a padronização dos bens adquiridos. Compete ao administrador ter em mente aquisições passadas e futuras, especialmente quando se tratar de bens de vida útil continuada, com o intuito de facilitar e reduzir eventuais gastos com manutenção ou mão-de-obra, por exemplo, sendo este o desejo maior da norma.

Ainda, o dispositivo aproxima o tratamento às negociações procedidas no âmbito privado, flexibilizando a forma de

comercialização e pagamento de acordo com as peculiaridades do mercado local. Possibilitando, também, a efetivação de cadastro contendo o registro de preços dos fornecedores interessados, faculdade que, inegavelmente, tem o condão de agilizar as contratações, evitando que a administração tenha de esperar por demorado procedimento formal para a aquisição de bens essenciais ao seu funcionamento.

Novamente, o artigo 15, § 7º da Lei de Licitações demonstra preocupação com a detalhada e completa especificação dos bens que se pretende adquirir, vedada a indicação de marca. Mas não é bastante a individualização satisfatória dos bens, há, também, a necessidade de que sejam definidas as quantidades em função do consumo e utilização prováveis, adotando-se, para esse efeito, adequadas técnicas quantitativas de previsão. Sendo o caso, a administração pública também deve atentar para as condições de guarda e armazenamento, evitando, assim, a deterioração dos bens adquiridos por ausente adequadas condições de acomodação e de proteção. Almeja-se, com tais exigências, evitar desperdícios e gastos desnecessários, coibindo atitudes negligentes.

Cabe asseverar que, em relação às compras, uma verificação preliminar do custo estimado da contratação é providência que deve ser tomada pela administração, já que apenas se admitirá a instauração do certame licitatório se houver previsão de recursos específicos no orçamento destacado ao ente público.

Estes, portanto, os cuidados básicos que em lei são impostos em relação às compras.

Cumpridas as exigências básicas em relação a obras, serviços e compras e tendo a administração posse do valor estimado da contratação, deverá o ente licitante verificar a modalidade de certame a ser estabelecido, conforme tipos dispostos nos artigos 22 e 23 da Lei de Licitações (concorrência, tomada de preços, convite, concurso ou leilão) ou na Lei nº 10.520/02 (pregão). Há hipóteses de modalidade que poderiam ser denominadas comuns, abrangendo a concorrência, tomada de preços e convite, e formas especiais, caso do concurso, leilão e pregão, estas manejadas em contratações específicas, cabíveis apenas nos casos a que são exclusivamente destinadas. Ou, em caráter excepcional, poderá a administração pública lançar mão de contratação direta, sendo caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, nos estritos termos dispostos nos artigos 24 a 26 da Lei de Licitações, aplicável apenas nos casos expressos, pois, nos dizeres de Eros Roberto Grau, “a verificação de determinado caso de inexigibilidade de licitação não é operada no círculo da formação de um juízo de oportunidade,

discricionário, pela administração, mas sim mediante a formulação, por ela, de um juízo de legalidade”.⁹⁹

Quanto às modalidades comuns, a concorrência representa o padrão do processo de licitação, pois é a mais completa, conduzindo o certame por todos os procedimentos previstos em lei, ao passo que a tomada de preços acelera a fase de proposição e habilitação dos interessados e o convite supre a divulgação do certame, representando, assim, procedimentos mais céleres.

Diz-se que a administração pública pode optar pela modalidade a ser manejada, pois sempre será possível a forma mais completa, cabendo a tomada de preços quando for o caso de convite ou a concorrência em qualquer das possibilidades.

Superados os requisitos formais, o administrador passará à elaboração do instrumento convocatório.

Em se tratando de licitação nas modalidades de concorrência e tomada de preços, o edital deverá ter o seu conteúdo formado de acordo com as exigências inscritas no artigo 40 da Lei de Licitações, impondo cuidadosa elaboração do instrumento, com a utilização de linguagem concisa e clara, de modo a não causar gravame ou frustrar o caráter competitivo do processo, em função de omissões, descuidos ou até mesmo de desnecessárias exigências.

O edital deverá contemplar as exigências necessárias a comprovar a capacidade de contratar e da satisfatória execução do objeto por parte do particular. Suas cláusulas, exigências, condições e critérios são eleitos por exercício de pura discricionariedade, por parte do administrador, que se encontra adstrito tão somente aos limites máximos e mínimos impostos pela lei de regência. Assim, com o intuito de evitar abusos por parte do administrador, estão inscritos nos artigos 27 a 33 do Estatuto de Licitações os documentos e condições máximas e mínimas a serem exigidos dos proponentes, não podendo ser formuladas exigências além, sob pena de excessivo formalismo, nem injustificadamente aquém, sob pena de ilegalidade, daqueles limites, vez que o instrumento convocatório deve definir cuidadosamente o tipo de licitação, os fatores e critérios de julgamento.

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Inexigibilidade de Licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só podem ser Fornecidos ou Prestados por Determinado Agente Econômico*. In: Revista de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100, p. 37, outubro a dezembro/1991.

Por outro lado, os artigos 34 a 37 da Lei de Licitações prevêem os registros cadastrais, como forma de agilizar a atuação administrativa, compostos por tantos fornecedores quantos os que tenham interesse em pactuar com a administração.

De suma importância, ademais, que não se estabeleçam exigências de habilitação desnecessárias, em flagrante descompasso com o que se pretende contratar. Isto porque, ao buscar-se supostamente a proteção dos interesses da administração, com a previsão de cobranças exageradas, apenas se estará impedindo a ampliação do número de licitantes e, em consequência, criando óbice ao alcance da finalidade precípua da licitação, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa dentro do mais amplo universo de competidores. E além de se estar afastando do certame licitantes capazes, poder-se-á criar a aparência de que o certame acha-se dirigido a um ou outro participante.

Há de se ter em vista, outrossim, que as exigências alusivas à formulação das propostas não devem estar dissociadas daquilo que é realmente compatível com essa fase da licitação. Exigir conteúdo que a nada se presta ou que não atende a nenhuma finalidade específica não é conduta aceitável e apenas serve para criar embaraços ao alcance do que efetivamente se almeja em cada certame.

O ato convocatório tem caráter normativo, sendo, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, o “instrumento pelo qual a administração leva ao conhecimento público a abertura de concorrência, de tomada de preços, de concurso e de leilão, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas”, motivo pelo qual, continua o autor, o edital é “semelhança da lei”¹⁰⁰. Dada a importância, o autor reputa ao edital um caráter de norma com função recíproca entre os direitos e deveres da administração e dos participantes:

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e,

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.¹⁰¹

No mesmo timbre, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.¹⁰²

O edital é concebido para o exclusivo propósito de regular o processamento da licitação. Se este escopo for desrespeitado, o edital torna-se inócuo e deixa de ser fonte de legitimação dos atos praticados no curso da licitação. Nesse contexto, a adoção de critério diverso daquele eleito pelo edital esvaziou a própria legitimidade do ato, porquanto distanciado da regra que lhe deveria fundamentar. Cabíveis, nesse sentido, as lições de Marçal Justen Filho:

O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração Pública, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto as regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação[...]

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 202.

O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes.¹⁰³

A elaboração e publicação do instrumento convocatório encerra a fase interna da licitação. O próximo ato será a convocação dos interessados para participarem da disputa.

Elaborado o edital e estando definido o conteúdo desejável e adequado à licitação que se pretende instaurar, nos termos do artigo 38, parágrafo único da Lei de Licitações, impõe-se remeter todo o processo, minutas e memoriais ao exame do órgão jurídico da entidade licitadora para, à luz das disposições legais aplicáveis à espécie, verificar se não há alguma omissão ou o estabelecimento de exigências que, no caso específico, venham a oportunizar futuros questionamentos e até mesmo a anulação de todo o certame.

Esse exame jurídico prévio não deve ser visto e tratado como mera formalidade, cumprida apenas para o efeito de atender-se à determinação legal e que será retratada pela oposição de um mero "visto" do advogado nos instrumentos. É, em realidade, ato que se inclui na fase interna da licitação e que possui grande importância, até porque uma análise superficial ou descompromissada poderá ensejar a preservação de ilegalidades nos instrumentos, comprometendo não só o bom andamento da licitação, como também a sua finalização. Isto acarretará para a administração injustificáveis prejuízos, diretamente resultantes da necessidade de repetir-se procedimentos e do fato de impedir ou retardar o alcance do objetivo de interesse público fixado.

Impende sublinhar que os responsáveis pelo instrumento convocatório são a autoridade superior e, em certa medida, o consultor jurídico¹⁰⁴. A comissão de licitação e o pregoeiro não respondem pelo

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 567-568.

¹⁰⁴ Considerando que a manifestação quanto ao instrumento convocatório é função obrigatória do consultor jurídico, não mera faculdade, o Supremo Tribunal Federal externou o seguinte entendimento: “*Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerando não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor*

instrumento convocatório, ao contrário, estes apenas recebem o edital pronto e tem a função de dar-lhe cumprimento, atendendo ao procedimento nele contido.

Estando o procedimento regularmente formado e aprovado pelo órgão jurídico competente, poder-se-á, então, definir a data de abertura do certame e dar início à fase competitiva da licitação, o que se fará em conformidade com as regras que se acham inseridas no artigo 21 da Lei nº 8.666/93, ou seja, extrair-se-á um resumo do edital e se fará publicar este, uma vez na imprensa oficial e uma vez em jornal diário de grande circulação no local em de realização da licitação.

Em continuidade, será iniciada a fase externa da licitação, onde haverá a disputa propriamente dita. Em linhas gerais, nas modalidades licitatórias tradicionais – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão –, o procedimento que se desencadeará, descrito no artigo 43 da Lei nº 8.666/93, terá início com a entrega dos documentos e propostas pelos interessados, devidamente lacrados e invioláveis antes da abertura, passando pela fase de habilitação dos licitantes, seguida pelo julgamento das propostas, culminando na classificação dos competidores, adjudicação do objeto e homologação do resultado. Por sua vez, em relação ao pregão, o procedimento está ordenado no artigo 4º da Lei nº 10.520/02, tendo como principais marcas a inversão entre as etapas decisivas e, principalmente, a existência de etapa destinada à disputa verbal de preços, de modo que o procedimento, após a entre do

competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, Não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade” (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”. Mandado de Segurança nº 24.584/DF. Ideli dos Santos Pinto e Outros e Tribunal de Contas da União. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 19/06/2008). Anote-se, por oportuno, que o entendimento foi acatado por maioria, havendo divergência por parte dos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia quanto ao posicionamento.

envelopes, segue diretamente para o julgamento das propostas, acompanhado da fase de lances verbais e classificação, seguida pela habilitação do vencedor, culminando na adjudicação e homologação.

A sistemática criada pelo pregão trouxe um inegável avanço ao ambiente do certame. A inversão das etapas de aferição das ofertas, colocando a classificação dos preços em primeiro plano, para posterior aferição da habilitação tão somente do vencedor, ampliou sensivelmente a eficiência das contratações públicas. Tais proveitos foram recebidos com tamanho contentamento que, a União instituiu a mesma inversão procedimental para as licitações voltadas às outorga de permissões e concessões, através da alteração incluída pela Lei nº 11.196/50, que acrescentou o artigo 18-A no estatuto das concessões e permissões e, ainda, da edição da Lei nº 11.079/04 em relação às parcerias público-privadas.

A etapa de habilitação compreende momento no qual a administração pública dedica-se a analisar a qualificação dos licitantes. Para tanto, nesta fase os licitantes deparam-se com a necessidade de comprovar documentalmente sua regularidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal. Assim, em face das exigências do instrumento convocatório, cabe aos competidores submeterem seus registros documentais à apreciação da entidade licitante, que, por sua vez, debruça-se a verificar a qualificação pessoal dos licitantes para, então, declará-los habilitados caso satisfeitas as exigências, ou, inabilitados se verificada alguma irregularidade.

Para Joel de Menezes Niebuhr:

A habilitação é a fase do processo de licitação pública em que a Administração averigua a capacidade e a idoneidade dos licitantes para firmarem contrato com ela. A Administração não deve contratar qualquer um, que não tenha a qualificação adequada. Ao contrário, ela deve verificar se aqueles que pretendem ser contratados reúnem ou não as condições para tanto.

É importante frisar que na fase de habilitação a Administração cuida do licitante, da pessoa que pretende firmar contrato com ela. Logo, na fase de habilitação a Administração não cuida da proposta, mas do proponente. Nesse momento, a Administração não avalia o que lhe é oferecido, porém quem oferece, se quem oferece agrega ou

não capacidade e idoneidade para cumprir o contrato.¹⁰⁵

Quanto às finalidades da etapa de habilitação, Hely Lopes Meirelles assegura que a habilitação visa verificar se o proponente detém “aptidão efetiva para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos”.¹⁰⁶

A avaliação dos requisitos de habilitação é medida indispensável em qualquer certame licitatório, ainda que a rigidez das exigências possa variar em face do objeto que será contratado ou da forma pela qual se procederá à contratação.

Os requisitos de habilitação, assim como seus limites, tem correlação imediata e lógica com o próprio objeto licitado, a exemplo das exigências de qualificação técnica que demandam conhecimentos similares ao objeto licitado. Será em face das circunstâncias e peculiaridades do objeto que se definirá qual o conjunto de habilidades mínimas são necessárias para sua realização. Desde o momento em que foi definido o objeto da licitação, ainda que indiretamente, a administração pública já ocupou-se em delinear os requisitos de qualificação necessários. É diante da simplicidade ou complexidade do objeto licitado que se identificam as virtudes pessoais indispensáveis.

Demais disso, o artigo 32, § 1º, da Lei n° 8.666/93 contempla regra pela qual “a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”.

De mais a mais, impende sublinhar que no pregão o regime de habilitação é bastante simplificado, até mesmo como decorrência lógica de seus objetos comuns. Assim, diferentemente das modalidades tradicionais, no pregão o artigo 4º, inciso XIII, da Lei n° 10.520/02 prescreve que “a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do instrumento convocatório

¹⁰⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. _____.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 287.

quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”.

A despeito da menção expressa, não se pode levar em conta a possibilidade de dispensa de todos os documentos, pela notória inconstitucionalidade do termo em face do artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, que impede a pessoa em débito com o sistema de seguridade social de contratar com o poder público¹⁰⁷. Logo, é dado à administração pública dispensar em parte as exigências de habilitação, medida que recairá ao seu juízo de conveniência e oportunidade. Confere-se margem discricionária à administração pública em relação à medida das exigências que fará, sempre à vista do objeto licitado e prévia e devidamente justificada, como deve ocorrer em qualquer caso de discricionariedade.

Identificada a existência de margem de liberdade para dispensar exigências de habilitação, é de se indagar se a administração pública também conta com liberdade para ampliar requisitos de habilitação. A questão encontra alguma controvérsia na doutrina. Mas, com a vênua aos que entendem ser viável a formulação de exigências que exorbitem o rol contido na legislação de regência, a inclusão de novas exigências representaria tarefa nitidamente legiferante e, portanto, reservada às Casas do Legislativa.

É dizer que a margem de liberdade outorgada à administração autoriza, apenas e tão somente, eventual dispensa ou redução das exigências de habilitação. E assim o é porque a administração pública somente está autorizada a fazer aquilo que o ordenamento jurídico a autoriza. Por força do princípio da legalidade, com sua específica densidade no âmbito das relações administrativas, é que a administração pública não pode incluir em seus editais exigências que excedam àqueles elencados nas normas de regência. A redação da Lei nº 8.666/93

¹⁰⁷ Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior leciona que: “*Conquanto a lei consinta na dispensa de todos os documentos, pelo menos um não poderá dispensar a Administração: a prova de regularidade perante a seguridade social (art. 29, IV), porque a Constituição não distingue entre modalidades, espécies ou objetos quando proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, §3º). A dispensa total da documentação é inconciliável com a ordem constitucional, no concernente à prova da regularidade fiscal referente a débito previdenciário*” (In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,).

é unívoca ao prescrever que a documentação exigível em licitações “limitar-se-á” àquela especificada.

Afora a etapa de habilitação, outra assentada específica é aquela destinada à abertura e julgamento das propostas apresentadas à administração. É neste momento, no julgamento das propostas, que a administração pública se ocupará em identificar precisamente qual proposta melhor satisfará o interesse público. A etapa tem como objetivo promover o final julgamento do certame, segundo os exatos critérios estabelecidos antecipadamente, portanto:

A fase de julgamento culmina com uma classificação, na qual a Comissão distingue as propostas segundo as vantagens apresentadas. A classificação significa arrolar as propostas segundo uma ordem decrescente de vantajosidade. Assim, a proposta classificada em primeiro lugar é considerada vencedora.¹⁰⁸

A fase de julgamento compreende a análise de aceitabilidade das ofertas e, conforme o critério de seleção eleito pelo instrumento convocatório, a apreciação das propostas técnica e de preço ou apenas da proposta de preço. A rigor, como prescreve o artigo 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93, são quatro os critérios possíveis de serem adotados pela administração pública, o de menor preço, o de técnica e preço, o de melhor técnica e o de maior lance ou oferta.

Como regra geral a administração pública deve, preferencialmente, lançar mão do critério do menor preço. A justificativa para estimular o uso deste tipo é simples, é que este critério espelha a forma mais objetiva de aferição comparativa entre as propostas, afastando por completo qualquer subjetivismo e privilegiando a escolha que melhor economicidade propicie ao poder público. Sublinha-se que este é o único critério admitido para a modalidade pregão.

Por outro lado, as licitações que tenham como objeto a contratação de serviços de natureza eminentemente intelectual devem ser julgadas pelos critérios de técnica e preço ou de melhor técnica. O artigo 46 da Lei nº 8.666/93 esclarece, exemplificativamente, que são considerados serviços que dependem de razão intelectual os que

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 403.

envolvam elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva, sobretudo as atividades de elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. Nestes casos, o cotejo entre as propostas apresentadas deve ser realizado através de métodos específicos para mensurar as variações técnicas de cada uma. Estes critérios são excepcionais, sua utilização é restrita para os casos nos quais a execução dos serviços verdadeiramente dependa de um diferencial intelectual.

Em ambos os critérios que envolvem apreciação técnica, o julgamento decorre de uma apreciação dúplice, primeiro as soluções técnicas ofertadas e, após, os valores propostos. A distinção entre os dois tipos reside no seguinte: no critério de técnica e preço, o resultado final decorrerá a partir da média ponderada das avaliações das propostas técnica e de preço, adotando como multiplicador para cada resultado os pesos previamente estabelecidos no edital; por sua vez, no critério de melhor técnica, a busca é pela proposta de menor custo que agregue a melhor condição técnica possível, de modo que a classificação final sempre será em razão da proposta de melhor valor.

Explicando de outra forma. No julgamento pela técnica e preço, são atribuídos dois valores para cada licitante, um em relação à proposta técnica e outro à proposta de preço, daí extrai-se a média dessas notas, que pode ser ponderada, e ordena-se a classificação conforme esta. De outra banda, no julgamento pela melhor técnica, são atribuídas notas à proposta técnica dos licitantes decorrendo aí uma classificação decrescente, observada a pontuação mínima necessária; seguindo-se à abertura das propostas de preços e à negociação para que o proponente tecnicamente melhor classificada equipare sua oferta àquela de menor preço, isso se já não for a sua; acaso o licitante tecnicamente superior não reduza sua oferta ao menor preço ofertado, a mesma negociação será adotada, um a um, com os demais licitantes, respeitada a ordem de classificação técnica, até que se obtenha a melhor técnica pelo custo equivalente ao menor preço.

É intuitivo imaginar que a apreciação de critérios técnicos carrega consigo certa margem de subjetividade. E, de fato, isso ocorre. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Cumprе reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a

aferição das propostas –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.¹⁰⁹

A existência de margem subjetiva em avaliações não é algo estranho na administração pública. Tome-se como referencial os concursos para provimento de cargos públicos, onde é corriqueira a realização de provas descritivas e cuja correção perpassa pelo convencimento pessoal do avaliador. A situação não é estranha, porém deve ser encarada como excepcional, por efeito que, em casos tais, a administração pública deve redobrar seu empenho quando da definição dos métodos de aferição para torná-los tão objetivos quanto seja possível.

Por seu turno, o critério de julgamento do maior lance ou oferta tem lugar nas ocasiões em que a administração pública procure remuneração por algo que ofereça a terceiros, a exemplo da alienação de seu patrimônio ou da concessão do direito de uso de bens públicos.

Por derradeiro, para o caso específico de concessões e permissões, afora os critérios de julgamento dantes mencionados, o artigo 15 da Lei nº 8.987/95 consigna a possibilidade da administração pública fazer uso de dois critério novos, um contemplando a melhor proposta técnica com preço fixado no edital, outro da melhor oferta após qualificação técnica pré-determina, e, ainda, autoriza a possibilidade de combinação entre critérios de julgamento. No mais, registre-se, referida Lei utiliza nomenclaturas distintas sem, entretanto, inovar no conteúdo dos critérios tradicionais, explica-se: o valor de menor tarifa coincide em tudo com o menor preço; a maior oferta equipara-se ao maior lance; as combinações de tarifa ou oferta com técnica igualam-se à melhor técnica e técnica e preço.

Concluído o julgamento e classificadas as propostas nos casos tradicionais, ou concluída a habilitação do vencedor no caso do pregão, o processo licitatório seguirá à sua fase integrativa, destinada ao seu

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 489.

fechamento e conclusão, que se faz por meio de dois atos: a adjudicação do objeto ao vencedor e a homologação do procedimento¹¹⁰.

Aquele primeiro ato, a adjudicação, compreende o enunciado formal pelo qual, pondo fim à competição, declara-se o vencedor e atribui-lhe o objeto licitado. A adjudicação pode ser realizada pela comissão de licitação e pregoeiro ou pela autoridade superior.

Por sua vez, a homologação corresponde à confirmação final do procedimento, cabendo à autoridade superior avaliar a legalidade e legitimidade de tudo o que fora empreendido no certame e, após analisado, validar o resultado se convencido de sua regularidade ou censurar o resultado se reputar ilegal o procedimento ou inoportuna a contratação.

O encerramento do processo licitatório, se regular, desencadeia a possibilidade de execução do objeto contrato, o que será formalizado pelo instrumento contratual ou consensual adequado a cada caso concreto. A licitação constitui relevante meio pelo qual o poder público identifica a proposta mais adequada pela concretização de seus ideais, pois é durante o procedimento licitatório que a administração pública caminha no sentido daquilo que almeja executar.

O procedimento pressupõe a necessidade de fracionamento dos requisitos que importam para a satisfatória execução do objeto desejado. Cada etapa tem seu foco direcionado a um determinado ângulo de análise, culminando sempre com uma decisão de aprovação ou reprovação dos particulares que se submeteram às provações. Nesta

¹¹⁰ Joel de Menzes Niebuhr relata que a assimetria de conteúdo entre o artigo 38, inciso VII, e o artigo 43, inciso VI, ambos da Lei nº 8.666/93, induz a divergências quanto ao momento e competência pelos atos de adjudicação e homologação, bem como ressalta que a solução da divergência pode ser encontrado na redação da Lei nº 10.520/02, ante sua clareza. Porém, em sua análise, o autor deduz que: *“Em virtude da redação de tais dispositivos e da própria ordem como eles foram insertos no corpo da Lei nº 10.520/02, é claríssimo que adjudicação antecede a homologação. // Quanto ao agente competente para proceder à adjudicação e à homologação, conclui-se o seguinte: (a) se não houver recurso, o pregoeiro é o responsável pela adjudicação, devendo fazê-lo imediatamente, na própria sessão (inciso XX do artigo 4º); (b) se houver recurso, a autoridade competente, junto com a respectiva decisão, já adjudica o objeto da licitação ao vencedor (inciso XXI do artigo 4º); (c) de todo modo, não há dúvida de que o responsável pela homologação é a autoridade competente (inciso XXII do artigo 4º)”*. (In: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p ____).

sucessão lógica de soluções, cada decisão alcançada resolve um dos requisitos necessários e, ainda, condiciona as fases subsequentes. É pela inteligência do procedimento que se elegem as condições e requisitos de participação perante o mercado, assim como se averigua a regularidade pessoal do licitante na habilitação, ainda, as virtudes técnicas e/ou econômicas da proposta ofertada no julgamento e, por derradeiro, a retidão e conveniência do resultado ao final proclamado.

No exercício da função administrativa, a licitação pública sucede ao planejamento feito e antecede à execução do objeto, constituindo relevante meio de satisfação dos interesses públicos. A licitação está na justa medida entre o planejamento e a execução do objeto, assim representando um elo que conecta estes dois extremos. A regularidade do processo licitatório decorre, em muito, de se manter hígido o direcionamento planejado durante todas as etapas do procedimento. Sob outro ângulo, o grau de sucesso da execução do objeto futuramente contratado dependerá, em larga medida, do grau de regularidade do procedimento licitatório, de modo que eventuais desvios neste último repercutirão negativamente na qualidade do resultado prático.

Por tudo e em tudo, nos espaços públicos de interação, onde se vê a imprescindível participação de particulares, o instituto da licitação pública tem singular relevância na garantia da legalidade e legitimidade da atuação administrativa, pois o procedimento licitatório foi concebido para garantir que o delicado relacionamento entre o poder público e a sociedade privada seja presidido pelo interesse coletivo e, por conseguinte, repelir qualquer pretensão de graça ou benesse privada. Daí a relevância dos instrumentos de controle sobre as licitações públicas, como meio coercitivo para evitar ou censurar atuações írritas ao ordenamento jurídico, manifestações incompatíveis com o instituto e pretensões contrárias ao interesse público. Tais aspectos serão o mérito de abordagem do próximo capítulo da presente pesquisa.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Como antes visto, nos capítulos que alicerçam a presente pesquisa, o controle da função administrativa consiste um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Para além de instrumento de proteção do regime jurídico vigente, os mecanismos de controle prestam-se à aferição da legitimidade das relações desencadeados no cenário de interação pública e, ainda, investigação acerca dos elementos subjetivos inerentes à moralidade que deve motivar a atuação pública. Os mecanismos de controle engendram, em si, o poder para censurar atuações reputadas írrita aos preceitos informativos da ação pública, sobretudo a legalidade e legitimidade.

Também observado que as contratações públicas ocupam relevante parcela dentre as atividades estatais, porque adequadas ao atendimento daquilo que, apesar de incapacitado por sua insuficiente disponibilidade estrutural ou técnica, o Estado tem o dever-poder de executar, disponibilizar ou entregar à sociedade. Sem embargos, a adequação da integração entre o poder público e o ambiente privado perpassa pela necessária observância do rito procedimental eleito pelo ordenamento jurídico, a saber: a licitação pública. A licitação pública é composta dos utensílios processuais suficientes à observância dos pressupostos de legitimação da contratação pública realizada, sempre orientada pelos vetores de isonomia, ampla competitividade e busca pela oferta mais vantajosa ao interesse público. Neste cenário, os processos licitatórios conduzidos pelo poder público demandam séria atividade controladora.

No âmbito das licitações públicas, o controle compreende as atividades de orientação e fiscalização das atuações dos agentes públicos e licitantes particulares envolvidos no ambiente licitacional. Os mecanismos de controle têm seu foco centrado na preservação da licitude e legitimidade das contratações públicas. Sua finalidade mediata pode ser encontrada na pretensão de assegurar o melhor atendimento aos interesses públicos perseguidos, agindo, em primeiro plano, como guia para orientar ao correto processamento das licitações que se desenvolverão e, em segundo plano, como repressor para censurar as ações e medidas impertinentes ao interesse público.

A atuação administrativa carrega consigo o dever-poder de controlar, ainda em sua intimidade, os enunciados por si emanados. Trata-se do controle interno exercido com apoio no poder de autotutela,

como reconhecido pelo consolidado entendimento expressado nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que pode desencadear-se por iniciativa da própria administração pública através de sua composição hierarquizada e de suas diligências ou, ainda, por provação de terceiros interessados no processo por meio de impugnações, solicitações de esclarecimentos e providências, recursos, representações e pedidos de reconsideração.

O controle interno espontâneo situa-se em todas as instâncias de revisão e autorização exercidas pela administração licitante durante o processo de contratação. Estes meios de controle são encontrados em diversos momentos da atuação administrativa, cabendo seu emprego na fase interna, fase de concorrência e classificação e na fase integrativa da licitação. Como regra geral, cada etapa do procedimento demanda conclusão e aprovação pela autoridade superior competente, para que se permita seguir às etapas subseqüentes. Com efeito, sempre que a administração pública encerrar um ciclo relevante no processo de contratação, todo o contexto de formação do enunciado decisório e este também são submetidos ao aval do superior hierárquico responsável pela contratação. Neste momento, ao superior hierárquico compete vistoriar a regularidade da etapa realizada e, convencido de sua adequação, permitir a continuidade do processo.

Em relação às contratações de obras e serviços, a regra de controle interno espontâneo deflui da disposição literal do § 1º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93, confiando à autoridade competente que verifique a correção dos atos em relação à correta indicação do objeto e a ocorrência de projeto básico aprovado, de orçamento detalhado, da previsão orçamentária e de análise do impacto financeiro da contratação e, ainda, que avalie a adequação do instrumento convocatório e decisões em relação à inserção de critérios discriminatórios, de critérios inapropriados à ampliação da competitividade e de vedações injustificadas.

No caso de compras e alienações, apesar da ausência de regra com a clareza daquela supramencionada, a fiscalização espontânea da regularidade do processo licitatório é subjacente ao plexo de competências atribuídas à autoridade superior, notadamente em razão na necessária autorização prévia à abertura do procedimento aludida pelo artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93.

Em paralelo, os demais agentes envolvidos no processo de contratação também partilham de atribuições de controle interno, ocupando-se de esclarecer ou complementar a instrução processual. A

incumbência de controle decorre, neste aspecto, da hipótese descrita pelo § 3º do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/93, que faculta a realização de diligências em qualquer etapa do processo licitatório, assim:

Art. 43. [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

A interpretação dada ao tema orienta pela obrigatoriedade da realização de diligências pela administração pública. Isto porque, não é dado ao administrador optar pela realização de tratamento isonômico ou pela persecução da proposta mais vantajosa. Tais predicados – tratamento isonômico e busca pela oferta mais vantajosa – são indissociáveis da função administrativa, não uma simples faculdade. Com efeito, se diante de situação incerta em relação ao processo licitatório, tem-se a impositiva necessidade de sanar referida dúvida, o que se faz por meio da diligência. Nesta linha são as lições de Adilson Abreu Dallari, para quem a oportunidade para o saneamento do processo constitui medida indisponível para os agentes administrativos, assim:

O dispositivo legal mencionado afirma, textualmente, que a promoção de diligência é uma “faculdade” da comissão julgadora ou da autoridade superior. Evidentemente não se pode aceitar que o agente administrativo possa decidir livremente se deseja ou não promover uma diligência esclarecedora. Se assim fosse, sempre haveria o risco de tratamento não igualitário; de condescendência com relação a algum licitante e de rigor em relação a outro. Portanto, a previsão legal estabelece um dever de promover diligências esclarecedoras e não uma faculdade. Esclarecer eventual dúvida quanto a sua proposta é um direito do licitante.¹¹¹

¹¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 138.

Por derradeiro, a fase integrativa do certame compreende etapa primordialmente destinada ao controle do processo licitatório, exercida de forma interna e espontânea pelos agentes públicos envolvidos no processo de contratação. O controle neste momento revela-se através dos atos de adjudicação do objeto licitado e de homologação do procedimento. Tais atos, quando realizados, confirmam a deliberação final da administração pública em relação ao licitante que ofertou a proposta mais vantajosa, e, em relação ao procedimento que fora consumado. A autoridade superior imbuída desta ferramenta de controle detém prerrogativa de revogar ou anular o certame, conforme regra contida no artigo 49 da Lei federal nº 8.666/93 em relação às modalidades tradicionais e repetida no artigo 18 do Decreto Federal nº 3.555/00 e no artigo 29 do Decreto Federal nº 5.450/95 em relação ao pregão, respectivamente pela superveniência de fato suficiente a desnaturar o interesse na contratação ou quando verificada ilegalidade no processo.

Por outro lado, o regime jurídico inerentes aos processos licitatórios preserva possibilidade de controle interno provocado pelos interessados. Nestes casos, permite-se aos particulares que, em modo e tempo oportunos, impulsionem a revisão do conteúdo da licitação.

Em primeiro, a Lei Federal nº 8.666/93 concede a qualquer interessado o direito de impugnar o orçamento da contratação e impugnar o ato convocatório. As impugnações ao quadro de preços e ao instrumento convocatório são dotadas, apenas, de efeito devolutivo, pelo que não ocasionam a suspensão do certame.

A impugnação ao quadro de preços decorrer do permissivo contido no § 6º do artigo 15 da Lei Federal nº 8.666/93 e tem com finalidade apontar inconsistência orçamentária, exclusivamente, em relação aos preços vigentes no mercado, desvelando seu nítido propósito de proteção ao erário.

Por sua vez, a impugnação ao ato convocatório, assentada nos §§ 1º a 3º do artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/93 para as modalidade tradicionais, no artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/00 para o pregão na forma presencial e no artigo 18 do Decreto Federal nº 5.450/05 para o pregão na forma eletrônica, faculta a qualquer cidadão a prerrogativa de questionar o conteúdo da licitação que se seguirá. Uma nota elementar é que a impugnação ao ato convocatório tem ampla margem de investigação. Seu poder de controle estende-se a todo o conteúdo do edital, podendo abordar todas as matérias que integram o edital ou

convite¹¹², inclusive os projetos ou termo de referência, o orçamento, a minuta contratual e eventuais especificações complementares. Dizendo de outra forma, a impugnação ao instrumento convocatório pode enfrentar todos os elementos descritos nos incisos e parágrafos do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93.

Nas modalidades tradicionais, a Lei de regência estipula o prazo de três dias úteis para que se responda a impugnação e, no pregão, os regulamentos determinam o prazo de vinte e quatro horas para a decisão. Porém, o legislador não dedicou regra alguma se eventualmente não respondida a impugnação ao tempo determinado.

Ademais, como meio de controle e revisão das deliberações exaradas no processo licitatório, os licitantes podem lançar mão de recurso administrativo buscando preservar seu direito de participação no certame ou, então, contrapor-se à permanência de licitante que repute inapto à contratação ou de oferta que entenda inadequada ao objeto. O micro-sistema recursal nas licitações encontra significativas diferenças dependendo da modalidade adotada

No caso das modalidades tradicionais, o regramento sobre recursos administrativos está assentado no artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93, que concede o prazo de 5 (cinco) dias úteis para o exercício do

¹¹² Oportuno o esclarecimento dedilhado por Joel de Menezes Niebuhr, quando de sua investigação sobre impugnações ao instrumento convocatório: *“Em quarto lugar, os parágrafos 1º e 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93 referem-se à impugnação ao edital e não a instrumento convocatório, que é o gênero. Com isso, parece que o legislador não pretendeu, nos referidos parágrafos, tratar da impugnação à carta-convite. O problema é que o legislador não versou sobre a impugnação da carta-convite em nenhuma outra passagem da Lei. Sob esse contexto, é forçoso aplicar as regras dos parágrafos 1º e 2º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93 também para as cartas-convite. Entretanto, se assim o for, os não licitantes não disporão de prazo para impugnar as cartas convites. Ora, de acordo com o § 1º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93, os não licitantes devem impugnar o edital em até cinco dias úteis antes da abertura dele e, como visto, o prazo de publicidade da carta convite, com arrimo no inciso IV do § 2º do artigo 21 da mesma Lei, é também de cinco dias úteis. Ou seja, o direito dos não licitantes de impugnar a carta convite esvai-se já na data da publicação dela. Apesar das críticas, é essa a sistemática relativa à impugnação ao edital disposta em lei. É desse modo que a Administração, os licitantes e demais interessados devem proceder em relação à impugnação ao instrumento convocatório”* (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p 312).

direito recursal, contados da ciência da decisão e desde que franqueado o acesso ao processo pelo interessado, independentemente de qualquer manifestação prévia. Exceção ao prazo em relação à modalidade convite, na qual os recursos devem ser interpostos no prazo de 2 (dois) dias úteis após a ciência da deliberação administrativa. Nestas modalidades, os recursos poderão, em seu conteúdo, desafiar o resultado da habilitação, o indeferimento de instrução em registro cadastral ou a alteração ou cancelamento de registro existente, o julgamento das propostas, a revogação ou anulação do certame, a rescisão do contrato e a aplicação de penalidades administrativas. Os recursos administrativos interpostos contra o resultado da habilitação e o julgamento das propostas serão dotados de efeitos devolutivo e suspensivo, pelos quais, além de se devolver o conhecimento de matéria, obsta-se a realização dos efeitos da decisão atacada até o julgamento do reclamo.

Por sua vez, no pregão, os recursos administrativos estão previstos no inciso XVIII do artigo 4º da Lei Federal nº 10.520/02 e regulamentados pelo artigo 11 do Decreto Federal nº 3.555/00 para a forma presencial e no artigo 26 do Decreto nº 5.450/05 para a forma eletrônica. A concessão da prerrogativa recursal ao licitante está condicionada à manifestação justificada e imediata da intenção de recorrer contra a decisão do pregoeiro, quando da proclamação do vencedor, a partir de quando tem-se o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões recursais. Em princípio, no caso do pregão, a sistemática recursal adere à unirrrecorribilidade, concentrando toda a matéria recursal numa única intervenção, por efeito que se permite recorrer apenas ao final do certame e sobre tudo o que passou no processo. Porém, os regulamentos do pregão são omissos em relação à possibilidade recursal contra demais atos inerentes à contratação – aferição de registros cadastrais, anulação ou revogação do certame, rescisão contratual e aplicação de penalidades. Não há que se falar em impossibilidade de tais recursos ante a ausência de previsão específica, sob pena de permitir a confecção de decisões autoritárias em relação a tais temas. Desta feita, admite-se a aplicação subsidiária do regramento contido no artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93 em relação aos recursos para estas hipóteses específicas, ante a faculdade de aplicação subsidiária prevista no artigo 9º da Lei Federal nº 10.520/02.

Em relação aos sistemas de controle interno das licitações, uma nota elementar é que, como regra geral, o ordenamento jurídico específico sistematiza a complexidades dos meios de controle em relativa proporção ao vulto da contratação e à complexidade do objeto.

Dizendo de outra forma, a complexidade dos mecanismos de controle se eleva na medida em que seja maior o numerário de recursos financeiros da contratação e seja mais complexo o objeto contratado. Com efeito, o volume de recursos e a complexidade do objeto determinam a intensidade dos mecanismos de controle interno incidentes sobre a contratação e, por assim dizer, o nível de exigências mínimas que devem ser observadas para que o procedimento se realize dentro do arco da legalidade.

4.1 A ESSENCIALIDADE DO CONTROLE DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

As funções estatais não devem ser desempenhadas na base do imprevisto ou do acaso. Mas, ao contrário, elas demandam considerável planejamento, organização e direção, sobretudo em relação à função administrativa, porque mais intimamente relacionada à intervenção na esfera jurídica particular. Nesta senda, para que se lhe garanta confiabilidade, o exercício das atividades públicas precisa ser devidamente controlado.

A concepção e dinâmica do Estado passou por inúmeras e significativas mudanças, muitas das quais promoveram, ou buscaram promover, profundas reestruturações no âmbito das relações participadas pelo poder público.

Há muito o Estado interage no mercado, sem que isso seja minimamente paradoxal. É natural que o Estado se relacione economicamente com a sociedade, já que aquele reúne em larga escala as mesmas características dos indivíduos que o compõem. É natural, ainda, que a atuação estatal na economia seja priorizada na mesma medida em que o assunto tome maior relevância no ambiente privado. Ademais, o Estado é ator central nas relações econômicas. A grandeza da participação estatal no ambiente capitalista caracteriza-se, principalmente, pela imensa capacidade de investimento e solidez financeira que possui, por isso de sua atuação como protagonista nas relações. Isto coloca o Estado à disposição de teorias e concepções econômicas, que não raras vezes condicionam as políticas governamentais aplicadas. As conhecidas ideologias econômicas condicionam a atuação estatal e influenciam na própria essência das relações públicas.

Todas estas transformações e teorias de formação impactam diretamente na postura da administração pública, moldando e

condicionando o exercício de suas atividades. Significa dizer que a forma como o Estado se vê e é visto direciona a atuação de sua estrutura orgânica e funcional.

É fato que as ideologias políticas e econômicas decorrentes do liberalismo repercutem com grande intensidade na posição que o Estado ocupa e, sobretudo, na postura que a administração pública adota nas relações em que é parte. Com a mesma percepção, Edgar Guimarães afirma:

A ideologia neoliberal traz consigo a redução do espaço social ocupado pelos trabalhadores e uma nova proposta para o Estado. A diminuição das forças de trabalho é um fator obviado pela grande transformação das condições do mundo.

O mais grave em todo esse contexto é o impacto dessa ideologia na Administração Pública e, em especial, no controle efetuado pelo exercício da função pública. Há, de fato, uma fuga do direito público para o direito privado, o que implica a retirada de vinculações jurídico-públicas, às quais os entes prestadores sempre estiveram vinculados, como competência, forma de organização e atuação, controle e responsabilidade.

Essa nova tratativa exige imensa cautela, principalmente em se tratando da gestão privada de serviços públicos, com vistas a assegurar a sua efetiva, concreta e real prestação e o atingimento do seu fim maior, o interesse público.¹¹³

Como antes visto, a repercussão hoje gerada é a tendência de fuga das relações travadas pelo Estado para o campo privado. As relações convergem para constantes fusões entre preceitos e regras de direito público e de direito privado, criando ambiente de interação jurídica verdadeiramente sensível e vezes colocando em choque interesses coletivos e privados. Evitar a prevalência de objetivos privados, ou mesmo que estes influenciem e distorçam os desígnios coletivos é tarefa atribuída àqueles designados ao controle das atividades administrativas do Estado.

¹¹³ GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

Sem a existência de instrumentos de controle, não seria possível confiar que os meios empregados pela administração pública no exercício de sua função realmente estão a serviço do interesse público. Também não se poderia creditar eficiência, economicidade e moralidade – nas acepções e dimensões que hoje lhes são atribuídas – aos resultados alcançados a partir da gestão estatal.

A existência de instrumentos de controle reveste-se de importância especial em relação às licitações públicas. É que, de um lado, as contratações administrativas geram consideráveis benefícios econômicos aos contratados e, noutro vértice, a realização do interesse público depende da aptidão do particular em prover aquilo que interesse à coletividade. Sendo a licitação o meio pelo qual é eleito o particular a quem incumbirá estes ônus e reverterá aqueles benefícios, sua realização depende do mais lúcido procedimento. Por sua natureza, como adverte Joel de Menezes Niebuhr:

Os contratos administrativos, de modo geral, costumam transitar em importâncias consideráveis, proporcionais às amplas demandas vinculadas ao interesse público, o que atrai a cobiça de corruptos e corruptores, movidos pelo propósito de colherem, de maneira ilegítima, os benefícios econômicos dele decorrentes. Por isso, a Administração está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção dos contratados. O propósito dessas formalidades é justamente proteger o interesse público, evitar que os agentes administrativos firmem contratos que os favoreçam individualmente, às custas de toda a coletividade.¹¹⁴

Porém, as formalidades procedimentais não se bastam em si. Elas podem, sem grandes dificuldades, ser contornadas ou, até mesmo, visualmente atendidas. Daí a essencialidade de medidas de controle das contratações públicas, para que se tenha, não apenas a observância às formas, mas principalmente a adequação de conteúdo. Pois o controle da atividade executiva do Estado compreende “*a força aplicada ao*

¹¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 254.

maquinário administrativo estatal com o objetivo de impedir a sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, contrariando os valores que conformam o direito".¹¹⁵ Portanto, compreende o dever-poder de vigilância, orientação e correção que se exerce frente ao exercício da função administrativa.

Em sentido reflexo à concepção como instrumento de constante vigilância direcionado às atuações do agente pública, o ideário de controle carrega consigo o reconhecimento de garantia para que os administrados possam tomar conta da atuação administrativa. É o que está eternizado no artigo 15º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.¹¹⁶

A expressão controle carrega consigo dois sentidos complementares. Primeiro, significa controle-fiscalização, que consiste na proteção das garantias, liberdades e direitos expostos ao longo das relações administrativas. Segundo, expressa controle-orientação, que indica medidas de condicionamento de condutas.¹¹⁷

Essa dúplici tarefa é dada tanto àqueles legalmente investidos do dever-poder de controlar o exercício da função administrativa, através das competências de supervisão distribuídas pela estrutura estatal, como também à toda sociedade que presencie o correto aproveitamento dos

¹¹⁵ FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

¹¹⁶ *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789*. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Disponível na internet: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 16 de março de 2012.

¹¹⁷ Marçal Justen filho sublinha a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto, que, por sua vez, anota a existência de três dimensões decorrentes do vocábulo controle. Segundo o autor, o controle direciona-se: em primeiro plano, à vigilância do poder como meio de limitação da atuação estatal; em segundo plano, à fiscalização da adequação dos meios empregados como forma de evitar desvios de finalidade e improbidade; e, em terceiro plano, a observância dos objetivos através de metas de longo prazo como forma de assegurar a estabilidade das relações. (*In*: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1100).

recursos que lhe pertencem, por meio dos instrumentos e acessos franqueados à população.

De fato, seria extremamente simplista a percepção de que o controle da atividade administrativa deve voltar-se à fase de execução dos projetos governamentais. O mais proveitoso será compreender o controle como atividade ampla e constante, pois só assim lhe será atribuído seu verdadeiro valor e finalidade que, repita-se à exaustão, são a contenção do poder.

Todavia, não se quer afirmar uma liberdade plena em favor dos órgãos e agentes incumbidos de realizarem o controle das funções administrativas. Em verdade, a fiscalização é também atividade submetida à necessária juridicidade, de modo que é no ordenamento jurídico o local apropriado para disposição das competências e situações em que se pode exercer o controle. Seria até mesmo ilógico pensar que, ausente hipótese legal de controle, fosse admitido que os órgãos de fiscalização pudessem averiguar a legalidade de atividades administrativas. Neste timbre é o que diz o Supremo Tribunal Federal:

Considerou o Ministro Teori, ao meu sentir com absoluta correção, que o art. 22, XXVII, da Constituição Federal deu pela competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. A lei nº 8.666/93 estabeleceu no § 2º do art. 113, que os Tribunais de Contas *“poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”*. Assim, o comando legal é para que o controle prévio seja realizado caso a caso, mediante expressa solicitação do Tribunal, daí a consequência da responsabilidade do agente de descumprir essa determinação. Há, portanto, uma dependência do pedido do Tribunal de Contas para que seja encaminhado o edital e da ocorrência de atos viciados no procedimento licitatório.

Com isso, sendo da competência da União legislar privativamente sobre as regras gerais do procedimento de licitação e havendo Lei federal que estabelece que o controle prévio será efetuado

mediante solicitação expressa do Tribunal em cada caso, padece de fundamento legal e constitucional resolução ou deliberação do Tribunal determinando o controle prévio automático.¹¹⁸

Os mecanismos de controle constituem, portanto, engrenagem com função essencial para a própria existência de um Estado Democrático de Direito, a uma, porque nestes mecanismos reside a força cogente suficiente para impedir ou reprimir o exercício do poder além de suas finalidades e, a duas, porque tais instrumentos representam artilharia adequada para combater condutas tendentes a desvirtuar ou ferir o interesse da coletividade.

4.2 CONTROLE JUDICIAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Muito embora a própria administração pública possa apurar e corrigir internamente os enunciados por si proferidos, esta faculdade é exercida sem prejuízo da garantia de se invocar a proteção judicial. Sempre que a atuação administrativa, ainda que em sede de controle interno, gere potencial ou efetiva lesão a direito, será possível instigar o Poder Judiciário para que, exercendo sua função precípua, intervenha no caso concreto.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança”. Recurso Extraordinário nº 547.063/RJ. Hélio Tavares Luz e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. DJ, 11/12/2008. RT, v. 98, nº 882, 2009, pp. 116-124.

Inserida no altiplano dos direitos e garantias fundamentais, conforme inscrito no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição pressupõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. O princípio dá vazão e concretude ao ideal de acesso à justiça, como uma de suas características mais relevantes. A prerrogativa de provocação ao Poder Judiciária tem como reflexo lógico a mandatória obtenção de tutela judicial capaz de satisfazer os anseios do jurisdicionado. A justiça, neste aspecto, é uma via dúplice, pela qual ao jurisdicionado assiste a prerrogativa de apresentar sua demanda ao Poder Judiciário e, reflexamente, ao Estado incumbe o ônus de responde-la em tempo e modo oportunos. Assim:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.¹¹⁹

A prerrogativa de acesso às vias judiciais mantém íntima relação com outros postulados processuais, dentre eles a própria partição das funções estatais e do devido processo legal.

A separação de poderes apresenta-se, em verdade, como espécie de contrapeso ao princípio da inafastabilidade da apreciação judicial. Levado ao extremo, o princípio da partição de funções impediria o Poder Judiciário de imiscuir-se no reduto de atividades pertencentes ao Poder Executivo. Porém, a contraposição entre ambos institutos – separação de poderes e inafastabilidade do judiciário – deve ser vista sob o prisma da ponderação, não da exclusão. É que, tanto quanto a distinção das funções estatais, o princípio da inafastabilidade da aferição judicial também decorre do princípio republicano. Assim:

O controle, atividade legítima e constitucionalmente assegurada, é inerente ao princípio republicano, onde o interesse a atingir deve ser público. Insurgindo-se o povo – através de ações populares, ações civis públicas, mandados de segurança etc. – contra um ato

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

administrativo, seja ele discricionário, seja ele vinculado, não há que se isentar o Poder Judiciário de analisar todos os aspectos do ato para, fundamentalmente, comprovar que teve razão e justiça, ou não, a Administração quando o emanou.¹²⁰

Com efeito, como defluências do Estado Democrático de Direito, os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da apreciação judicial merecem interpretação que conduza à coexistência de ambos. Ainda que se fale na distinção de funções na interação entre os poderes estatais, porque formulados separadamente, a interação desejada é harmônica e cooperativa, demandado do sistema um funcionamento com reduzidos atritos¹²¹. A marca primordial, neste sentido, é a interação harmônica, que, note-se, não significa inviabilidade de intervenções saudáveis, assim entendidas, aquelas tendentes a restaurar a ordem jurídica.

Neste cenário, Germana de Oliveira Moraes deduz importante contribuição, no sentido de que o real atrito entre as ideias de separação

¹²⁰ ELIAS, Alexandre Nemer. *Do controle dos atos administrativos discricionários e da teoria da única solução justa: uma reflexão sobre o entendimento doutrinário atual da afastabilidade do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários*. Revista Trimestral de Direito Público n° 45/2004. Editora Malheiros. P. 263.

¹²¹ Neste sentido: *“Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado. (statesmanship)”* (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; e MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 71).

dos poderes e inafastabilidade do judiciário ocorre em relação aos efeitos do provimento judicial, não em relação ao próprio acesso à justiça. Para ela, a separação de poderes não pode ser invocada como meio de obstar *a priori* a provocação judicial, mas, sim, deve ser ponderada como forma de balizar o grau de intervenção. Ou seja:

Para saber se há compatibilidade entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação de poderes, é preciso, de um lado, verificar se há hipóteses nas quais a conduta da Administração Pública ocasiona lesão ou ameaça a direito insuscetíveis de apreciação judicial, e, de outro, se há intromissão indevida do Poder Judiciário na atuação administrativa. A limitação do controle jurisdicional da atividade administrativa, a denominada "área de livre decisão", seja de atuação discricionária da Administração Pública, seja de preenchimento do sentido dos conceitos indeterminados, reside nas conseqüências decorrentes desse controle (e não na exclusão de determinados atos), as quais se restringem, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada "área de livre decisão" que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da

proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito.¹²²

Noutro ângulo, o acesso à justiça pressupõe certas formalidades para sua consecução. É necessário ter em mente que a efetivação do postulado depende do respeito às formas adequadas, conforme disciplinado pela legislação processual aplicável. O acesso à justiça deve andar ao par e passo com o devido processo legal. A tutela judicial esperada depende do preenchimento dos requisitos e condições processuais e procedimentos afetas à espécie, porque condicionantes indisponíveis ao exercício da jurisdição.

Nesse contexto, o processo licitatório é atividade típica da administração pública e, como tal, envolve a articulação de interesses e pretensões conflitantes submetidos ao poder decisória da administração promotora. A relação travada no certame tem como marca uma relação excludente, apoiada na própria ideia de seleção da proposta mais vantajosa. No decorrer do certame, toda etapa decisória resulta medida restritiva aos licitantes, assim, por exemplo, na análise da habilitação restringe-se a continuidade dos concorrentes que supostamente não preenchem as exigências enfeixadas no instrumento convocatório. Com efeito, em grande número de hipóteses, a exclusão pode representar ofensa a direito do licitante, facultando a este, afora as hipóteses de revisão interna do ato, a provocação das instâncias judiciais para controle do processo licitatório.

Um debate que reverbera intensamente acerca do controle judicial das licitações públicas diz respeito à tese da preclusão dos instrumentos de controle, ante a ausência de prévia impugnação ao instrumento convocatório. Há precedentes inteiramente opostos em relação ao tema¹²³.

De um lado, há precedentes jurisprudenciais que recusam a apreciação judicial quando o licitante não se opôs ao edital através de impugnação administrativa. Este entendimento apoia-se na percepção de que a reclamação judicial decorre de um direito subjetivo e disponível da parte em exigir determinada prestação em seu favor, por efeito que,

¹²² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 110-111.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 663-666.

silente na esfera administrativa, teria a parte consentido com os termos pelos quais a licitação seria processada. A título ilustrativo:

Não consta que a impetrante tenha em qualquer momento se insurgido contra os termos do edital, não lhe sendo lícito somente após a habilitação da concorrente vir a alegar irregularidade do edital ou sua inobservância. A matéria está preclusa, já que a licitação se processa por etapas que vão se precluindo.

A preclusão administrativa impede seja anulado o ato que habilitou a litisconsorte necessária, já que nada se alegou contra o edital e a habilitação deu-se nos seus exatos termos.¹²⁴

Por outro lado, há entendimento de que a prévia impugnação administrativa é irrelevante para efeitos do controle judicial. Esta vertente – acertada em nossa percepção – leva em consideração a ideia

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação. 2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de fálência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital. 3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93. 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes. 5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação. 6. Recurso improvido”. Recurso Especial nº 402.711/SP. Indústria Petracco Nicoli S/A e Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. DJ, 19/08/2002. p. 145.

do interesse jurídico consubstanciada na faculdade do particular insurgir-se contra os desmandos da administração pública, independentemente de eventual benefício próprio, por efeito que, dada a natureza indisponível do interesse público, o acesso ao Poder Judiciário não exige o esgotamento das instâncias administrativas. Para ilustrar:

Ressalto, ainda, antes do exame dos fundamentos da impetração, que, ao alegar não ter, a impetrante, postulado, no prazo e condições previstas no Edital, esclarecimento sobre a cláusula 5.5.1, que acoima de dúbia e confusa, parece insinuar, a autoridade coatora, a existência de preclusão, a impedir a utilização do remédio heroico. Ledo engano.

A caducidade do direito, ensinam os juristas, “opera apenas perante a Administração. Nem poderia ser de outro modo, porquanto, o sistema de jurisdição única, adotada pela tradição constitucional brasileira, não tolera que se subtraia da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (C.F. de 88, art. 5º XXXV). Por conseguinte, mesmo depois de abertos os envelopes, ainda será possível aos licitantes propor a medida judicial que entender necessária à satisfação de direito que suponha transgredido pela Administração através do ato convocatório. O Edital de licitação pode ser impugnado na via administrativa ou na judicial” (Conf. JOSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, Comentários à lei de Licitações, pág. 265).¹²⁵

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CLÁUSULA EDITALÍCIA REDIGIDA SEM A DEVIDA CLAREZA. INTERPRETAÇÃO PELO JUDICIÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DE IMPUGNAÇÃO PELOS PARTICIPANTES. POSSIBILIDADE. No procedimento licitatório, as cláusulas editalícias hão de ser redigidas com a mais lúdima clareza e precisão, de modo a evitar perplexidades e possibilitar a observância pelo universo de participantes. A caducidade do direito à impugnação (ou do pedido de esclarecimentos) de qualquer norma do Edital opera, apenas, perante a Administração, eis que, o sistema de jurisdição única consignado na Constituição da República impede que se subtraia da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Até mesmo após abertos os envelopes (e ultrapassada a primeira fase), ainda é

Sucesso que o controle judicial das licitações públicas não pode encontrar óbice no prévio exercício de impugnação administrativa. É que, como sabido, as instâncias administrativa e judicial são autônomas e independentes. Sem embargos, o exaurimento das esferas administrativas não corresponde a condição indispensável da intervenção judicial. Pelo contrário, a provocação administrativa é simples faculdade, inclusive renunciável, dada à parte.

Com efeito, vê-se que o controle judicial das licitações públicas, tal como dos enunciados administrativos em geral, tem sua permissão outorgada a partir do direito de acesso à justiça. A prerrogativa de provocação do Poder Judiciário não encontra óbice na separação das funções estatais, mas, sim, se conforma a ela. Com efeito, o controle judicial da administração pública não esbarra em veto *prima facie* de investigação, independentemente da natureza do enunciado sob sindicância. A natureza da atuação é condicionante à amplitude do controle, não ao seu exercício.

O Poder Judiciário é o responsável pela sustentação da justiça, tendo sobre seus ombros o ônus de intervir e solucionar os conflitos a ele apresentados, sobretudo quando posicionado em um dos polos da

possível aos licitantes propor as medidas judiciais adequadas à satisfação do direito pretensamente lesado pela Administração. Consoante o magistério dos doutrinadores, a inscrição (da empresa proponente) no cadastro de contribuintes destina-se a permitir a imediata apuração de sua situação frente ao Fisco. Decorre, daí, que se o concorrente não está sujeito à tributação estadual e municipal, em face das atividades que exerce, o registro cadastral constitui exigência que extrapola o objetivo da legislação de regência. A cláusula do Edital que, "in casu", se afirma descumprida (5.5.1), entremeada da expressão "se for o caso", só pode ser interpretada no sentido de que, a prova da inscrição cadastral (perante as fazendas estadual e municipal) somente se faz necessária se o proponente for destas (Fazendas) contribuintes, porquanto a lei somente admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em juízo lógico, como indispensável à consecução do fim. "In hipotesi", a impetrante, ao apresentar, com a sua proposta, certidões negativas de "débitos" para com as Fazendas estadual e municipal ofereceu prova bastante "a permitir o conhecimento de sua situação frente aos Fiscos", ficando cumprida a cláusula editalícia, ainda que legal se considerasse a exigência. Mandado de segurança concedido. Decisão unânime". Mandado de Segurança nº 5.665/DF. FEASA – Fundação Assistencial Educacional e Cultural de Sagueiro e Ministro de Estado das Comunicações. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. DJ, 31/08/1998. RSTJ, Brasília/DF, v. 113, 1998. p. 44.

lide o poder público. Além da mera coexistência, os poderes do Estado devem atuar de forma cooperativa, sinérgica e harmônica. A atuação irrita ao ordenamento, por qualquer das estruturas orgânicas do Estado, afeta o equilíbrio de todo o sistema, dando margem à intervenção que tenha por objeto a correção da conduta desconforme.

Em nossa percepção e para fins didáticos, o controle das licitações públicas transita em duas dimensões identificáveis, que são a da legalidade e da legitimidade do enunciado administrativo. Na praxe administrativa, estas dimensões se tocam e se sobrepõem constantemente, por efeito que sua abstração completa seria impossível ou inapropriada. Porém, é viável delinear os contornos das características predominantes de cada espécie de controle, conforme passamos a desenvolver nos itens que seguem.

4.2.1 Controle da legalidade

A administração pública age de acordo com o conjunto de competências que lhe são atribuídas pela ordem jurídica. Sua atuação concreta não pode ser outra senão aquela descrita nas normas jurídicas. Isto implica que suas atividades estão permanentemente orientadas pelo Direito, pois é no ordenamento jurídico onde reside a fonte primária da função administrativa no Estado de Direito. Assim, uma nota elementar em relação à administração pública é que o exercício de sua atividade está direcionada à realização do interesse público. É o desejo coletivo, e tão somente ele, que deve presidir a posição do poder público ao ocupar espaço dentro de relações jurídicas.

O ordenamento jurídico demanda estrita observância por parte da administração pública quando do trato nas relações jurídica que se ocupa em travar. A obediência à ordem jurídica é a marca distintiva da atuação sob um regime público em relação àquela desenrolado pelo direito privado. É, principalmente, a observância à legalidade que indica a presença da administração pública numa determinada relação jurídica, assim como será o princípio da legalidade que deverá presidir a forma pela qual o vínculo se desenvolverá.

Como já anotado no primeiro capítulo desta pesquisa, o princípio da legalidade deve ser compreendido de forma ampla. A lei é a matriz de principal legitimação da atuação administrativa, mas não só ela, como também todo o conjunto de regras que dela irradiam. Joel de Menezes Niebuhr também sublinha o caráter abrangente do princípio da

legalidade, lembrando a clássica locução cunhada por Prosper Weil, no sentido de que:

Com o uso, o termo legalidade recebeu, contudo, um significado mais *lato* e tornou-se sinônimo de regularidade jurídica, de juridicidade: o “bloco da legalidade” (Hauriou) compreende hoje o conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa.¹²⁶

Portanto, em vez de lei singular, o que se há de salientar é o próprio Direito. É ao direito que o administrador deve submissão. Empréstimo das lições de Odete Medauar:

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo legislativo mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.¹²⁷

No âmbito licitacional, a observância à legalidade assume papel central na regularidade da futura contratação. Por isso mesmo que o artigo 4º da Lei Federal nº 8.666/93 confere, a todos quantos participem direta ou indiretamente das licitações públicas promovidas por qualquer

¹²⁶ WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Tradução Maria da Glória Ferreira Pinto (Apud: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia nas licitações públicas*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, p. 181).

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138.

das esferas do Estado, o direito público subjetivo à fidedigna observância do pertinente procedimento legalmente descrito. A necessidade de observância do pertinente procedimento, por sua força, importa submissão da administração pública e do administrador titular da função aos termos e condições previamente inscritos na norma jurídica. Noutra ângulo, a afirmação de um direito público subjetivo constitui garantia concreta de que o certame deverá seguir o curso, com começo, meio e fim, descrito pela lei, sob pena de censura.¹²⁸

O interesse público demanda um ambiente transparente e isonômico para a disputa e, por isso que, ao licitante e à sociedade em geral é outorgada a prerrogativa pública e pessoal de se ver cumprido o rito processual previamente gravado no ordenamento jurídico.

Carlos Pinto Coelho Motta também compartilha da percepção de que a regra constitui elemento vetorial do procedimento licitatório, na medida em que franqueia a qualquer interessado erguer-se diante da administração pública para reclamar o atendimento aos direitos elencados no cabedal de diplomas jurídicos que regulam o instituto da licitação pública¹²⁹.

Daí decorre a cláusula de abertura para provocação das instâncias e esferas de controle da função administrativa em relação ao seu aspecto da legalidade, ao aspecto da fiel observância às garantias e deveres inscritos no ordenamento regente. Qualquer interessado poderá valer-se dos meios de controle para contrapor-se àquilo que entenda írrito ao ordenamento legal.

¹²⁸ Sobre o tema, Marçal Justen Filho enaltece com firmeza a inexistência de qualquer margem de escolha para flexibilização do procedimento, reputando caráter irrenunciável ao instituto. Em suas palavras, o autor leciona: “*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 licitatório. Quando o interessado exige que se cumpra o ‘pertinente procedimento’, atua na defesa de funções estatais*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 102).

¹²⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 121-122.

Significa dizer que, ainda que jungida ao procedimento descrito pela lei, acaso a administração pública desvie sua rota, distanciando-se do traçado legal, esta fuga representa a inobservância do pertinente procedimento. A esta ilegalidade contrapõe-se o direito subjetivo, atribuído a qualquer interessado, de corrigir a atuação pública. Antes de ser uma medida de cunho puramente privado, a provocação dos meios de correção e censura nas licitações é medida em prol do interesse público e, portanto, instrumento típico de controle da função administrativa do Estado.

O ponto de partido em atenção à legalidade da licitação reside nas formas impostas pelo regramento jurídico do procedimento. A licitação pública não é outra coisa senão o plexo de formalidades previamente descritas por lei. Assim, na formulação do edital ou no rito procedimental, a licitação deve atender à ordenação prescrita na norma jurídica, contemplando todas as etapas e interlocuções previstas. A vinculação ao ordenamento jurídico não se limita na formulação do edital, mas também se estende para a interpretação e aplicação das regras contidas no instrumento convocatório. É dizer que a própria interpretação do edital deve conformar-se ao ordenamento jurídico que circunda o processo licitatório. O procedimento não pode trilhar caminho afastado do comando legal no que diz respeito às etapas do processo e aos elementos indispensáveis. A licitação deve ser formada e conduzida como meio de privilegiar o irrestrito atendimento às normais aplicáveis.

Todavia, como adverte Joel de Menezes Niebuhr, importante ponderar que a rigidez inscrita na norma geral e abstrata não objetiva aprisionar a administração pública a formalismos excessivos e desmedidos. Nos dias atuais, a atividade administrativa é concebida como função submetida à juridicidade, não como atuação burocrática com meios ineficientes e despropositados. Dizendo de outra forma, as formalidades legais prestam-se a legitimar a atuação administrativa, não engessá-la. Daí que:

As formalidades insertas no procedimento pertinente à licitação pública não devem e não precisam acarretar prejuízos à Administração Pública, e, por corolário, ao interesse público. Não se pode esquecer que tudo quanto se faça em nome da função administrativa visa a atender ao interesse público, revelando-se inadmissível criar mecanismos que lhe frustrem a plena satisfação.

A licitação pública não é procedimento vazio, sem finalidade, que serve apenas para embaraçar a atividade administrativa. Em sentido oposto, licitação pública é o meio para celebrar contrato administrativo de modo legítimo, sem corrupção, imoralidade e favoritismos. Na mesma senda, o contrato administrativo é o meio para que a Administração Pública receba uma utilidade, contemplando o interesse público.

Em outras palavras, a licitação pública é o meio para celebrar o contrato administrativo, que é o meio para contemplar o interesse público, a fim de propiciar à Administração Pública o recebimento de uma utilidade produzida por terceiros, que sirva a satisfazer a coletividade. Portanto, cabe afirmar que o objetivo imediato da licitação pública é escolher uma proposta de maneira legítima para que a Administração celebre contrato administrativo. E o objetivo mediato da licitação pública é a satisfação concreta do interesse público, mediante a prestação de objeto útil a ser recebido por meio de contrato administrativo que será celebrado com base nela. Para que a licitação pública cumpra em conjunto os seus objetivos imediato e mediato, é imprescindível que nela se selecione a proposta mais vantajosa para o interesse público, ou seja, que nela se escolha o melhor licitante.¹³⁰

A constatação é importante porque, por muito tempo, a licitação pública foi contaminada por percepção de extremo formalismo. Tais excessos são legado do momento no qual fora concebido o marco referencial inaugurado pela Lei Federal nº 8.666/93, editada em tempos pós regime militar e com nítido propósito de enrijecer os poderes da então autoritária administração pública, através de detalhado conteúdo burocrático e formal. Porém, esta percepção já cumpriu seu papel e, nos dias atuais, a rigidez excessiva apenas tende a produzir efeitos prejudiciais ao interesse público. Foi necessário, como muitos festejam

¹³⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 34-35.

já estar superado¹³¹, o caráter instrumental da licitação pública, cujo propósito reside na seleção da proposta de fato mais vantajosa ao interesse público, independentemente de filigranas e aspectos meramente formalistas.

A aplicação de rigor ou formalidade excessiva na condução do processo licitatório deve ser censurada pelo Poder Judiciário, com olhos no princípio da legalidade, que também deve esgueirar a prática de toda atividade administrativa. É valiosa a advertência de Hely Lopes Meirelles:

Regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e incompatível com o caráter competitivo da licitação.¹³²

O essencial é que a administração pública ocupe-se em atender a formalidade em relação ao procedimento e ao conteúdo permitido no que concerne às providências materiais, de modo que sua atuação seja focada nas investigações acerca da aptidão dos licitantes em determinado momento e na análise da aceitabilidade e vantajosidade das propostas noutra etapa. Assim, forma e conteúdo das licitações públicas estão adstritas à ideia da vedação a excessos, pois, como já dito, a limitação de exigências ao essencial é regra que deflui da expressa proposição contida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

A regra constitucional tratou de explicitar que são nos termos da lei que se encontra o exato limite de essencialidade nas licitações e, por conseguinte, considera-se que o pertinente procedimento e o conteúdo

¹³¹ Sobre o tema, conferir: DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 106-107

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 124. Em complemento, o citado autor afirma: “O princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes”. (*Idem. Ibidem.* p. 27).

das exigências prescritos pelo ordenamento são os elementos indispensáveis para orientar o processo licitatório. Neste desencadeamento reside a esfera de legalidade da atuação administrativa nas contratações públicas.

O Poder Judiciário sedimentou o entendimento segundo o qual o ordenamento legal representa a pedra fundamental de validade do procedimento licitatório, dizendo que as finalidades almeçadas pela administração pública apenas poderão ser licitas e integralmente atendidas se trilhadas pelo caminho previsto em lei. A título ilustrativo, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça sufragando a orientação:

É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.¹³³

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATESTADO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. EMPRESA. LEGALIDADE. Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa. Recurso provido”. Recurso Especial nº 144.750/SP. Telecomunicações de São Paulo S/A e Telemax

Ainda do Superior Tribunal de Justiça, reafirmando a necessidade de filiação do processo licitatório aos termos da lei:

O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação.¹³⁴

Disso decorre que, repita-se, o administrador público não pode lançar mão de meios impertinentes nem exigências desnecessárias para atingir os fins almejados. O certame, lembre-se, representa o meio processual para que o poder público alcance aquilo que planejou fazer, servindo, exatamente, como elo de validação para o dispêndio público ou o benefício do particular contratado.

A licitação pública não é um fim em si mesma, mas situa-se como um dos elementos centrais de validação e legitimação das contratações públicas. O Poder Público planeja sua atuação futura, porém os passos que se seguem até a efetiva consecução do objeto planejado devem obediência ao conjunto de princípios que norteiam a atuação administrativa, sobretudo os princípios da isonomia e impessoalidade, porque envolvem investimentos ou renúncias pelo Estado e benefícios em favor de particulares. Convencionou-se, portanto, que o procedimento licitatório é a trilha adequada para homenagear o

Telecomunicações Ltda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, 25/09/2000.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “Administrativo. Mandado de Segurança. Concorrência para Exploração do Serviço de Radiodifusão nº 07/97 - SPO-MC. Disposições Editalícias. Balança de Abertura. Exigência Ilegal. Lei nº 8.666/93 (art. 21, § 4º). 1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. 2. Não é irregular, para fins de habilitação em processo licitatório, o balanço contendo a assinatura do contador, competente legalmente para elaborar o documento como técnico especializado (Resp 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo). 3. Precedentes jurisprudenciais iterativos. 4. Segurança concedida”. Mandado de Segurança nº 5.693/DF. Serra da Areia FM Ltda e Ministro de Estado das Comunicações. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. DJ e, 22/05/2000.

atendimento a tudo o que se espera da administração pública em suas contratações. Significa dizer que, se realizado corretamente o processo licitatório, seu resultado validará os futuros dispêndios do Estado e os consequentes privilégios auferidos pelo particular.

Sendo a licitação procedimento formal e relevante para as contratações públicas, não são os fins que justificam os meios neste caso, senão o contrário, é o emprego dos meios adequados que importa na validação e legitimação dos fins alcançados. O cumprimento do interesse público perpassa, inexoravelmente, pela vinculação ao plexo de competências e atribuições formais e materiais outorgadas ao administrador público. Em linha de síntese, a validade da atuação administrativa depende, em tudo, do coerente atendimento à lei. Não é dado à administração pública lançar mão de procedimento incompatível nem de emergência desnecessária nos seus processos licitatórios.

Por sua natureza, as licitações públicas pressupõem uma relação de exclusão inerente ao seu desenvolvimento, porquanto, no mesmo momento em que seleciona a proposta vitoriosa, a administração pública rejeita as demais ofertas que lhe foram apresentadas. Em todos os momentos do certame existem medidas restritivas, desde sua inauguração até a proclamação do resultado final. Assim, por exemplo, a definição de um determinado objeto exclui da disputa os particulares cujas atividades não tenham aderência àquele, ou, ainda, a eleição dos requisitos de habilitação acaba por afastar aqueles que não os preencham, bem como, também, com relação aos padrões de aceitabilidade de condições técnicas e econômicas das propostas acaba por afastar aqueles incapazes de atenderem satisfatoriamente o interesse da administração pública.

Essa natureza excludente convive em permanente tensão com aqueles que são os mais significativos vetores do certame, a necessidade de tratamento isonômico e a busca pela ampla competitividade. Assim, pressupõe-se que a fixação de diretrizes gerais, através de um procedimento previamente estabelecido no texto legal, serve para harmonizar aqueles princípios norteadores em relação às necessárias exclusões que serão operadas no decorrer do certame. Neste sentido, pertinente o escólio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no sentido de que:

O princípio da competição é o mais importante e orienta todo o processo uma vez que sobre ele se fundamenta a busca de uma justificada

desigualação dos licitantes, o que se obtém pela identificação final da vantagem pretendida pela administração, oferecida por um dos licitantes.

Segue-se o princípio da igualdade, que determina o tratamento paritário dos administrados (art. 37, XXI, CF), de modo que os licitantes só possam ser desiguais por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, que convirjam para a busca da proposta mais vantajosa.

Ambos os princípios atuam paralelamente, mas com distintas ênfases: enquanto nas fases iniciais do processo licitatório predomina o princípio da igualdade, com o intuito de ampliar ao máximo o universo licitatório, nas fases finais prevalece o princípio da competição, com a intenção de reduzi-lo à pessoa do licitante que oferece as melhores vantagens na contratação pretendida.¹³⁵

Por isso dizer, novamente, que a administração pública não pode conduzir o certame ao sabor de percepções e decisões aleatórias ou calcadas em interesses íntimos que importem apenas aos responsáveis pelo certame ou a um ou outro particular em especial. A limitação primeira à qual a administração pública está jungida é a vedação descrita no inciso I do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, segundo o qual não se pode incluir, prever, admitir nem tolerar cláusulas ou condições no instrumento convocatório que comprometam o caráter competitivo do certame, nem, ainda, estabelecer preferências ou distinções injustificadas em relação aos partícipes.

A justificativa *a priori* de qualquer relação de exclusão em licitação reside nos termos da legalidade, tudo o mais que, excedente aos elencos legais, resulte na redução do número de competidores carecerá de legalidade. Assim, é por força do princípio da juridicidade que, em processos licitatórios, a administração pública não pode inovar nas exigências que faz no processo licitatório, pois carecerá de lastro jurídico qualquer cobrança que se distancie daquelas assentadas em lei.

O controle jurisdicional da legalidade nas licitações públicas encontra-se assentado na vedação à excessos. Em linhas gerais, esta conclusão decorre da percepção de existência de sintonia entre os requisitos concretos eleitos pela legislação de regência e a cláusula de

¹³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179.

limitação contida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Ou seja, os desdobramentos e limites máximos das exigências indispensáveis são aqueles descritos na norma legal aplicável e sua adequada interpretação. Tal conclusão, para efeitos desta pesquisa, isola o sem-número de variáveis que podem se desenrolar em cada caso concreto, permitindo a que o presente texto se coloque no âmbito teórico do problema.

Nesta senda, o controle judicial da legalidade nas licitações públicas tem como método a aferição acerca do atendimento pleno ao conjunto de hipóteses descritas pelo ordenamento, ou seja, o confronto entre os meios de atuação administrativa e as finalidades atingidas em face dos termos contidos da norma jurídica. O objetivo será aferir se a conduta concreta, que desencadeou certa consequência jurídica, é dotada de todos os elementos, aspectos, critérios e características da hipótese prévia e legalmente prescrita.

Dizendo de outra forma, a ideia de processualidade, na qual nasce a concepção de enunciado administrativo, impacta na metodologia de controle jurisdicional da atividade executiva, sobretudo nas contratações públicas, cujo regime jurídico tem como tônica indissociável a realização por meio de processo formal e o atingimento de finalidades específicas. A forma pela qual a legalidade se apresenta, compreendendo o plexo de normas que orientam a atuação administrativa, transcende à mera aplicação da lei através de ato estanque, convolvendo-se em atuação procedimentalizada e finalística. Daí que a concepção de controle deve estar sensível a esta singular textura.

O desencadeamento licitatório, diante daquilo que representa atuação vinculada do poder público, segue rito certo e previamente determinado. Tratam, neste sentido, de enunciados com grau máximo de vinculação à lei – aquilo que a doutrina convencionou chamar de ato administrativo vinculado –, de modo que as consequências jurídicas são apenas, e tão somente, aquelas antecipadamente descritas no ordenamento. Em poucas palavras, o controle da legalidade tem lugar em relação às providências vinculadas no interior do processo licitatório. Por isso, subsumido o caso à hipótese legal e, sendo a consequência uma só, compete ao Poder Judiciário determinar medidas positivas para que se efetive o resultado esperado pelo ordenamento jurídico.

A competência do Poder Judiciário para proteger o império da lei é plena. Não há qualquer dissenso em relação ao amplo poder de interferência judicial para correção de condutas inobservantes ao

princípio da legalidade. A tutela jurisdicional pode compreender medidas negativas e positivas que importem, não apenas na censura contra o enunciado ilegal, mas, também, na determinação das providências adequadas. Afora censurar a atividade irrita ao ordenamento, em tributo ao princípio da legalidade, compete ao Poder Judiciário ao mesmo tempo determinar qual a consequência jurídica adequada ao caso concreto.

4.2.2 Controle da legitimidade

A atividade administrativa sustenta-se, primeiramente, pela relação que mantém com a legalidade, na medida em que é a ordem jurídica a fonte primária da função executiva. Todavia, o ordenamento jurídico posto não esgota por completo o ciclo de atuação da administração pública. Disto decorre a existência de espaços de menor grau de vinculação da administração pública aos termos da lei, ou seja, o próprio ordenamento jurídico contempla hipóteses mais amplas das quais podem resultar uma multiplicidade de consequências jurídicas, delegando ao agente público a prerrogativa de eleger qual medida melhor aproveita ao interesse público.

A competência discricionária decorre de uma opção legislativa que, impossibilitada de esgotar exaustivamente as hipóteses de atuação administrativa, defere ao agente público margem para escolher qual providência adotará ante uma situação fática específica. Noutras palavras, o ordenamento jurídico atribui ao titular da função administrativa a competência para eleger a solução que repute mais conveniente e oportuna à satisfação do interesse público. Em relação ao assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera:

11. No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa.

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se

que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

12. Não se há de pensar – advertiu a sabendas André Gonçalves Pereira – que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

Assenta à fiveleta pôr em curso cita literal do magistério devido ao profundo e famigerado mestre português: “O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação”.¹³⁶

Porém, a atuação administrativa deve sempre estar apoiada no ordenamento jurídico. Não há hipótese que se permita ao administrador fazer aquilo que não está previamente autorizado, tal qual no se admite âmbito privado. Aliás, esta é a marca que distingue o ambiente público do privado. Por efeito que, naqueles hipóteses em que o legislador outorga ao agente público a escolha da medida mais adequada, a movimentação administrativo encontra seus alicerces nos princípios e normas gerias de direito. Trata-se dos casos de atuação discricionária da administração pública, nos quais, apesar da inexistência de solução pronta e acabada no ordenamento, a enunciação executivo encontra seu fundamento no plexo de valores reconhecidos pelo sistema jurídico.

Dá que a aferição sobre o acerto da atuação excede à ideia de legalidade. O controle da legalidade, nestes casos, mostra-se insuficiente ou precário. A investigação da atuação discricionária, ou motivada, depende de elemento valorativo, mais denso e profundo que a investigação das formas legais. Neste cenário, diga-se desde já, toma lugar a ideia de legitimidade, distinta da legalidade por ter relação com a

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 977-978.

substancia da atuação administrativa. A percepção de legitimidade não se limita à aferição das formas prescritas ou não defesas pela lei, mas, vai além, ingressa no conteúdo do enunciado, para investigar se sua substancia se conforma com os princípios que sobre ele irradiam conceitos axiológicos.

Pois bem, ocorre que os instrumentos de controle judicial compreendem a aferição da regularidade da competência exercida pelo administrador público na consecução de seus misteres. Todavia, o órgão controlador não é dotado da titularidade daquela competência que ele fiscaliza. Sendo entidade estranha à estrutura hierárquica fiscalizada, não cabe ao fiscal colocar-se como titular do dever-poder investigado, para exercer a atividade pelo meio que repete mais adequado dentro da margem de atuação deferida pela lei¹³⁷. Por isso que, por muito tempo, vigorou a percepção de que a atuação administrativa discricionária não poderia ser sindicada pelos órgãos de controle externo, dentre eles o Poder Judiciário. Em verdade, ainda hoje persistem defensores assíduos desta concepção.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência se dividem em relação à sindicabilidade da atuação administrativa discricionária, com fortes argumentos em favor de ambas as respostas. Acolhendo posicionamento dos mais rígidos, Diógenes Gasparini assevera que:

Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame de legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou da atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto deste controle. A Autoridade jurisdicional pode

¹³⁷ José dos Santos Carvalho Filho discorre que: “O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua administrador. Vale dizer: não pode juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valorização administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 29-30).

dizer o que é legal ou ilegal, ma não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.¹³⁸

Essa postura encontra paridade também em precedentes judiciais, como, a título ilustrativo, em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

- Recurso ordinário desprovido.¹³⁹

Como dito, essa aparente impenetrabilidade no conteúdo da atuação administrativa passou a ser vista com olhos mais críticos. Em linhas gerais, o que se passou a questionar foi a interpretação que se deveria reputar correta às expressões legalidade ou ilegalidade – que, a nosso juízo, deveria ter seu foco na legitimidade. Disso surgiram questionamentos indagando se uma ação administrativa sustentada em juízo de conveniência e oportunidade poderia vir a contrariar a compreensão razoável e proporcional que o homem médio teria sobre o tema, ou, ainda mais intrigante, se este mesmo feito poderia contrapor-se à percepção de moralidade tida pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

No evoluir desses questionamentos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro traça uma abordagem calcada na distinção entre mérito da atuação e discricionariedade administrativa¹⁴⁰, para, então, deduzir de forma

¹³⁸ GASPARINE, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 914.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.967/SP. Mateus de Souza Santana e Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. DJ, 22/04/2003.

¹⁴⁰ A mencionada autora leciona que: “Na realidade, não se pode negar a veracidade da afirmação de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, o

mais evidente a possibilidade de sindicância de atuações discricionárias, desde que afastada do mérito da decisão. A partir de seus estudos, a autora aporta nas seguintes conclusões:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerias ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência).

Não há invasão de mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.¹⁴¹

No mesmo timbre e também agregando amplitude ao controle judicial da função administrativa, Odete Medauar sublinha que:

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de

*aspecto político do ato administrativo, que abrange, sinteticamente, os aspectos de oportunidade e conveniência. O que não é aceitável é usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130).*

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 654.

uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988.¹⁴²

Ainda, a partir do legado de Hely Lopes Meirelles tem-se:

Todo ato administrativo, de qualquer ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se destes princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.¹⁴³

Aqueles questionamentos criaram ambiente favorável a reflexões sobre a amplitude do controle judicial sobre a atuação administrativa, repercutindo na percepção do próprio Poder Judiciário sobre o tema. Acórdão lavrado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze conduziu à seguinte orientação no Superior Tribunal de Justiça:

E no que diz com o controle do Poder Judiciário sobre os atos discricionários, diz ainda Celso Antônio:

VIII. Extensão do controle judicial

41. Nada há de surpreendente, então, que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto, fundamental -

¹⁴² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 397.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 665.

pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

(...)

43. De fato, é o exame dos motivos - quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado - meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista.

Já de outra feita profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtrai-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão.

Acreditar que em casos desta ordem o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluidas, corresponderia a atribuir-lhes uma significação "mágica". Tais palavras não têm condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias de fadas e contos infantis. Para o agente público não há "abracadabras", justamente porque o judiciário pode comparecer sob apelo dos interessados a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais.

44. Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

(Ibidem, p. 985-987)

Ainda no tocante ao controle do mérito, afirma José dos Santos Carvalho Filho, no seu livro Manual de Direito Administrativo, 21ª edição, Lumen Juris, 2009, p. 121:

É claro que, a pretexto de exercer a discricionarietà, pode a Administração disfarçar a ilegalidade com o manto da legitimidade do ato, o que não raro acontece. Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato. Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato. Tais princípios, como já tivemos a oportunidade de consignar, refletem poderosos e modernos instrumentos para enfrentar as condutas eivadas de abuso de poder, principalmente aquelas dissimuladas sob a capa de legalidade.

Como se vê, embora, em regra, não seja cabível exame, pelo Poder Judiciário, do mérito do ato administrativo discricionário, classificação na qual se enquadra o ato que interrompe a licença concedida a servidor para tratar de interesse particular, não se exclui do magistrado a análise dos motivos e da finalidade do ato sempre que verificado abuso por parte do Administrador.

De efeito, diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionarietà administrativa.

Além disso, todo ato administrativo deve ter um motivo (situação fática que leva à prática do ato) apto a amparar a sua realização, e por finalidade a busca da realização do interesse público.¹⁴⁴

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. INTERRUÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. REVISÃO DO ATO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1 - Embora, em regra, não seja cabível exame, pelo Poder Judiciário, do mérito do ato administrativo discricionário, classificação na qual se enquadra o ato que interrompe a licença concedida a servidor para tratar de interesse particular, não se exclui do magistrado a análise dos motivos e da finalidade do ato sempre que verificado abuso por parte do

Enfim, este cenário de reflexões desbordou numa percepção abrangente de sindicabilidade da função administrativa discricionária, no sentido de que:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.¹⁴⁵

Administrador. 2 - Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa. 3 - A licença concedida à recorrida foi interrompida tão só em razão de o Setor de Pessoal do Ministério do Trabalho não ter conseguido efetuar o seu cadastramento no Sistema SIAPE, não ficando demonstrado qualquer interesse do serviço, permanecendo, assim, irretocáveis o acórdão e a sentença que determinaram a anulação do ato administrativo. 4 - Recurso especial a que se nega provimento”. Recurso Especial nº 1.076.011/DF. União Federal e Jacyra Cândida dos Remédios Moura Mattos. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ, 15/03/2002.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”. Recurso Especial nº 429.570/GO. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 22/03/2004, RSTJ, v. 187, p. 219.

O Ministro Paulo Medina bem relata o caminho percorrido nos debates sobre a possibilidade de investigação do conteúdo dos enunciados administrativos, assim ponderando:

Ao longo de vários anos, a jurisprudência havia firmado o entendimento de que os atos discricionários eram insusceptíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário.

Tratava-se de aceitar a intangibilidade do mérito do ato administrativo, em que se afirmava, pelo fato de ser a discricionariedade competência tipicamente administrativa, que o controle jurisdicional implicaria ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Não obstante, a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os em que a Administração dispõe da faculdade de avaliação de critérios de conveniência e oportunidade para praticá-los, isto é, os atos classificados como discricionários, é matéria que se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência de maior vanguarda.

O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado.

Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada.

Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em

permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.

Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado.

Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador.

E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação. (art. 13, § 2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99).¹⁴⁶

Em recente deliberação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de matéria intimamente relacionada à sindicabilidade de atuação administrativa discricionária. A causa teve origem com ação de rito ordinária, na qual os autores pretendem a revisão das notas que lhes foram atribuídas pela comissão julgadora de concurso público, debatendo o conteúdo de dez questões e assertivas

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido”. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.459/MG. Antônio Carlos Teixeira da Silveira Santos e Estado de Minas Gerais. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ, 16/05/2005.

existentes nas provas. Em linha de síntese, o embate ocorreu porque a administração pública adotou um determinado entendimento doutrinário para justificar as respostas tidas como corretas, enquanto, por outro lado, os autores filiaram-se noutra vertente literária para lastrear as assertivas que assinalaram. Nas instâncias ordinárias, travados embates para demonstrar a existência de conteúdo doutrinária condizente com as respostas dos autores nas provas, os pedidos foram providos para o efeito de considerar corretas outras assertivas da prova¹⁴⁷. O julgamento da Corte Local foi desafiado por recurso extraordinário por parte do

¹⁴⁷ Trata-se da Apelação Cível nº 72364-18.2006.8.06.0001, do Tribunal de Justiça do Ceará. No julgamento do recurso, a Corte Cearense entendeu que: *“Em assim sendo, não pode o aplicador da prova fugir as normas do Edital, o que neste caso se verificou. Isto porque, o Edital, diversamente de outros congêneres, não só indicou as matérias que deveriam ser estudadas pelos certamistas, como também assestou a respectiva literatura, vinculando-se, assim, aos autores por ele nominados. // No entanto, demonstra a inicial e é reconhecido no decisum sub oculi, o aplicador do certame desconsiderou, no caso das questões nulificadas em primeira instância, as respostas acordes com a literatura indicada, em prol de outros doutrinadores. // Novamente tenho entendimento de que, a anulação das questões, tal como julgado em primeira instância não pode ser arredada, porque ocorreu farpeamento ao Edital, o que, repita-se, é defeso”* (BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONCURSO PÚBLICO - EXAME DAS QUESTÕES OBJETIVAS DO CERTAME - QUESITOS QUE ADMITEM MAIS DE UMA RESPOSTAS COMO CORRETA - NULIDADE - EDITAL COM INDICAÇÃO DE LITERATURA - RESPOSTAS QUE NÃO SE REGEM PELAS REGRAS EDITALÍCIAS - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova objetiva que apresentam mais de uma resposta como correta. III - Neste sentir, tal situação malfere o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, desconsiderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe era defeso. VI - Apelações desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada”. Cível nº 72364-18.2006.8.06.0001. Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros e Estado do Ceará. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva. Diário da Justiça do Estado do Ceará, 05/02/2009).

Estado do Ceará, ocasionando a ascensão da causa à Suprema Corte que, por sua vez, reconheceu a existência de repercussão geral ao tema. A análise deste requisito de admissibilidade assim foi resumida na manifestação específica:

A questão a ser analisada refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.

Entendo configurada a relevância social e jurídica da matéria, uma vez que a presente demanda ultrapassa os interesses subjetivos da causa, e a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute idêntica controvérsia.¹⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal colocou em pauta de discussão o controle judicial de atuação administrativa discricionária, que, no caso específico, decorre das opções tomadas pela administração pública estadual em relação à correção do conteúdo de questões em concurso público. Ainda não apreciada em definitivo pela Corte Constitucional, a causa sinaliza que ainda está aberto e aceso o debate acerca da penetrabilidade pelo Poder Judiciário, para efeitos de controle, no espaço discricionário da administração pública.

Ao par desse cenário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro percebe três momentos de evolução em relação ao controle da atuação administrativa discricionária. Para a autora, numa primeira fase, a investigação judicial limitava-se à verificação da existência ou não dos fatos que motivaram a

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS. A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida”. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 632.853/CE. Estado do Ceará e Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, 01/03/2012.

conduta administrativa, validando-a se confirmada a ocorrência, ou, censurando-a se inexistente. Após, um segundo momento estaria representado quando o Poder Judiciário passou a ponderar acerca da correção ou não da qualificação dada aos fatos pelo agente administrativo, considerando-a válida se razoável, ou, reputando-a inválida se incompatível com padrões razoáveis de interpretação. E, em seu terceiro momento, o controle judicial da atividade administrativa passou a aferir a adequação entre os motivos e as consequências jurídicas geradas, confirmando-a se seus fins forem proporcionais aos meios empregados, ou, invalidando-a se houver alguma sorte de desproporcionalidade ou desvio¹⁴⁹.

Pois bem, as contratações públicas são espaços comuns de atuação discricionária do poder público. A administração está orientada pelo ordenamento jurídico para determinadas finalidades, porém, de um extremo a outro, da orientação legislativa até a realização daquilo que interessa ao coletivo, há uma ampla gama de meios que podem ser empregados pelo administrador, que perpassam, todavia, por uma fronteira intransponível que é o dever de licitar, conforme dicção do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. No âmbito desta larga raia desvela-se a possibilidade de atuação discricionária do agente público.

No âmbito licitacional, é reconhecido que a entidade licitante dispõe de competência discricionária para a definição das cláusulas do edital e condicionantes de participação, porque deve exercer tal atribuição dentro dos limites definidos pelo ordenamento jurídico, mas com margens de adequações. Ou seja, é próprio ao exercício da competência discricionária da entidade licitante definir as condições em que os particulares poderão participar da disputa pelo futuro contrato. A discricionariedade reside no fato de que as condicionantes de cada

¹⁴⁹ Nas palavras da autora: “*A primeira fase foi de um controle chamado mínimo, em que o Judiciário apenas constatava se o fato existiu ou não existiu; era um controle da materialidade do fato. Depois passou-se a uma fase, que aqui no Brasil está um pouco atrasada, em que se admitiu o controle judicial da qualificação do fatos [...]. E mais um avanço ainda se deu em relação ao exame dos motivos, quando o Judiciário passou a examinar a adequação dos fatos aos fins que o ato de produzir*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Organizador). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003, pp. 186-187).

processo licitatório serão definidas em face do objeto licitado, dentro dos limites fronteiriços legalmente definidos.

A atuação discricionária significa a margem de liberdade em determinado contexto e conjunto de personagens, mas, respeitada as condicionantes legais postas. A discricionariedade não se afasta da concepção procedimentalizada da administração pública. Em verdade, a discricionariedade assume uma textura diferenciada nos processos licitacionais, calcada numa correlação de motivação e causalidade. É que cada etapa de um processo de contratação pública demanda soluções especializadas que influirão nas fases subseqüentes, de modo que a motivação externada pelo agente público irá determinar seus atos futuros. Sequer faria sentido imaginar que cada etapa seria independente e desvinculada das anteriores, porque este pensamento derruiria toda a concepção dinâmica e procedimentalizada do exercício da função administrativa.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho assim explica o que ele chama de uma especialização do procedimento licitatório:

Cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como ‘definição do objeto a ser licitado’ e ‘elaboração do edital’), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação. Existe uma ‘especialização’ em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto do problema. Cuida-se de um ângulo específica da questão a ser decidida. De outro lado, cada decisão condiciona o seguimento do procedimento licitatório. Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apresentadas.¹⁵⁰

A ideia de discricionariedade nas licitações públicas tem, portanto, tonalidade especial. Está intimamente relacionada à concepção procedimentalizada da licitação. Com efeito, a liberdade de escolha e a margem de discricionariedade conferidas à atuação da administração pública, gradativamente, vão sendo reduzidas na medida em que são

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 63.

superadas cada uma das etapas do processo, vez que as soluções graduais alcançadas pelo administrador passam, etapa por etapa, a condicionar as decisões seguintes. É que a amplitude das margens de escolha pela administração licitante vão sendo suprimidas na medida em que a licitação progride, atingindo, em seu final, um ponto de estrita objetividade.

A discricionariedade na espécie licitatória represente técnica de aplicação dos critérios de conveniência e oportunidade, que, por sua vez, sempre reverterão em prol da consecução do interesse público. A discricionariedade, portanto, não pode ter outro conteúdo, senão a explicitação dos motivos e fundamentos que justificam a escolha administrativa em face dos princípios informativos do processo licitatório. Ou seja, na análise da legitimidade da licitação, a discricionariedade situa-se como técnica jurídica de conformação dos enunciados não-vinculados aos princípios jurídicos relevantes.

Nesse contexto e para efeitos de controle da atuação administrativa, invoca-se aos procedimentos licitatórios a chamada teoria dos motivos determinantes, pela qual o agente administrativo se vincula aos motivos e pressupostos de fato que impulsionaram sua atuação, ainda que esta esteja sustentada em critérios de conveniência e oportunidade. Deste modo, este vínculo entre a motivação e o ato dela resultante torna-se visível e sindicável aos olhos do Poder Judiciário. Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles leciona:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.¹⁵¹

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 195.

A motivação externada pelo agente público assume papel central para legitimação do exercício do poder discricionário¹⁵². Quando a administração pública atribui um valor jurídico a determinado fato, ela torna-se vinculada à esta valoração em relação ao efeitos jurídicos que produzirá. Daí alguns requisitos: primeiro, é necessária a ocorrência do fato que motiva a atuação administrativa; segundo, o conteúdo axiológico externado pelo administrador deve ser razoável em relação ao fato; e, terceiro, as consequências jurídicas devem guardar visível proporcionalidade com a motivação externada.

¹⁵² Neste sentido, colhe-se lições do Ministro Humberto Martins em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça: *“A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não tenha imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido”* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. NOMEAÇÃO FORA DO PERÍODO ELEITORAL PROIBITIVO. POSSIBILIDADE. EXONERAÇÃO DO APELADO SEM DIREITO A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. DESCABIMENTO. ATO ILEGAL. NECESSIDADE DE ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ART. 21 DA LRF. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa. A desconstituição de ato de nomeação de servidor provido, mediante a realização de concurso público devidamente homologado pela autoridade competente, impõe a formalização de procedimento administrativo, em que se assegure, ao funcionário demitido, o amplo direito de defesa. (RMS.257/MA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 17/10/1994, DJ 14/11/1994, p. 30916.) 2. No mesmo sentido: “Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal.” (RMS 31.312/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.) Agravo regimental improvido”. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 150.441/PI. Município de Luis Corrêa e Darlan Alves Cardoso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 25/05/2012).

A motivação do enunciado administrativo compreende função dúplice, porque, de um lado concretiza a necessária transparência com a qual o agente deve administrar a coisa pública, e, noutro ângulo sistematiza a atuação administrativa em procedimento formal e adequado. E a observância de tais funções são, como visto anteriormente, irrenunciáveis pelo administrador. Com efeito, apesar de algum dissenso na doutrina, cremos que a motivação é elemento necessário de qualquer atuação administrativa, sobretudo nos processos licitatórios. Neste aspecto, tomamos parte das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a exteriorização das justificativas constitui a regra geral para qualquer atuação administrativa, seja vinculada ou discricionária¹⁵³. Em reforço, impende sublinhar que a Lei Federal nº 9.784/99, que representa o marco regulatório para o processo administrativo no âmbito federal, enumera nos artigos 2º e 50 a motivação como condição de valia de qualquer atuação administrativa, com os seguintes termos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

¹⁵³ Segundo a autora: “*Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato. // Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 195-196). Ainda com maior veemência é a posição de Sérgio Ferraz, para quem “a motivação é dado imprescindível da atuação administrativa” (FERRAZ, Sérgio. *Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo*. In: ROCHA, Cármen. L. A. (Coordenador). *Perspectivas do Direito Público: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 304).

[...]

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

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

A sindicância da legitimidade da atuação administrativa é levada a efeito pela apreciação da motivação. O grau de afirmação sobre a sindicabilidade da conduta discricionária está intimamente relacionado com a percepção acerca da procedimentalização da licitação pública. A visualização dos enunciados administrativos como cadeias de elementos, cada qual ocupado em preencher um dos seus requisitos de existência, validade e eficácia, é o que permite a investigação acerca de seus requisitos, ainda que intrínsecos à discricionariedade da administração pública.

Lembre-se que o exercício da função administrativa, qualquer seja a natureza do ato, está voltado ao interesse público. Como visto

anteriormente em relação ao exercício da atividade administrativa, o grau de discricionariedade diz respeito aos meios que serão empregados, não aos fins perseguidos. Sob outro ângulo, ao agente administrativo não é dada a liberdade para perseguir fins que ele repute importante ou interessante para si, senão do contrário, sua atuação deve estar absolutamente desapegada de vontades e desejos individuais.

No desempenho da atividade discricionária, o agente identifica os motivos e invoca a motivação que são oportunas e convenientes à administração pública, não a si próprio. Assim, inobstante os espaços de atuação discricionária, o contraste entre a atuação e suas finalidades submete-se ao controle externo pelo Poder Judiciário, ainda que esta aferição perpassa pela investigação sobre dos motivos lançados pelo administrador para apoiar sua escolha¹⁵⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que:

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatizase que esses dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei. É por essa razão que a definição legal do interesse público deverá sempre existir em qualquer manifestação de vontade administrativa, seja no ato administrativo, seja no contrato ou seja no ato administrativo complexo, como um elemento juridicamente vinculado: a finalidade. [...] se a finalidade é sempre vinculada, tanto o motivo quanto o objeto é nela que encontrarão os seus limites. Em outros termos: a discricionariedade não pode ser exercida contra a finalidade nem mesmo sem ela, mas, apenas, em favor dela.¹⁵⁵

¹⁵⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 47.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.

O controle da legitimidade tem função valorativa, tomando lugar na aferição acerca do atendimento aos valores irradiados dos princípios jurídicos aplicáveis. Vê-se, portanto, que o controle da legitimidade guarda íntima relação com a investigação sobre os valores que informam a conveniência e oportunidade da atuação administrativa, ou, dito de outra forma, sobre a discricionariedade administrativa.

Com efeito, nem sempre a administração licitante encontra solução pronta no texto legal, mas apenas uma finalidade a ser atendida. Muitos são os casos em que o administrador deve atuar em ambiente mais amplo de movimentação, mas, nem por isso, pode ele distanciar-se dos limites do poder que lhe fora dado. O administrador age, nestas hipóteses, pautado pelos diversos princípios que informam a condição objetiva e subjetiva da administração pública licitante. Tal conjunto de princípios tem como escopo, de um lado, orientar a atuação administrativa e, de outro lado, assegurar o exercício da boa gestão da coisa pública¹⁵⁶. A conformação da atividade executiva com os valores eleitos pelo interesse público corresponde à faceta da legitimidade do enunciado administrativo. Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr leciona que:

A legitimidade, a rigor, está vinculada à aceitação e ao apoio que determinado grupo social confere às relações de poder que lhe permeiam. Como observa Sérgio Cademartori, “o poder nunca se apoia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descanse exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma justificação para o mesmo”.

[...]

No contexto da Administração Pública, impõe-se a conjugação de vários elementos principiológicos, tais quais a isonomia. Tomando-se na devida conta que este princípio está previsto em lei, ele é um fator de concreção da legalidade e da legitimidade. Trata-se de uma condição de caráter dúplice. Não se quer dizer, esclareça-se, que todo e qualquer ato que respeite a isonomia seja legítimo e legal, mas, para tanto, é inarredável

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª Ed. Malheiros: São Paulo, 1995, p. 614.

que o seja. A isonomia não é fator suficiente, porém condição essencial a ambos.¹⁵⁷

A ideia de legitimidade encerra concepção aglutinadora em relação ao plexo de princípios e predicados que devem conformar a atuação estatal. Na textura dada à atividade administrativa de condução de licitações públicas, o conjunto de princípios eleitos no ordenamento jurídico deve se fazer presente, tornando-se assim, tais princípios, indispensáveis para a legitimação jurídica da atuação pública. Na ausência de qualquer predicado, o enunciado administrativo carecerá de legitimidade, sendo, por isso, censurável. Se ilegítima, a atuação tem sua eficácia comprometida, sua execução será temerária e sua finalidade forçada¹⁵⁸.

Tanto é assim que a licitação pública se legitima, como enuncia o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, quando apoiada nos princípios da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento sustentável, através de procedimento no qual se observe a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais que lhes são correlatos.

O processo licitatório é marcado pela ampla margem de definições em relação ao seu conteúdo. Ainda que existam parâmetros legais acerca do procedimento, os elementos substanciais em tudo devem se relacionar com a necessidade concreta perseguida pela administração pública. A regularidade material, portanto, do processo licitatório perpassa pela necessária observância dos princípios que o informam. Dizendo de outra forma, as escolhas e decisões administrativas efetivadas em processo licitatório são legitimadas pela sua conformidade em relação aos princípios informativos do processo, o que deve ser exteriorizado pelas motivações dos respectivos atos.

Observe que a fase interna do certame demanda todo o planejamento da futura contratação. A definição do objeto, a composição do orçamento estimado e a formulação do instrumento convocatório são etapas que demandam nítido exercício discricionária por parte dos gestores públicos. Os elementos a serem considerados não

¹⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, pp. 76-79.

¹⁵⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. 2º Ed. Curitiba: Genesis, 1993, p. 22.

encontram expressa previsão legal, mas dependem da necessidade concreta. Mesmo em relação às exigências que serão incluídas no edital, não há exaustão legislativa, como, por exemplo, as exigências de qualificação técnica que devem ser estipuladas em face das peculiaridades de cada objeto. Mas, nem por isso, tais atividades não conhecem limites. Elas exigem compatibilidade com os vetores informativos da espécie.

Tome-se como exemplo a definição do objeto. Neste mister o administrador deve especificar o bem, serviço ou obra que pretende contratar. Mas, deve fazê-lo de forma a assegurar a mais abrangente competição no certame e a ampliar a probabilidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Se incluir exigências excessivas e, portanto, impertinentes para caracterizar o objeto que importa ao interesse público, incidirá na redução dos possíveis competidores. Por outro lado, se a descrição for aquém do essencial, restará comprometida a obtenção de propostas adequadas. Numa extremidade, o enunciado reduziu a competitividade, noutra comprometeu a vantajosidade das propostas, situações que, sem proveito ao interesse público, despem o ato da legitimidade que lhe seria exigida.

Por sua vez, a fase competitiva do certame é marcada pela constante disputa de interesses entre os competidores, todos almejando sua vitória sobre a derrota do competidor. Nesta etapa, tem a administração pública o encargo de eleger a proposta mais vantajosa ao interesse público, assim rejeitando todas as demais. Os padrões de condução do processo estão disciplinados pelas normas regentes e pelo instrumento convocatório, porém, ainda assim, a administração licitante deve apoiar suas decisões nos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

A observância desta plêiade de princípios é cogente, ainda quando houver margem de escolha pelo poder público, pois, é pela realização dos princípios jurídicos aplicáveis que a condução do processo licitatório se revestirá de legitimidade. Quer dizer que, mesmo nas hipóteses em que ocorrer certa margem de discricionariedade, a administração pública não poderá lançar mão de medidas tendentes a agredir os vetores do processo licitatório¹⁵⁹. Isto porque, como dito, a

¹⁵⁹ “Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de

discricionariedade não passa de técnica do exercício da função administrativa, sendo o conteúdo aquele que demanda legitimação pelo ordenamento jurídico.

O ponto central é que, para além da legitimação que presumidamente se outorga à atuação executiva, no atual cenário constitucional, os enunciados administrativa demandam legitimação valorativa. Tal espécie de legitimação axiológica apenas pode advir da conformação do enunciado com os princípios jurídicos que sobre ele irradiam seu conteúdo. A legitimação originária é, portanto, insuficiente para justificar a atuação administrativa. Apenas quando confirmada pelo regular exercício em vista das finalidades almejadas, ter-se-á a legitimação de conteúdo, ou integral de acordo com aceção cunhada por Diogo de Figueira Moreira Neto.

Em razão de uma percepção procedimentalidade e finalística das contratações públicas, a sensibilidade que se passa a exigir dos órgãos de controle relaciona-se com a aferição sobre a satisfação dos valores eleitos pelo ordenamento jurídico. O controle da legitimidade reside, então, na apreciação acerca do grau de atendimento às finalidades desejáveis das contratações Públicas. O Poder Judiciário tem como encargo apurar se a contratação pública sindicada atende, em níveis satisfatórios, os ideários de isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e, quando for o caso, promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesses contornos residem as distinções entre a legalidade e legitimidade. Não apenas o texto constitucional os trata como elementos distintos, mas, também, distintas são os elementos que os tipificam. Daí a necessária atenção às peculiaridades no trato acerca do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as licitações públicas¹⁶⁰. O contraste com a redação explícita da lei marca o controle sobre a legalidade da atuação. Por sua vez, a apuração acerca do grau de atendimento aos postulados principiológicos baliza o controle da legitimidade do exercício funcional.

Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 313-326).

¹⁶⁰ José Afonso da Silva anuncia que: “*controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade estabelecida no plano plurianual*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 683).

4.2.3 Principais Instrumentos de Controle Judicial

A provocação ao Poder Judiciário, para investigação acerca da legalidade e legitimidade dos atos praticados no curso de processo licitatório, pode se dar por meio dos instrumentos processuais outorgados pela legislação pertinente. As ações específicas, como o mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, situam-se ao lado das ações submetidas ao rito ordinário da legislação processual, como armas à disposição dos legitimados. A gama de instrumentos é amplíssima, de sorte que a ação adequada apenas pode ser identificada diante do caso concreto, conforme se objetive provimento declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e/ou executivo *lato sensu*.

Neste cenário, cabe pontuar o papel fundamental que o mandado de segurança e a ação popular¹⁶¹ tem na provocação do controle judicial das licitações. Como instrumentos processuais concebidos exatamente para fazer frente à atuação administrativa abusiva e ilegal, aquelas ações ocupam lugar de destaque em relação ao controle das licitações públicas.

O mandado de segurança constitui meio adequado de proteção a direito líquido e certo do administrado, que não seja relacionado à liberdade de locomoção ou à intimidade de informações, quando tratar-se de violação decorrente do exercício da função administrativa. A ação mandamental presta-se a proteger direito individual, quando próprio do

¹⁶¹ O mandado de segurança e a ação popular estão previstos entre o rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5^a da Constituição Federal, nos seguintes termos: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.*

impetrante, e coletivo, quando pertencente à uma categoria, corporação ou associação de classe. Nesse ponto, na proteção a direito líquido e certo reside visível amarra entre a ação mandamental e a garantia de direito público e subjetivo enunciada pelo artigo 4º da Lei Federal nº 8.666/93, pois deste decorre a prerrogativa de buscar proteção. O instrumento jurídico caracteriza-se pela necessidade de demonstração de plano do direito violado e do ato que o alvejou, por isso, demanda prova pré-constituído para a impetração. Além de ser uma demanda naturalmente célere, a ação mandamental autoriza que seja liminarmente deferida ordem judicial para resguardar o objeto combatido ou, até mesmo, determinar sejam adotadas as providências necessárias à imediata correção do vício¹⁶².

A disciplina do mandado de segurança traz, ainda, importante instrumento de defesa e controle do interesse público, que é o pedido de

¹⁶² Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles sustenta a natureza puramente acautelatória da medida de urgência no âmbito do mandado de segurança. Para o autor: *“A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelatório do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa”* (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81). Em sentido oposto, Marçal Justen Filhos advoga tese favorável à possibilidade do deferimento da medida de urgência com conteúdo antecipatório. Para ele: *“Por outro lado, a redação do art. 7º, III, da Lei nº 12.016 não significa impedimento à concessão de liminares de efeito ativo. A suspensão dos efeitos do ato impugnado é a solução adequada para o caso de ações inquinadas de abuso ou ilegalidade. O mandado de segurança se presta também para a impugnação de omissões abusivas e ilegais. Em tal hipótese, a tutela jurisdicional antecipatória adequada para evitar o perecimento de interesses poderá ser um provimento de efeitos ativos. Tratar-se-á de suprir, de imediato e liminarmente, a omissão da autoridade”* (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 1.154-1.155).

suspensão de liminar ou sentença¹⁶³. O instrumento outorga à administração pública e ao ministério público a prerrogativa de valer-se de medida de contracautela, requerida diretamente ao Presidente da instância *a quo*, capaz de evitar grave lesão ao interesse público. Pela dicção expressa de seu regulamento, a suspensão de segurança tem cabimento sempre que a decisão proferida no âmbito de mandado de segurança coloque em risco a ordem, saúde, segurança e economia pública. Como regra geral, para efeitos da tutela judicial pretendida, o pedido de suspensão de segurança tem como foco apenas avaliar as possíveis lesões que a decisão concessiva possa gerar ao interesse público, porém, em situações excepcionais, o Poder Judiciário tem admitido incursões ao conteúdo da decisão atacada¹⁶⁴.

Por outro lado, a ação popular constitui instrumento colocado à disposição de qualquer cidadão para confrontar enunciados administrativos nulos e lesivos ao patrimônio público. O instrumento importa meio de proteção a direito coletivo e de defesa do interesse público, utilizável por qualquer membro da sociedade, não servindo,

¹⁶³ A suspensão de segurança esta disciplina pelo artigo 15 da Lei Federal nº 12.016/09, vazado nos seguintes termos: “*Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição*”.

¹⁶⁴ Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles relata a existência de posições antagônicas nos Tribunais Patrícios. Discorre o autor que: “*Segundo o STJ, a apreciação do Presidente do Tribunal se limita aos requisitos da lei – possibilidade de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas – não cabendo qualquer discussão a respeito do mérito do mandado de segurança (STJ, AgRgSSeg n. 524-PE, Rel. Min. Bueno de Souza, RSTJ 93/17, e AgRg na SSeg n. 718-AM, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 119/117) [...]. O STF, por outro lado, vem entendendo que cabe ao Presidente do Tribunal apreciar também a plausibilidade das alegações de mérito do ente público requerente da suspensão, requisito equivalente ao do *fumus boni juris* de uma medida cautelar (AgRgSSeg n. 1.149-9-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RT 742/162 – apreciando também a constitucionalidade do procedimento de suspensão de segurança)” (MEIRELLES, Hely Lopres. Mandado de Segurança. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93).*

entretanto, como instrumento de amparo de direitos individuais¹⁶⁵. A ação popular tem como foco central a invalidação das condutas reputadas nulas e, por isso, traz importante disciplina sobre os requisitos de validade da atuação administrativa, conforme descrito no artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/65:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;

¹⁶⁵ Acerca do tema, Hely Lopes Meitelles leciona que: “*É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 124). No mesmo timbre é a orientação de Alexandre Morais da Rosa: “*Assim, a finalidade da ação popular é a defesa de interesse difuso, reconhecendo-se aos cidadãos uti cives e não uti singuli o direito de promover a defesa de tais interesses*” (ROSA, Alexandre Morais da. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 434). Assim também é ditado pelo Supremo Tribunal Federal: “*Ora, não é preciso grandes digressões para demonstrar que a via da Ação Popular é absolutamente inadequada para a pretensão do autor. Sendo ela “o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público”, bem como para anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural (art.5º, LXXIII, CF). Portanto fica claro que a Ação Popular não pode ser utilizada para defender interesses individuais, contrários aos interesses coletivos. Seu objeto é ao contrário defender, o patrimônio público, material ou imaterial (como por exemplo o meio ambiente e os bens culturais), jamais podendo servir de veículo para a tutela de pretensões parciais e equivocadas, que ignoram as comunidades indígenas como membros do Estado*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Augusto Afonso Botelho Neto, União Federal e Outros. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 24/09/2009).

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O terceiro requisito, ao lado da exigência de o autor ser cidadão brasileiro e da ilegalidade da atuação administrativa, o ajuizamento da ação popular deve voltar-se contra ato lesivo ao patrimônio público. A atuação alvejada pela ação popular deve, necessariamente, ter produzido ou ameaçar produzir como efeito o desfalque ou prejuízo ao erário ou a ofensa a bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da coletividade. Em linha de síntese, portanto, são aqueles três os requisitos – cidadania brasileira, ilegalidade e lesividade do enunciado administrativo – necessários para viabilizar seja deflagrada ação popular como instrumento de provação do controle jurisdicional da função administrativa.

Ainda, merece especial atenção o poder investigativo dado através das ações civis públicas, às quais o inciso III do artigo 129 da Constituição Federal confere a prerrogativa de, dentre outros, provocar a proteção dos interesses difusos e coletivos e, por assim dizer, do interesse público. Nos termos da Lei Federal nº 7.347/85, apesar do reduzido rol de legitimados, a ação civil pública pode ser intentada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelos entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquia, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista – e por

associação que tenha dentre suas finalidades a proteção a interesses sociais. Nota elementar em relação às ações civis públicas é que sua sentença estenderá seus efeitos pelo limite territorial do órgão prolator. É que, conforme instituído pelo artigo 16 da Lei Federal nº 7.347/85, a sentença que julgar a demanda terá efeitos *erga omnes*. É dizer que:

O dispositivo sob comentário adotou posição diversa do entendimento clássico, para o qual a regra seria a aplicação da coisa julgada inter partes. Consignando que a sentença civil, como regra, fará coisa julgada inter partes, (embora dentro de determinado limite territorial), exceto no caso que menciona, o legislador, na verdade, criou sentença de caráter normativo, vale dizer, aquela cuja eficácia vai alcançar não somente as partes no processo, mas toda a coletividade abrangida nos limites territoriais do órgão prolator da decisão, tal como se fosse uma regra emitida pelo Legislativo, de cunho geral, abstrato e impessoal. A coisa julgada, nesse caso, será dotada de comando genérico, de forma a assegurar a definitividade da sentença em qualquer outro litígio, individual ou não, que tenha o mesmo desenho do que foi objeto de apreciação judicial.¹⁶⁶

De mais a mais, a ação civil pública também pode ser intentada como meio específico para a punição e responsabilização decorrente da prática de atos de improbidade administrativa. Nos termos da Lei Federal nº 8.429/92, como regra geral, a ação judicial oponível a atos de improbidade administrativa terá o rito procedimental ordinário. Porém, a legitimidade ativa para a propositura de tal ação é deferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. Ambos são, também, reúnem a capacidade para postulares através de ação civil pública, permitindo, por efeito, a adoção desta espécie para o pleito judicial.

Há, porém, marca distintiva em relação ao procedimento adotado quando envolver a investigação contra ato reputado improbo. A lei de regência condiciona o processamento da demanda à prévia aferição acerca da existência de indícios mínimos do cometimento do ato, de sua autoria e da possibilidade do pedido. Caberá ao bom senso do

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 452-453.

magistrado aferir, neste capítulo prévio da ação, sobre a sua viabilidade, para que permita a continuidade da demanda se vislumbrar a presença daqueles indícios ou, então sequer recebe a petição inicial se convencido da inexistência da ato de improbidade.

A Lei Federal nº 8.429/92 conhece três tipos de atos ímprobos na administração, a saber: (i) atos que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º); (ii) atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10); e, (iii) atos que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11).

A primeira classe de atos de improbidade administrativa envolve 12 (doze) diferentes hipóteses de atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. O rol não é taxativo ou exaustivo, o que fica claro pela utilização, no *caput*, do advérbio “notadamente” para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado. Tanto o *caput* quanto os incisos do artigo 9º guardam entre si uma característica: o agente público aufere vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. Ainda que não concorra o prejuízo ao erário ou ao patrimônio das entidades referidas no artigo 1º da sobredita lei, a percepção, mesmo que indireta, de valores, bens ou qualquer outra vantagem econômica já realiza o “tipo”.

A segunda classe de atos de improbidade, na conformidade da disposição legal, é a dos que causam lesão ao erário. O artigo 10 retro-citado envolve 13 (treze) diferentes hipóteses de atos de improbidade que importam lesão ao erário. Novamente, as hipóteses descritas não exaurem a espécie, mas, apenas, enunciam a dúzia de situações exemplificativas. Merece destaque o tipo especificado em relação às licitações públicas, assim:

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

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Parece claro que, dentre as hipóteses de rompimento das finalidades do procedimento licitatório, o legislador entendeu que a

burla ao caráter competitivo do certame representa maior gravidade, tanto que a reputa como ato de improbidade. Não sem razão, haja vista que a burla à ampla participação repercutirá, inclusive, na burla ao próprio controle do processo licitatório. Como se viu, um dos papéis centrais que os licitantes exercem é, exatamente, a vigilância sobre o processo do qual participam. Contornar a possibilidade de ampla participação é meio para afastar possíveis vigilantes.

Finalmente, a terceira classe dos atos de improbidade administrativa contempla os atos que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. O artigo 11 retro-citado envolve 07 (sete) diferentes hipóteses de atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Da mesma forma que os artigos que o precedem, o rol não é taxativo ou exaustivo.

-----XXX-----

5 CONCLUSÕES

Esta dissertação teve como objetivo compreender, em teoria, os aspectos inerentes ao controle judicial exercido sobre os processos licitatórios, suas dimensões e elementos destacados que perfazem o exercício de sindicância judicial da legalidade e legitimidade em relação ao desempenho da função administrativa na condução dos processos de contratação públicas.

Com a elaboração da pesquisa, chegou-se às seguintes conclusões:

(i) O exercício da função administrativa pelo Estado ocorre de forma procedimentalizada e finalística. Sua expressão é concretizada por meio de enunciados administrativos, com conteúdo cogente e imperativo. Tais enunciados, por carregarem força executória em face de terceiros, devem ser submetidos a constantes instrumentos de controle. É que, o controle da função administrativa consiste um dos pilares de manutenção do Estado de Direito republicano e democrático. Para além de instrumento de proteção do regime jurídico vigente, os mecanismos de controle prestam-se à aferição da legitimidade das relações desencadeados no cenário de interação pública.

(ii) As contratações públicas ocupam relevante parcela dentre as atividades estatais. Sem embargos, a adequação da integração entre o poder público e o ambiente privado perpassa pela necessária observância do rito procedimental eleito pelo ordenamento jurídico, a saber: a licitação pública. A licitação pública é composta dos utensílios processuais suficientes à observância dos pressupostos de legitimação da contratação pública realizada, sempre orientada pelos vetores de isonomia, ampla competitividade e busca pela oferta mais vantajosa ao interesse público. Neste cenário, os processos licitatórios conduzidos pelo poder público demandam séria atividade controladora.

(iii) A atividade licitacional demanda o preenchimento de formas e conteúdos destinados à concretização do interesse público. Por sua vez, os mecanismos de controle importam no dever-poder de vigilância, orientação e correção que se exerce frente ao desempenho da função administrativa. O exercício do controle sobre a atividade administrativa ganha plenitude quando realizado em relação a todos os elementos de forma e substância da atividade licitacional.

(iv) O controle interno da atuação administrativa constitui um dever-poder destinado, em primeiro plano, à constante observação acerca da existência de interesse público a justificar a contratação e, em

segundo plano, à sanar eventuais desvios. O processo licitatório é marcado pela presença constante de instrumentos de controle, que ocorrem em todas as fases promovidas pela administração licitante no transcurso do processo de contratação. Os meios de controle são encontrados em diversos momentos da atuação administrativa, cabendo seu emprego na fase interna, fase de concorrência e classificação e na fase integrativa da licitação.

(v) Por um lado, o controle interno pode ser espontâneo, quando derivado do dever-poder de fiscalização de ofício, tomando forma nas diligências exercidas pelos agentes responsáveis pela licitação e nos atos de aprovação de cada etapa do procedimento exercidos pela autoridade superior. Por outro lado, há hipótese de provocação do controle interno, quando desencadeado a partir de irrisignação do interessado, ocorrendo através das impugnações ao quadro de preços e ao instrumento convocatório, recursos, representações e pedidos de reconsideração.

(vi) O controle externo ampara-se na prerrogativa dada à sociedade de exigir a prestação de contas por parte do administrador público. À administração pública foi confiado o encargo de gerir o interesse público. Com efeito, o controle da atividade consiste em instrumento de vigilância acerca do bom emprego dos recursos estatais na realização do interesse público. O controle exercido pelo Poder Judiciário tem o objetivo de resguardar o império do ordenamento jurídico, investindo-se, para tanto, das prerrogativas de rompimento de qualquer atuação írrita ao ordenamento.

(vii) A prerrogativa de provocação do Poder Judiciário para sindicat a regularidade das contratações públicas defluiu do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito. Compreende garantia dúplice, consistente, de um lado, na prerrogativa do jurisdicionado levar ao Poder Judiciário seu reclamo e, noutro ângulo, no dever do Estado prestar a tutela jurisdicional adequada.

(viii) O exercício das atividades de controle perpassa pelo diálogo entre os princípios do acesso à justiça e da separação dos poderes. Este diálogo deve ser presidido pela percepção de coexistência e cooperação entre as esferas funcionais do Estado.

(ix) O princípio da legalidade merece compreensão ampla, englobando não apenas a lei em sentido estrito, mas, também, todo o conjunto de regras que dela irradiam. A legalidade constitui elemento vetorial do procedimento licitatório. Daí decorre a cláusula de abertura para provocação das instâncias e esferas de controle da função administrativa em relação ao seu aspecto da legalidade, ao aspecto da

fiel observância às garantias e deveres inscritos no ordenamento regente. O controle da legalidade das licitações públicas tem seu foco centrado na aferição acerca do atendimento das formalidades inerentes ao processo, tidas como pressupostos intrínsecos ao atendimento das finalidades públicas. A licitação não é outra coisa senão um procedimento formal, pelo qual se permite presumir que, atendidas suas condicionantes, estar-se-á procedendo de forma compatível ao interesse público.

(x) A ideia de processualidade, na qual nasce a concepção de enunciado administrativo, impacta na metodologia de controle jurisdicional da atividade executiva, sobretudo nas contratações públicas. A forma pela qual a legalidade se apresenta, compreendendo o plexo de normas que orientam a atuação administrativa, transcende à mera aplicação da lei através de ato estanque, convolvendo-se em atuação procedimentalizada e finalística. Daí que a concepção de controle deve estar sensível a esta singular textura.

(xi) O princípio da legitimidade da atuação administrativa reveste-se de contornos valorativos. A legitimação do enunciado administrativo demanda correção em sua substância. A percepção acerca da atuação procedimentalizada e finalística da administração pública, aliada à ideia de legitimação integral da função, permitem afirmar uma textura singular da discricionariedade administrativa no âmbito das contratações públicas. A discricionariedade na espécie licitatória representa técnica de aplicação dos critérios de conveniência e oportunidade, que, por sua vez, sempre devem reverter em prol do interesse público. O enunciado administrativo apenas reveste-se de legitimidade quando o exercício da técnica discricionária se dá em atenção aos princípios norteadores da atividade.

(xii) O controle da discricionariedade perpassa pela investigação da substância do enunciado administrativo. Seu exercício demanda sindicância acerca da correção dos critérios eleitos pelo administrador em face dos vetores principiológicos aos quais deve submissão. O controle judicial exerce a verificação acerca da simetria entre o enunciado administrativo e os valores axiológicos dos princípios da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, promoção do desenvolvimento sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

(xiii) Em razão de uma percepção procedimentalizada e finalística das contratações públicas, a sensibilidade que se passa a exigir dos órgãos de controle relaciona-se com a aferição sobre a satisfação dos

valores eleitos pelo ordenamento jurídico. O controle da legitimidade reside, então, na apreciação acerca do grau de atendimento às finalidades desejáveis das contratações Públicas. O Poder Judiciário tem como encargo apurar se a contratação pública sindicada atende, em níveis satisfatórios, os ideários de isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e, quando for o caso, promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

(xiv) No âmbito das licitações públicas, o controle compreende as atividades de orientação e fiscalização das atuações dos agentes públicos e licitantes envolvidos no ambiente licitacional. Os mecanismos de controle têm seu foco centrado na preservação da licitude e legitimidade das contratações públicas. Sua finalidade pode ser encontrada na pretensão de assegurar o melhor atendimento aos interesses públicos perseguidos, agindo, em primeiro plano, como guia para orientar ao correto processamento das licitações que se desenvolverão e, em segundo plano, como repressor para censurar as ações e medidas impertinentes ao interesse público.

-----XXX-----

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-725, janeiro 2000.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Dispensa da Licitação por Emergência**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros, n° 1, janeiro/fevereiro/março, 1993.

_____. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n° 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador: IBDP, n° 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 10 de agosto de 2010.

BRASIL. Presidência da República. Razões de Veto ao Projeto de Lei n° 1, de 1996-CN, que “Dispõe sobre as diretrizes para elaboração da lei orçamentária para o exercício de 1997 e da outras providências”. Mensagem n° 677, Brasília/DF, 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9293-1996.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. Órgão Prolator: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Órgão Prolator: Tribunal Pleno. DJ, 10/12/1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”. Recurso Especial nº 429.570/GO. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 22/03/2004, RSTJ, v. 187, p. 219.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. - Recurso ordinário desprovido”. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.967/SP. Mateus de Souza Santana e Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. DJ, 22/04/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI

8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação. 2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital. 3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93. 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes. 5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação. 6. Recurso improvido". Recurso Especial nº 402.711/SP. Indústria Petracco Nicoli S/A e Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. DJ, 19/08/2002. p. 145.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: "DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CLÁUSULA EDITALÍCIA REDIGIDA SEM A DEVIDA CLAREZA. INTERPRETAÇÃO PELO JUDICIÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DE IMPUGNAÇÃO PELOS PARTICIPANTES. POSSIBILIDADE. No procedimento licitatório, as cláusulas editalícias hão de ser redigidas com a mais lúdima clareza e precisão, de modo a evitar perplexidades e possibilitar a observância pelo universo de participantes. A caducidade do direito à impugnação (ou do pedido de esclarecimentos) de qualquer norma do Edital opera, apenas, perante a Administração, eis que, o sistema de jurisdição única consignado na Constituição da República impede que se subtraia da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Até mesmo após abertos os envelopes (e ultrapassada a primeira fase), ainda é possível aos licitantes propor as medidas judiciais adequadas à satisfação do direito pretensamente lesado pela Administração.

Consoante o magistério dos doutrinadores, a inscrição (da empresa proponente) no cadastro de contribuintes destina-se a permitir a imediata apuração de sua situação frente ao Fisco. Decorre, daí, que se o concorrente não está sujeito à tributação estadual e municipal, em face das atividades que exerce, o registro cadastral constitui exigência que extrapola o objetivo da legislação de regência. A cláusula do Edital que, "in casu", se afirma descumprida (5.5.1), entremeada da expressão "se for o caso", só pode ser interpretada no sentido de que, a prova da inscrição cadastral (perante as fazendas estadual e municipal) somente se faz necessária se o proponente for destas (Fazendas) contribuintes, porquanto a lei somente admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em juízo lógico, como indispensável à consecução do fim. "In hiphotesi", a impetrante, ao apresentar, com a sua proposta, certidões negativas de "débitos" para com as Fazendas estadual e municipal ofereceu prova bastante "a permitir o conhecimento de sua situação frente aos Fiscos", ficando cumprida a cláusula editalícia, ainda que legal se considerasse a exigência. Mandado de segurança concedido. Decisão unânime". Mandado de Segurança nº 5.665/DF. FEASA – Fundação Assistencial Educacional e Cultural de Salgueiro e Ministro de Estado das Comunicações. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. DJ, 31/08/1998. RSTJ, Brasília/DF, v. 113, 1998. p. 44.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: "ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATESTADO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. EMPRESA. LEGALIDADE. Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa. Recurso provido". Recurso Especial nº 144.750/SP. Telecomunicações de São Paulo S/A e Telemax

Telecomunicações Ltda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, 25/09/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “Administrativo. Mandado de Segurança. Concorrência para Exploração do Serviço de Radiodifusão nº 07/97 - SPO-MC. Disposições Editalícias. Balança de Abertura. Exigência Ilegal. Lei nº 8.666/93 (art. 21, § 4º). 1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. 2. Não é irregular, para fins de habilitação em processo licitatório, o balanço contendo a assinatura do contador, competente legalmente para elaborar o documento como técnico especializado (Resp 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo). 3. Precedentes jurisprudenciais iterativos. 4. Segurança concedida”. Mandado de Segurança nº 5.693/DF. Serra da Areia FM Ltda e Ministro de Estado das Comunicações. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. DJ e, 22/05/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. INTERRUÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. REVISÃO DO ATO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1 - Embora, em regra, não seja cabível exame, pelo Poder Judiciário, do mérito do ato administrativo discricionário, classificação na qual se enquadra o ato que interrompe a licença concedida a servidor para tratar de interesse particular, não se exclui do magistrado a análise dos motivos e da finalidade do ato sempre que verificado abuso por parte do Administrador. 2 - Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa. 3 - A licença concedida à recorrida foi interrompida tão só em razão de o Setor de Pessoal do Ministério do Trabalho não ter conseguido efetuar o seu cadastramento no Sistema SIAPE, não ficando demonstrado qualquer interesse do serviço, permanecendo, assim, irretocáveis o acórdão e a sentença que determinaram a anulação do ato administrativo. 4 - Recurso especial a que se nega provimento”. Recurso Especial nº 1.076.011/DF. União Federal e Jacyra Cândida dos

Remédios Moura Mattos. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ, 15/03/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido”. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.459/MG. Antônio Carlos Teixeira da Silveira Santos e Estado de Minas Gerais. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ, 16/05/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. NOMEAÇÃO FORA DO PERÍODO ELEITORAL PROIBITIVO. POSSIBILIDADE. EXONERAÇÃO DO APELADO SEM DIREITO A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. DESCABIMENTO. ATO ILEGAL. NECESSIDADE DE ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ART. 21 DA LRF. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa. A desconstituição de ato de nomeação de servidor provido, mediante a realização de concurso público devidamente homologado pela autoridade competente, impõe a formalização de procedimento administrativo, em que se assegure, ao funcionário demitido, o amplo direito de defesa. (RMS.257/MA, Rel.

Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 17/10/1994, DJ 14/11/1994, p. 30916.) 2. No mesmo sentido: "Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal." (RMS 31.312/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.) Agravo regimental improvido". Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 150.441/PI. Município de Luis Corrêa e Darlan Alves Cardoso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 25/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: "Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais". Agravo Regimental na Petição nº 3.606/DF. Construtora Triunfo S/A, Tribunal de Contas da União e Ministro de Estado dos Transportes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 27/10/2006. LexSTF, Brasília/DF, v. 28, n. 336, 2006. pp. 158-166.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: "I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção

Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva

brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada”. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, 22/11/2002. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS. NORMA LOCAL QUE OBRIGA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A EXAMINAR PREVIAMENTE A VALIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DA

SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO SEMELHANTE IMPOSTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas. 2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916/MT. Governador do Estado de Mato Grosso e Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 05/03/2009. RSJADV, Brasília/DF, abr/2009. pp. 39-41.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SIMETRIA OBRIGATÓRIA COM O MODELO NACIONAL. 1. A Lei Complementar mato-grossense n. 11/1991 foi revogada pela Lei Complementar n. 269, que estabeleceu a organização do Tribunal de Contas daquele Estado. Prejuízo, neste ponto, da Ação. 2. O Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum. 3. É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "exercício privativo das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 daquele mesmo Estado”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.307/MT. Procuradoria-Geral da República, Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso e Governador do Estado de Mato Grosso.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ, 28/05/2009. LexSTF, Brasília/DF, v. 31, n. 365, 2009. pp. 42-62.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIV A CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. - A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela

possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter

conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo.

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República.

LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL - AUTORIDADE DOTADA DE PODERES PARA VIABILIZAR A COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de

competência para praticar o ato cuja implementação se busca. - Incumbe, em consequência, não aos Líderes partidários, mas, sim, ao Presidente da Casa Legislativa (o Senado Federal, no caso), em sua condição de órgão dirigente da respectiva Mesa, o poder de viabilizar a composição e a organização das comissões parlamentares de inquérito”. Mandado de Segurança nº 24.849/DF. José Agripino Maia e Mesa do Senado Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ, 29/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem”. Mandado de Segurança nº 24.510/DF. Nascimento Curi Advogados Associados e Tribunal de Contas da União. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 19/03/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO. I - Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. II - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local

aplicável à espécie. Incidência da Súmula 280 desta Corte. III - O exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas editalícias atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido”. Agravo de Instrumento nº 640.272/DF. Distrito Federal e Neima Soares Pires Bezerra e Outros. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 31/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte”. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927/RS. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Presidente da República e Congresso Nacional. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 11/11/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS. OBRAS E SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO AO GESTOR. ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DO DECRETO N. 2.745/1998 EM VEZ DA LEI N. 8.666/1993: FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DO ATO ATACADO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 30.349/DF. Márcio de Almeida Ferreira, Tribunal de Contas da União e PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ, 19/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do

Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”. Mandado de Segurança nº 24.584/DF. Ideli dos Santos Pinto e Outros e Tribunal de Contas da União. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 19/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança”. Recurso Extraordinário nº 547.063/RJ. Hélio Tavares Luz e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. DJ, 11/12/2008. RT, v. 98, nº 882, 2009, pp. 116-124.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: “REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS. A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida”. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 632.853/CE. Estado do Ceará e Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, 01/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ementa: “LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DIAGNÓSTICO SOBRE AS OBRAS INACABADAS REALIZADAS COM RECURSOS DA UNIÃO.

VERIFICAÇÃO DE OPORTUNIDADES PARA APERFEIÇOAMENTO DE NORMATIVOS E DA SISTEMÁTICA DE CONTROLE DAS OBRAS PÚBLICAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. SUGESTÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. Para cumprir sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade, incumbe ao TCU, orientado pelos macroprocessos - definidos em seu planejamento estratégico - de auxílio ao Congresso Nacional e aperfeiçoamento da administração pública, sugerir a elaboração de normas e a implementação de sistemáticas que previnam o desperdício de recursos federais acarretado pela indevida paralisação de obras públicas”. Tomada de Contas nº 012.667/2006-4. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Ciência e Tecnologia, Ministério das Cidades, Ministério das Comunicações, Ministério do Turismo e Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU, 22/06/2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ementa: “Representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina - Secex/SC. Irregularidades nos Editais nos 008/02-00 e 009/02-00 que tratam, respectivamente, de supervisão das execução e gerenciamento ambiental da duplicação da BR-101, trecho sul. Audiência. Medida Cautelar concedida em 06/08/2003 suspendendo os certames. Oitiva do responsável. Argumentos trazidos pelo responsável junto ao DNIT insuficientes para sanear as irregularidades apontadas. Desobediência aos artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal, § 3º, caput, e § 1º, inciso I, e 31, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Fixação de prazo de 15 (quinze) dias para correção das irregularidades”. Representação nº 011.994/2003-9. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT. Relator Ministro Adylson Motta. Disponível na internet: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 de março de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONCURSO PÚBLICO - EXAME DAS QUESTÕES OBJETIVAS DO CERTAME - QUESITOS QUE ADMITEM MAIS DE UMA RESPOSTAS COMO CORRETA - NULIDADE - EDITAL COM INDICAÇÃO DE LITERATURA - RESPOSTAS QUE NÃO SE REGEM PELAS REGRAS EDITALÍCIAS - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÕES CONHECIDAS

E IMPROVIDAS. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova objetiva que apresentam mais de uma resposta como correta. III - Neste sentir, tal situação malferir o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, desconsiderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe era defeso. VI - Apelações desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada”. Cível nº 72364-18.2006.8.06.0001. Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros e Estado do Ceará. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva. Diário da Justiça do Estado do Ceará, 05/02/2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Zênite, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; e MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas**. In: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **O “Desvio de Poder” na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Disponível na internet: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 16 de março de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração**. In: SALLES, Carlos Alberto de (Organizador). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

_____. **Sistema y Valores Administrativos**. 1ª Ed. Madrid: Ciudad Argentina, 2003.

ELIAS, Alexandre Nemer. **Do controle dos atos administrativos discricionários e da teoria da única solução justa: uma reflexão sobre o entendimento doutrinário atual da afastabilidade do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários**. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 45/2004. Editora Malheiros.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almedina, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. v. 1 e 2. Porto Alegre: Globo, 1977.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

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

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo**. In: ROCHA, Cármen. L. A. (Coord.). **Perspectivas do Direito Público: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 291-306.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**. 2º Ed. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALVÃO, Nilson; GUANAES, Rose. **Primeiro os Preços**. *Revista Gestão Inovação*. Salvador: SEAB – Secretaria de Administração do Estado da Bahia, ano 1, nº 4, junho, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.seab.ba.gov.br>>. Acesso em 10 de março de 2009.

GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Princípios e Normas Gerais**. Palestra apresentada dia 14/06/2004. *In*: II SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: Licitações e Contratos – Direito Aplicado, de 14 a 18 de junho de 2004, São Paulo: TCMSP. Disponível na Internet: <<http://www.tcm.sp.gov.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 8ª Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10ª Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. 9ª Ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Inexigibilidade de Licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só podem ser Fornecidos ou Prestados por Determinado Agente Econômico**. *In*: Revista de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100, p. 37, outubro a dezembro/1991.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

HASSAN, Eduardo Amim Menezes. **A Constitucionalidade da Inversão das Fases Procedimentais da Lei de Licitações do Estado da Bahia**. Salvador: JusPODIVM, 18/07/2007. Disponível na Internet: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009.

HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima da. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia: Lei n.º 9.433, de 01 de março de 2005**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

IGNACIO, Laura. **Construtoras Contestam a Nova Legislação de Licitação Paulista**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 30 de julho de 2008. Caderno Direito Corporativo. p. 12.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro**. Revista Jurídica 9 de Julho. São Paulo: Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, nº 2, p. 206, Jul. 2003.

MARINS, Vinícius. **Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro**. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, nº 74, p. 01-26, ago/set 2005.

MARTÍNEZ, Juan Alberto. Apud: PEREIRA, César A. Guimarães. **O Regime Jurídico das Licitações no Brasil e o Mercosul**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE. Salvador: IBDP, nº 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17/08/2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Mandado de Segurança**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, V. I, nº 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **As Vantagens da Modalidade Pregão**. Artigo publicado na internet. Florianópolis. Disponível na Internet: <<http://www.mnadvocacia.com.br>>. Acesso em: 09 de março de 2009.

_____. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 1ª Ed. Curitiba: Zênite, 2008.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

OTERO, Paulo. **Direito Administrativo: relatório**. Coimbra: Coimbra, 2001.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **Usurpação ou invasão da competência?** São Paulo: RHS Licitações, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=62>>. Acesso em: 11 de março de 2009.

PEREIRA, César A. Guimarães. **O Regime Jurídico das Licitações no Brasil e o Mercosul**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE. Salvador: IBDP, nº 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17/08/2010.

PERREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Controle judicial da administração pública**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PÉREZ, Jesús González. **La Ética en la Administración Pública**. 2ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais: **A Lei 8.666/93 e o TCEMG**. Belo Horizonte, Edição Especial, ano XXVII, pp. 134-155. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em: 20/04/2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2005.

SEIXAS, Marcos Bernstein. **A evolução da Teoria da Separação dos Poderes do Estado**. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 326, abril 1994.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade administrativa: Conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª Ed. Malheiros: São Paulo, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. **Abuso de Poder Administrativo no Brasil**. In: Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). vol. 1. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

_____. **O princípio da legalidade: ponto e contraponto**. Revista de Direito Administrativo. v. 206. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ZYMLER, Benjamin; e, ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.