

## A segurança jurídica no procedimento licitatório<sup>1</sup>

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho

**Palavras-chave:** Licitação. Segurança jurídica. Contratações. Lei nº 8.666/93.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A Lei de Licitações – Estabilidade *versus* alterabilidade – **3** Visão panorâmica da Lei de Licitações à luz da segurança jurídica – **4** A segurança jurídica nas contratações diretas – **5** Conclusão – Referências

### 1 Introdução

#### 1.1 Bases constitucionais da segurança jurídica no procedimento licitatório

A Constituição Republicana de 1988 inaugurou um novo capítulo na história jurídica nacional, no qual a segurança jurídica constitui ponto central, como essência do próprio Estado Democrático de Direito.

A base constitucional da segurança jurídica está expressa, em princípio, nos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º), na independência e harmonia entre os Poderes da União (art. 2º), e nos objetivos fundamentais da República, trazidos pelo artigo 3º.

O artigo 5º merece especial destaque na compreensão do tema da segurança jurídica, ao fixar os mecanismos destinados a garantir a tutela da cidadania e explicitar os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como as ferramentas de sua instrumentalização.

No sentido de delimitar as disposições do art. 5º da Carta Magna em relação ao presente estudo e, em âmbito ampliado, ao próprio direito administrativo, citaríamos em especial os seguintes incisos: XXXIII (garante o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral); XXXIV (assegura o direito de petição aos Poderes Públicos e a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa de direitos); XXXV (garante o direito de amplo acesso ao Judiciário); XXXVI (protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); LIV, LV (garantem o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório); LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII (trazem os remédios constitucionais do mandado de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data*, da ação popular).

Afunilando as disposições constitucionais relacionadas à Administração Pública, a Constituição Federal fixa seus princípios gerais no art. 37, *caput* (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); e erige, no inciso XXI do mesmo dispositivo, o princípio da licitação e seus corolários: a igualdade de tratamento no procedimento e o equilíbrio econômico-financeiro na execução dos contratos públicos.

Renomados publicistas já discorreram sobre o tema da legalidade como núcleo fundamentador do Estado de Direito. A doutrina constata que “todos os artigos constitucionais, em última análise, velam por esse princípio, e especificamente o art. 5º, incisos II e LXIX e o art. 49, V”.<sup>2</sup>

Não passa despercebido a Maria Sylvia Di Pietro o atual alargamento do próprio sentido do princípio da legalidade, que, segundo a autora, não exige apenas “a conformidade dos atos administrativos com a lei”, mas também, e principalmente, “com todos os valores que estão presentes na Constituição, de forma implícita ou explícita”. O direito comparado acorre em auxílio de tal afirmativa, verificando que “algumas Constituições, como a alemã e a espanhola, contêm normas expressas exigindo que a Administração obedeça à lei e” — como grifamos — “ao Direito”.<sup>3</sup>

Em linha semelhante, Lúcia Valle Figueiredo descortina a amplitude do princípio da legalidade, cujo significado ultrapassa “a mera sujeição do administrador à lei”, porquanto abrange intrinsecamente “a submissão também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais”.<sup>4</sup>

Portanto, o sistema em cujo âmbito repousa a segurança jurídica no procedimento licitatório tem esteio nos princípios constitucionais gerais da Administração Pública, e naqueles especiais, que informam a atividade licitatória.

## **1.2 A estrutura legislativa infraconstitucional e a necessidade de segurança do sistema jurídico**

A legislação infraconstitucional cumpre seu mister de efetivar os comandos principiológicos dos quais emanam as disposições complementares e intercomunicantes na função de consolidar a segurança jurídica na licitação.

É nítida a lógica do legislador em prestígio dos princípios a que busca implementar, relacionados à segurança jurídica. O arcabouço legislativo representado pelo conjunto de normas e suas respectivas sanções admite, em sua estrutura essencial, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), as Leis Especiais de Concessões e Parcerias Público-Privadas (Leis nºs 8.987/95 e 11.097/04), a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), a Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92). Outros textos legislativos poderiam ser acrescentados a esse núcleo, consoante a perspectiva jurídica adotada e o eventual foco em áreas ou setores econômicos específicos.

Em seu *Eficácia nas licitações*, Carlos Pinto Coelho Motta dedica um capítulo aos instrumentos legais que auxiliam a aplicação da Lei nº 8.666/93. Cita, como tais, as Leis sancionadoras da improbidade administrativa nº 8.429/92 e nº 10.028/00; a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União; a Lei do Processo Administrativo Federal; a Lei de Responsabilidade Fiscal; o novo Código Civil, aplicado supletivamente às contratações públicas; a Lei dos Consórcios Públicos.<sup>5</sup>

Em uma visão panorâmica do processo de contratação pública em seu sentido mais amplo, é magistral a síntese do referido autor sobre os fundamentos da decisão estruturada de contratação e seus instrumentos de controle:

Em caráter elucidativo, cabe uma síntese ainda referente à inserção da Lei Nacional de Licitações e Contratos em um panorama legislativo mais vasto, relacionado à própria decisão de contratar. Vimos, desde o início do presente estudo, que quando o Poder Público manifesta a decisão de contratar — para preenchimento de qualquer necessidade detectada, referente ao interesse público

—, sua primeira determinação é dada pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e encontra-se destarte inexoravelmente vinculado à decisão de instalar licitação, incluindo-se nesse âmbito decisório as possibilidades de dispensa e inexigibilidade do procedimento.

A partir daí, observa-se a interveniência de inúmeros diplomas legislativos, além dos que foram arrolados explicitamente como 'instrumentos auxiliares' à aplicação da Lei 8.666/93. [...]

Como se observa, a decisão de contratar é complexamente estruturada por textos legislativos intercomplementares, reduzindo-se ao mínimo o espaço discricionário remanescente, o qual se situa em um campo de *conceituações indeterminadas*. [...]

Compilados todos esses subsídios, resta mencionar o importante controle exercido sobre os processos licitatórios pelo Poder Judiciário. Recorre-se à via judicial por meio de ações específicas, como a ação ordinária, a ação popular, as ações cautelares, o mandado de segurança.

A moralidade administrativa acha-se expressamente protegida pela Ação Popular (art. 5º, LXXIII), sendo facultada a qualquer cidadão a anulação do ato administrativo descumpridor da lei de licitação. Outra garantia constitucional consiste no Mandado de Segurança, que protege o direito individual, líquido e certo, do cidadão. Poderá, no caso, ser interposto para proteger direitos dos licitantes, proponentes ou adjudicatários.

Um importante papel fica reservado institucionalmente ao Ministério Público, por força do art. 127 da Constituição Federal, no sentido de promover ação penal pública e zelar pela relevância dos direitos assegurados na Carta, entre os quais os princípios elencados no art. 37.<sup>6</sup>

A legislação infraconstitucional reguladora da licitação pública busca justamente consolidar a segurança jurídica ao longo do processo de implementação da *decisão estruturada de contratação*, nas palavras do Prof. Motta. Nesse rumo, a lei municia o cidadão e a Administração Pública, de um lado, com os pressupostos de motivação e legitimidade dos atos administrativos; e de outro, com seus instrumentos de controle, fazendo-o com relação à fase preparatória da licitação e àquelas de procedimento e de execução do contrato.

Enfim, a lei fixa os preceitos específicos inerentes à própria operacionalização da máquina administrativa, a qual, em última instância, se subsume inderrogavelmente ao princípio da legalidade, em seu sentido contemporâneo.

O espectro legislativo relacionado à atividade administrativa como um todo, e especificamente à atividade licitatória que nesta se insere, está, por assim dizer, à disposição do reforço e proteção da segurança jurídica.

Examinando o plexo de leis destinado a regulamentar a atividade licitatória, observa-se que o legislador criou as bases da segurança jurídica em suas vertentes de *operação* e *sanção*: ao mesmo tempo que fixa os conceitos e procedimentos, a Lei cria os instrumentos de controle interno e externo de sua legalidade.

A magistral síntese de Rafael Valim alcança a finalidade teleológica do conjunto de normas, ou seja, a *necessidade de segurança do próprio sistema jurídico*:

Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança *do* direito, que poderíamos nominar de concepção contemporânea deste princípio. *Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito que, como foi visto na introdução deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do*

princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas. (Grifos no original)<sup>7</sup>

Tendo por parâmetro essa visão sistêmica, a proposta do presente trabalho é desenvolver o tema da segurança jurídica na licitação, em abordagem de suas fases de consistência interna (processo) e externa (procedimento). O método será o da visita panorâmica às normas jurídicas a partir de cujo conteúdo e hermenêutica colhe-se a construção inteligente, pelo legislador, de um ferramental voltado para a economicidade do gasto público.

Será exposta a dinâmica dos meios (o processo da licitação) destinados a alcançar um fim (a contratação vantajosa), além de tutelar a segurança jurídica, ora posta a serviço do licitante, ora da Administração Pública.

## **2 A Lei de Licitações – Estabilidade *versus* alterabilidade**

Fixando-se a Lei Geral de Licitações nº 8.666/93 como texto básico regulamentador do instituto da licitação, titular das normas legais que constituem os *pilares* da segurança jurídica na licitação e na execução contratual, observa-se no conjunto de dispositivos destinados a regulamentar o certame licitatório a nítida divisão em dois grandes grupos de normas. Um primeiro, que chamaríamos de *estrutural*, cuida dos conceitos e definições, e um segundo, de caráter *operacional*, rege o processo, o procedimento, a execução contratual, as sanções e tutela judicial; bem assim, concomitante ou sucessivamente, o devido processo legal.

Por evidente, não se trata de uma divisão linear absoluta. Intercalam-se aqui e ali, entre os dispositivos destinados essencialmente a tratar de um ou outro aspecto, artigos que atendem a ambas as funções (estrutural e operacional), e cuja análise integrada consolida a lógica legislativa na busca da consistência jurídica do sistema de contratação instituído pela Lei nº 8.666/93.

Assim, a Lei prevê uma fase pré-procedimental, trazendo os conceitos e definições inerentes ao processo da licitação; na sequência, a Lei trata da fase procedimental, ou seja, a ritualística; e finalmente, a de execução contratual. Assinale-se, sobretudo, a *ratio* jurídica da interconexão das normas numa dinâmica lógica, de acordo com os aspectos da segurança jurídica que o conjunto pretende resguardar.

O burocratismo inerente ao formalismo da atividade da Administração Pública, aliado às distorcidas interpretações e aplicação da Lei de Licitações, tem colocado a Lei nº 8.666/93 como constante alvo de nem sempre justas críticas, na condição de responsável pelas malversações na aplicação do dinheiro público.

Contudo a licitação, enquanto “termômetro da Administração”, possui a vocação inarredável da eficiência. A formalidade de seu rito, desde que assegure a legítima competição, oferece uma confiável sucessão de marcos operacionais que, em seu conjunto, contribuem para o epílogo da “boa” contratação e, dessarte, do emprego regular do múnus público. Uma vez compreendida a razão instrumental do instituto e observados os passos que lhe conferem segurança interna, eis viabilizada a concretização dos postulados básicos da Administração, expressos nos artigos 37 e 70 da Constituição Federal.

Sempre vimos com certa cautela os arroubos violentos de propostas legislativas radicais no sentido

de alteração profunda da LNL. Para muitos analistas, a lei é boa; alguns ajustes pontuais seriam suficientes a corrigir desvios e aprimorar seu conteúdo, na linha de temperar os benefícios da sempre necessária renovação, com a prudência que se adquire ao longo do processo de conhecimento. Alterações desmedidas podem implicar a renúncia a instrumentos e parâmetros com eficácia já consolidada na função de controle dos processos, contratos e resultados.<sup>8</sup>

Nesse intuito, todo e qualquer processo de alteração legislativa — conquanto evidente a necessidade de acompanhar a evolução, as contingências e o dinamismo dos fatos sociais e econômicos — jamais deve perder de vista a preservação da origem da norma, seu histórico e motivos primordiais, bem como da lógica operacional consolidada no que tem de positivo.

Em sua obra *A beleza da ação indireta*, o economista Inglês John Kay mostra com clareza as consequências e riscos do processo evolutivo radical, no qual predomina o caminho direto, nem sempre eficaz, com prejuízo da obliquidade. Nesse contexto, o autor comenta o modernismo, dizendo que

No século XX, a tecnologia emancipou os construtores da tradição e do conhecimento acumulado. Alguns arquitetos acreditaram que poderiam dispensar o enfoque oblíquo, a prática da modificação incremental dos conceitos e observações enraizadas em convenções bem aceitas. Eles preferiam a dedução dos primeiros princípios e acreditavam que o meio direto substituiria o oblíquo. Havia muitas linhas retas em seus desenhos.

A esperança de que o projeto racional realizado por um planejador onisciente poderia substituir o conhecimento prático derivado de um processo de adaptação e descoberta varreu muitos campos ao longo do século XX. Esse enfoque, em geral, foi descrito como modernismo.

O comentarista arquitetônico Charles Jencks declarou que o modernismo terminara às 15h32 do dia 15 de julho de 1972, quando empreiteiras de demolição detonaram explosivos para derrubar o projeto de habitação Pruitt-Igoe em St Louis. Menos de duas décadas antes, o projeto ganhara prêmios por sua arquitetura pioneira e visionária. [...]

Os modernistas sabiam menos do que imaginavam.<sup>9</sup>

Vivenciamos períodos de propostas de mudanças profundas na LNL, ao longo dos quais tem vingado, até o momento, não sua alteração substancial, mas a adaptação de conceitos e institutos com vistas a tornar o processo de contratação pública mais ágil, condizente com a realidade das necessidades da Administração Pública. Nesse contexto surgiram no horizonte o pregão, o pregão eletrônico, o registro de preços e, finalmente, o recente RDC.

O texto da Lei nº 12.462/11 — resultante da conversão da MP nº 527, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para os empreendimentos relativos à realização dos megaeventos esportivos de âmbito internacional,<sup>10</sup> sediados no Brasil — tem o propósito direto de “ampliar a eficiência” em tais contratações públicas.

Apenas a prática poderá demonstrar a consecução (ou não) de tal objetivo; nesse ínterim, remanescem em aberto as virtuais respostas às dúvidas preliminarmente postas pelo Professor Carlos Motta— tendo ainda então sob foco a MP nº 527:

A síntese de tais tentativas (de alterações legislativas do regime jurídico das licitações) faz agora sua aparição no Congresso Nacional, com o projeto RDC, aplicável apenas às obras, serviços e compras voltados para os gloriosos eventos esportivos em perspectiva. Sob a louvável intenção de

apressar as coisas, as novas regras criam situações inusitadas, ao arrepio da legislação preexistente. Cortam instâncias, diminuem prazos, escamoteiam veículos e tempos de divulgação, ceifam recursos e efeitos recursais, eliminam controles.

Entretanto, é preciso enfrentar algumas questões em aberto. A primeira: os problemas gerados pela cultura administrativa brasileira, que sempre emperraram a aplicação da própria Lei 8.666, serão resolvidos pela aprovação do novo RDC? O novo regime solucionaria a irrealidade das estimativas de preços e custos, o desmazelo dos projetos básicos e executivos, a pressão política sobre o processo decisório, o sobrepreço e o superfaturamento, a inconsistência e a inexequibilidade de propostas, a flacidez da gestão contratual? Com boa vontade, imaginemos que sim. Navegando sobre as dúvidas, vamos acreditar que tudo corra bem e que, efetivamente, se consiga agilidade e eficiência nos preparativos para o grande acontecimento. Coloca-se, então, a segunda pergunta, não menos relevante: como ficam os outros setores que também constituem prioridade nacional, tais como a educação, a saúde popular, a segurança? [...]

A resposta a essas dúvidas seria uma só: a convicção, aliás expressa pela via constitucional, de que todos os cidadãos brasileiros são destinatários dos serviços públicos essenciais, que devem ser acessíveis de modo igualitário e não discriminatório. Um regime diferenciado de licitações não vai solucionar as patologias existentes e agilizar as contratações como seria necessário, ou seja, de forma consistente e isonômica. A via sensata seria proceder a alterações na Lei 8.666, incorporando os pontos fortes do projeto; [...]. As novas regras, uma vez submetidas ao debate parlamentar e ao crivo da constitucionalidade, seriam perenizadas pela inserção em um diploma já depurado e internalizado na cultura administrativa brasileiro. Cumpre, sobretudo, fortalecer o instituto da licitação e confirmá-lo em suas premissas básicas: o princípio republicano, a igualdade de oportunidades, a economicidade na contratação e o controle do dispêndio público.<sup>11</sup>

Em outro momento de sua obra, ao comentar os ordenamentos atuais que configuram certa evolução legislativa em sede de licitações, o mesmo autor registra “um nítido movimento em direção ao desburocratismo, à simplificação e à racionalização dos processos licitatório-contratuais.” Aponta, ademais, a despeito de todas as limitações e obstáculos do formalismo administrativo, a consolidação de mudanças concretas, auxiliadas pela ação reflexiva da doutrina e da jurisprudência. Ciente de que “em tempo algum o procedimento licitatório tenha sido, e esteja sendo, tão discutido pela própria sociedade, além da letra, do papel e do empirismo jurídico”, conclui com um “balanço geral” de tais transformações, no qual há espaço para algum otimismo.<sup>12</sup>

Entretanto, se perguntas foram respondidas, outras há que permanecem, por sua vez, sem solução definitiva:

O desafio que ora se coloca ao legislador contemporâneo é conciliar o tratamento substancial dos direitos e valores essenciais, assegurados constitucionalmente, com o pragmatismo dos meios e fins. Isso talvez implique a aceitação dialética de certa “queima de etapas” no sentido de viabilizar com maior funcionalidade as metas e os resultados crescentemente exigidos.<sup>13</sup>

### **3 Visão panorâmica da Lei de Licitações à luz da segurança jurídica**

Feitas estas considerações de caráter global, passamos à visão panorâmica da Lei de Licitações. Segundo tradicional diretriz de cunho doutrinário, para a eficaz operacionalização do processo licitatório recomenda-se seu estudo com base em uma divisão em fases bem delimitadas, a interna (processo) e a externa (procedimento).

Aparentemente permeada pelo burocratismo, a fase interna adquire na prática das licitações — na garantia da segurança jurídica do certame e ulterior contratação — maior relevância do que aquela procedimental.

Com efeito, uma licitação será tão exitosa quanto forem zelosos os responsáveis pela preparação do processo em sua fase interna, motivo pelo qual, a nosso ver, a segurança jurídica da licitação reside, *eminente*, nos dados de consistência da fase pré-procedimental.

### **3.1 Principais marcos da segurança jurídica e aspectos polêmicos na fase interna das licitações**

Determinados momentos do proceder licitatório são especialmente sensíveis no que tange à segurança jurídica na licitação.

A Lei de Licitações explicita obrigações da Administração relacionadas às providências essenciais à legalidade da fase interna, cujo adequado atendimento não se encerra na legalidade estrita, mas na própria *viabilidade* do objeto que se pretende contratar.

O art. 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93 cuida do procedimento inaugural da licitação, consistente na abertura de processo administrativo, com observância de seus requisitos tradicionais de natureza formal e documentação relacionada à autorização, indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para atender a despesa.

Já a partir desse comando relacionado à despesa irradiam-se providências paralelas, condicionantes da legalidade do processo; citem-se, a título de exemplo, aquelas relacionadas à legalidade da despesa, vinculadas ao cumprimento da Lei Complementar nº 101/00, em suas principais vertentes: as limitações ao poder de gasto, a continuidade administrativa e a *responsividade* fiscal (*e.g.*: as implicações das definições do art. 2º em relação à entidade licitadora; as condições da geração da despesa, conforme arts. 15 a 17; os restos a pagar, disciplinados no art. 42).

As disposições dos incisos do art. 38 da LNL devem ser lidas em conjunto com o art. 40, que trata do edital e seus anexos, em especial, seu parágrafo 2º.

Costumamos dizer que a adequada estruturação de um certame licitatório se apóia em uma concepção tripartite, cuja solidez global deve ser assegurada pela consistência respectiva de seus pilares.

Para a adequada compreensão de tal construto, caberia retornar, ainda uma vez (e sempre) ao *caput* do art. 37 da Constituição e aos princípios a que a Administração Pública deve observância, entre os quais a legalidade; caberia retornar, ademais, ao inciso XXI do mesmo dispositivo e ao dever constitucional do Poder Público de efetivar suas contratações mediante processo de licitação pública, nos termos da lei. Na regulamentação do preceito, o legislador criou, na Lei nº 8.666/93, o que designamos como um tripé básico de regras de fundo e de procedimento, essenciais à estruturação e ao processamento das licitações. Como se verá, a tríplice edificação constitui condição determinante de sua legalidade e da segurança jurídica do processo e da contratação almejada.

O primeiro pilar de tal concepção consiste na *indicação clara e sucinta do objeto* licitado, lastreada por um projeto básico seguro que contenha os dados necessários à preparação das propostas, bem como suficientes a justificar os requisitos limítrofes de habilitação e os critérios de pontuação técnica, a serem acompanhados das pertinentes notas técnicas.

As *condições contratuais* otimizadas, obtidas pela refração rigorosa dos dados precedentes e pela observância dos conteúdos indicados no art. 55 da Lei de Licitações, formam o segundo pilar, que dará suporte à execução e à gestão contratual.

Finalmente, o *valor estimado* da contratação configura o terceiro pilar. Além de seguramente orçado em relação aos preços de mercado, com base nas fontes adequadas à natureza do objeto licitado, deverá ter efetiva correlação com o objeto dimensionado, devendo a despesa atender a suas respectivas limitações, à luz da legislação orçamentária.

Anote-se à margem: não é sem razão que se tem largamente prestigiado, numa visão contemporânea do direito público, os princípios da finalidade da licitação e o dever da eficiência da atividade administrativa.

Tendo sob foco a fase interna da licitação, a consistência documental de sua instrução será essencial à segurança jurídica formal e material do procedimento. Assim, o processo deverá conter os dados de Projeto Básico, Executivo, Termo de Referência, EVTEA<sup>14</sup> conforme a natureza e regência legal da contratação, destinados a subsidiar suficientemente o licitante com os dados necessários ao adequado dimensionamento do negócio licitado. O rigor e a fidedignidade do processo serão variáveis decisivas, não apenas para a solidez da proposta, mas para a instrução de eventual defesa na fase de contencioso administrativo (arts. 41 e 109 da Lei nº 8.666/93) e perante os órgãos de controle externo.

Compondo o bloco informativo do processo, há que lembrar a importância da consistência integrada entre os dados técnicos, financeiros e as respectivas notas técnicas. Estas deverão conter motivação circunstanciada das exigências de qualificação técnica e econômico-financeira. Não podem ser omitidos aspectos pertinentes à forma de estruturação da licitação, relacionados a temas tais como: eventual não parcelamento do objeto; restrições ao consorciamento; entre outros que se impõem naturalmente como contingências nas licitações.

A obrigação de motivar constitui um dos princípios mais caros ao direito administrativo. Esta diretriz foi afirmada no direito positivo brasileiro inicialmente com o art. 24 do Decreto-Lei nº 2.300/86 e consolidada nos termos do art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo federal, que a incorporou definitivamente como *princípio de direito público* e como garantia dos direitos dos administrados.<sup>15</sup>

A *latere* da motivação, outro requisito de consistência da fase interna do processo reside em sua suficiente *instrução*, sustentando-se a motivação de modo eficaz com a juntada da documentação técnica, financeira e correlata, necessária a lastrear os atos e decisões administrativas.

A acuidade na preparação dos instrumentos que devem instruir a fase interna do processo são as bases de sustentação do procedimento que se seguirá.

O edital — cuja publicidade marca o início da fase externa, de procedimento — representa, na



verdade, o epílogo, e não o introito da licitação, ao contrário do que entendem os ávidos licitantes.

Nessa etapa preparatória estão presentes diversos fatores intercorrentes sobre os quais o administrador deve se acautelar na garantia da segurança jurídica na estruturação da licitação. É necessária uma criteriosa ponderação de valores, à luz de todo o sistema principiológico que marca a atuação administrativa contemporânea.

Nessa vertente, anotamos a importância da escolha adequada da *modalidade* e do *tipo* de licitação a serem adotados.

Com a introdução do pregão, em suas modalidades presencial e eletrônica, assistimos distorções graves na aplicação dessa modalidade licitatória, em razão da dificuldade do legislador na definição e delimitação da latitude do conceito de bens e serviços comuns.

Na área de tecnologia da informação, por exemplo, tal modalidade de licitação foi aplicada indiscriminadamente a diversos certames, a nosso ver, de forma inadequada — ainda que em prol da agilidade da contratação.

Especificamente neste setor, tal distorção foi devidamente corrigida pelo Decreto nº 7.174, de 12.05.10, cujo art. 9º e seus parágrafos determinam que, para a contratação de bens e serviços de informática e automação, deverão ser adotados os tipos de licitação de menor preço ou técnica e preço. O primeiro deles (menor preço) será adotado no caso de bens e serviços considerados comuns (conforme conceito do art. 1º da Lei nº 10.520/02).

Notadamente, o segundo tipo (técnica e preço) fica adstrito aos bens e serviços de natureza predominantemente intelectual, que requeiram individualização ou inovação tecnológica. Nesse caso, é decisiva a análise *ad hoc*, porquanto tais objetos caracterizam-se pela potencialidade do emprego de diferentes metodologias e tecnologias; estão sujeitos ao escalonamento de níveis de qualidade e desempenho, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens das soluções disponíveis.

Na justa medida, tal texto legal prestigiou o princípio da vantagem da licitação, em sua concepção atual, desgarrada do fator econômico puro e simples e, em toda sua extensão, cuidando também do *fator qualidade*.

Aliás, o redator do Decreto nº 44.786, de 18.04.08, que regulamentou a Lei nº 14.167, de 10.01.02 (sobre a adoção do pregão, no âmbito do Estado de Minas Gerais, como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns), já havia acuradamente atentado para a necessidade de se cuidar do fator qualidade, em função da natureza do objeto licitado, mesmo na modalidade simplificada do pregão. Referido regulamento previu em seu art. 3º, §2º, de forma inovadora e absolutamente pertinente — como veio a confirmar a redação do Decreto nº 7.174, de 12.05.10, versando sobre a contratação de bens e serviços de informática e automação — que, “atendido o disposto no §1º, o pregão poderá ser utilizado: [...] IV - em licitações precedidas de pré-qualificação de objeto ou de licitantes” (grifos nossos).

Ora, a possibilidade de pré-qualificação de objeto ou de licitantes é uma imposição natural, na busca da melhor contratação — mesmo na modalidade pregão — da necessidade de se avaliar objetos que, mesmo *comuns*, para os efeitos legais de contratação na modalidade pregão, comportem individualização ou inovação tecnológica e possam apresentar diferentes metodologias,

tecnologias e níveis de qualidade e desempenho, implicando avaliação das vantagens e desvantagens das soluções disponíveis.

Por isso afirmamos que o Decreto nº 7.174, de 12.05.10, prestigiou, em toda a sua inteireza, o princípio da vantagem (ou *vantajosidade*, na bem cunhada expressão de Marçal Justen Filho) no contexto da licitação. O conceito é amplo, não se restringindo ao menor valor nominal, e sim à conjugação dos fatores qualidade e preço.

A nosso ver, tal princípio tem tido sua aplicação hodiernamente deturpada nos processos de contratação pela modalidade pregão, na qual na prática o preço exsurge inegavelmente como fator preponderante, prejudicados outros fatores relevantes.

De qualquer forma, especificamente na etapa de elaboração do edital, outro plexo de normas incide na tutela da segurança jurídica, em especial no que se refere à adequada escolha da modalidade de licitação (arts. 20 a 23 LNL); aos requisitos de habilitação (arts. 27 a 31 LNL); às regras de consorciamento de empresas (art. 33 LNL); ao tipo de licitação, critério de julgamento e rito de processamento (arts. 43 a 48 LNL); à observância das disposições aplicáveis às licitações internacionais (art. 42 LNL); ao devido processo legal (art. 109 LNL).

Um dos temas palpitantes nesta fase preparatória reside nas restrições indevidas à participação e à habilitação, refreadas pelo art. 3º, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/93. Sem prejuízo das cláusulas restritivas propriamente ditas, vislumbram-se manobras indiretas por vezes utilizadas como fator de escamoteamento da competitividade, e, portanto, da segurança jurídica.

Nesse contexto, o art. 23, parágrafo 1º da LNL determina o parcelamento das obras, serviços e compras “em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. O Tribunal de Contas da União cuidou de tutelar tal prescritivo, coibindo com rigor a ausência indevida de parcelamento.<sup>16</sup>

No que se refere à segurança jurídica, mais uma vez o legislador estabelece o único fator capaz de legitimar o não parcelamento: a motivação técnica e econômica. Assim, o parcelamento é a regra e o não parcelamento a exceção, admitida apenas mediante circunstanciadas razões. *Omnis obligatio etiam factus dividua est, nisi quatenus de contrario apparet...* toda obrigação, mesmo de fato, é divisível, enquanto não se provar em contrário.

Paralelamente, observamos a interpretação colhida ainda pelo Tribunal de Contas da União quanto à discricionariedade do administrador para admitir (ou não) na licitação a participação de empresas em consórcio, como decorre da interpretação literal do *caput* do art. 33 da LNL: “... quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio...”.

Novamente o TCU não deixa tal definição à integral *liberalidade* do administrador, exigindo a motivação como requisito fundador da legitimidade de eventual restrição; mais uma vez, o princípio da motivação do ato administrativo, por sua condição de princípio informador do próprio direito, permeia a segurança jurídica da competição.<sup>17</sup>

Contudo, examinadas em seu conjunto, observa-se que tais definições, caso mal trabalhadas,

podem constituir *formas transversas* de violação do princípio da ampla competitividade (art. 3º, 1º, I, Lei nº 8.666/93), na medida em que, não havendo previsão de parcelamento do objeto, e (ou) ao mesmo tempo, sendo vedada a participação de empresas em consórcio, restam *nítidos fatores limitadores*, cuja legitimidade será aferida, enfim, diante da motivação existente no caso concreto.

Além destes fatores restritivos, a fase de preparação do edital traz consigo o risco de violação da segurança jurídica em determinados conteúdos do instrumento convocatório, notadamente no tocante aos *requisitos limítrofes* à habilitação.

O art. 27 da LNL exige, para fins de habilitação em licitações públicas, a comprovação documental do atendimento das seguintes exigências: (i) habilitação jurídica (art. 28); (ii) qualificação técnica (art. 30); (iii) qualificação econômico-financeira (art. 31); (iv) regularidade fiscal (art. 29); e (v) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nos quesitos *habilitação jurídica e regularidade fiscal* as exigências constam dos editais no padrão da Lei de Licitações, conforme legislação cível e tributária aplicável, não comportando demais debates.

No entanto, as exigências de habilitação relacionadas à *qualificação técnica e econômico-financeira* variam nos editais, de acordo com a natureza e o porte das obras, serviços, compras ou fornecimento licitados, tendo a Administração Pública como parâmetro para a sua fixação, reiterese, a descrição do objeto, o conteúdo do Projeto Básico ou Executivo e o orçamento detalhado em planilhas.

Em linhas gerais, as exigências de habilitação serão consideradas lícitas na medida em que estiverem robustamente lastreadas em tais dados objetivos demonstrados na motivação contida na fase interna do processo.<sup>[18](#)</sup>

Alguns vícios e excessos recorrentes quanto à qualificação técnica se referem à exigência de vinculação do profissional ao quadro permanente da empresa; exigência de prestação idêntica e não apenas similar ao objeto licitado; excesso nos quantitativos, em relação às parcelas de maior relevância da obra ou serviços; número mínimo de atestados; vedação de somatório de atestados, no caso de participação em consórcio. No quesito qualificação econômico-financeira observa-se mais frequentemente a exigência de índices contábeis excessivos, incompatíveis com o setor do objeto licitado e, em especial, a cumulação das exigências de garantia de proposta, com patrimônio líquido ou capital mínimo.<sup>[19](#)</sup>

Novamente se constatará que a segurança jurídica das previsões editalícias da fase de habilitação repousam, em última instância, no fator motivação; donde se recomenda sejam amparadas, assim como quanto aos temas de parcelamento e consorciamento acima visitados, em *notas técnicas* lastreadas por documentação pertinente aos fatores de motivação das referidas exigências.

Isto porque, na fixação dos requisitos limítrofes de habilitação, a entidade licitante deve, tendo por base a natureza e porte do objeto licitado, temperar seu poder quanto à rigidez e extensão de tais requisitos, sempre exigindo o que efetivamente se constituir necessário como fator de aferição das condições do licitante para se desincumbir da contratação específica pretendida; evitando, todavia, excessos que possam restringir indevidamente o acesso ao certame.

E a medida certa para tanto estará objetivamente retratada na compatibilização entre as instâncias supra relatadas: o objeto descrito; o projeto básico; as notas técnicas de motivação das exigências de habilitação; as indicações e fundamentos para as propostas técnicas; o valor estimado da contratação como subsídio para as propostas comerciais.

Afinal, a lei aparelha o administrador com as ferramentas necessárias a delimitar o acesso ao certame àqueles licitantes que de fato possam atender sua demanda, não sendo, portanto — novamente parafraseando o mestre Marçal Justen Filho — *absoluto* o direito de licitar, mas limitado ao universo de licitantes efetivamente aptos a atender a demanda estatal.

E o lastro entre tais dados, além de considerado pelo administrador, passará igualmente pelo crivo do licitante interessado, na medida em que o conjunto documental possa gerar, ou não, suficiente segurança para elaboração de proposta. Em caso negativo, poderá ser objeto de questionamento via impugnação (art. 41 da LNL).

Nesse ponto, outro mecanismo em prol da segurança jurídica são as consultas e impugnações ao edital, que permitem o esclarecimento e consolidação de conceitos contidos nos instrumentos de regência da licitação e contratação. As consultas devem ser privilegiadas, na medida em que as respostas vinculam a Administração e não necessariamente ensejam atrasos ao procedimento; observado, a propósito, o disposto no art. 21, parágrafo 4º da LNL, quanto à necessidade de republicação e reabertura dos prazos de divulgação.

Na mesma etapa, espelhando as diretrizes do edital, a minuta de contrato deve ser elaborada à luz das disposições do art. 55 LNL, consideradas para tanto as eventuais disposições do marco regulatório específico aplicável ao objeto licitado, sob os aspectos de regime jurídico (obras e serviços de engenharia, serviços contínuos, serviços públicos) e, ainda, da natureza do serviço (saneamento, transportes ferroviário, rodoviário, setor portuário, aeroportuários, etc.).<sup>20</sup>

### **3.2 Cautelas relativas à segurança jurídica na fase externa das licitações**

No processamento da fase externa da licitação, em observância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da isonomia e seus correlatos (art. 3º, *caput*, da LNL), a Administração Pública há que se ater às disposições editalícias, sendo-lhe vedado o fator surpresa.<sup>21</sup>

Esta realidade nos conduz a insistir na sobredita necessidade de consistência na estruturação da fase interna do processo, como forma de legitimar os atos que sustentam a licitação e mitigar riscos na tutela da segurança jurídica na licitação.

No curso do julgamento da licitação, alguns aspectos adquirem relevância especial à luz da segurança jurídica, protegida nesse contexto pelos princípios citados.

Um dos vícios recorrentes se expressa nos critérios subjetivos de julgamento de propostas técnicas e metodologia de execução, configurando a patologia da *subjetividade*, que compromete senão a segurança jurídica na licitação, sua própria legalidade.

Daí decorre a indispensável fixação, no instrumento convocatório, de fatores de julgamento, com

respectivos pesos e pontuação, adequados ao objeto e acompanhados das respectivas motivações. Só assim se poderá identificar a melhor proposta, cujos critérios de aceitabilidade devem ser claramente prefixados e publicizados.

Ainda no julgamento, chama a atenção o cuidado do legislador na redação do art. 43, parágrafo 5º da LNL, que veda a desistência da proposta uma vez ultrapassada a fase de habilitação. Sem prejuízo de dispositivos mais severos quanto à seriedade e compromisso envolvidos na apresentação de uma proposta (art. 7º, *caput* da Lei nº 10.520/02), o dispositivo coíbe práticas negociais capazes de pôr em risco o trabalho e esforços estatais nas licitações.

O sistema de preclusão e incomunicabilidade das fases de julgamento das propostas constitui, por si só, um fator de segurança em favor do licitante, independentemente do julgamento ser processado segundo o rito tradicional instituído pela Lei nº 8.666/93, ou mediante inversão de fases (art. 18A da Lei nº 8.987/95, conforme redação dada pela Lei nº 11.196/98; art. 4º, VII da Lei nº 10.520/02; art. 12, I da Lei nº 11.079/04; art. 11, §4º da Lei nº 12.232/10; art. 12, III da Lei nº 12.462/11 — que traz, ainda, a “inversão da inversão”, conforme art. 14, II).

Outro aspecto relacionado ao julgamento a merecer atenção à luz da segurança jurídica é, de um lado, o excesso de formalismo e, de outro, o excesso de liberalidade na aplicação do instituto da *diligência* (art. 43, §3º da LNL), bem como do *saneamento de falhas* (art. 12, IV da LPPP).

Nos termos do 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.

Segundo aplicação contemporânea do instituto, a diligência é hoje mais do que uma faculdade: é um poder-dever do Administrador, na busca da eficiência e economicidade. Contudo, muito se tem visto sobre o desbordamento do instituto, mediante expedientes de correção de conteúdo de propostas com alterações substanciais, entre outros desvirtuamentos.

A par da diligência, o art. 12, IV da Lei das parcerias público-privadas previu, de forma salutar, a “possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório”.

O tema impõe novamente a ponderação de valores. Sob esse aspecto, trata-se de excelente oportunidade para exercitar a conciliação entre, de um lado, a formalidade e ritualística inerentes ao procedimento licitatório; e, de outro, as prerrogativas e precípuos objetivos dos institutos da diligência e da sanatória. Em certames bem conduzidos, os riscos de desbordamento serão reduzidos ao mínimo, sem prejuízo da segurança jurídica.<sup>22</sup>

Na fase final, o procedimento licitatório tem a segurança jurídica prestigiada nos atos de adjudicação do objeto e homologação do certame.

Conquanto a adjudicação não implique o direito líquido e certo do adjudicatário à formalização do contrato, (mas apenas a expectativa do direito), tal ato estabelece nítida relação jurídica entre a Administração e o vencedor da disputa. Este passa a incorporar o direito subjetivo público à manutenção do resultado eficaz do certame, bem como, de não ser preterido na possível

contratação (art. 50 da LNL). As exceções admissíveis são as hipóteses de anulação ou revogação, conforme pressupostos do art. 49 da mesma lei.

A segurança jurídica referente ao eventual desfazimento mediante anulação ou revogação está implícita no caráter vinculado de tais atos, como decorre da redação do aludido art. 49, sem prejuízo das dificuldades factuais relacionadas à aferição e comprovação das circunstâncias, na hipótese de revogação.

Ultrapassada a fase de adjudicação do objeto, a homologação do resultado tutela mais amplamente a segurança jurídica quanto à legitimidade da contratação, porque encerra o reconhecimento da autoridade superior acerca do cumprimento adequado dos requisitos legais de forma e conteúdo, ao longo de todo o processo.

No que se refere à segurança jurídica nos contratos administrativos, o tema foi magistralmente trabalhado pelo Professor Carlos Pinto Coelho Motta no capítulo *A estabilidade do contrato administrativo à luz da segurança jurídica* (arts. 54 a 80 LNL). O texto foi a última monografia produzida pelas mãos do brilhante jurista e mestre, logo antes de sua irreparável perda para o direito administrativo brasileiro.

Na sequência de nosso escopo neste estudo, os dispositivos dedicados às sanções administrativas e tutela judicial na correção dos crimes contra a licitação encontram-se nos arts. 81 a 108, encerrando-se a temática da segurança jurídica na Lei de Licitações com o capítulo V, que trata dos recursos administrativos.

O art. 109 cobre suficientemente as hipóteses de recorrência nas fases de julgamento (habilitação e propostas), anulação e revogação, conforme prazos e ritos de seus parágrafos e incisos.

Constata-se, no momento atual, a tendência legislativa de constrição de tais prazos, a teor de que se observa na legislação do Pregão (art. 11, III e XVII do Decreto nº 3.555/00) e do RDC (art. 15 da Lei nº 12.462/11). A louvável intenção de poupar tempo e recursos públicos, mediante a redução de prazos de divulgação e a adoção de sistemas recursais mais ágeis, admite, certamente, um lado questionável: o risco de comprometer a amplitude do exercício dos direitos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Nesse campo, é imperioso definir com suficiente cautela os limites operacionais de uma pretensa economia processual — tanto na fase de divulgação, quanto naquela de contencioso administrativo — de forma a não afetar direitos consolidados em sede constitucional e, por via de consequência, a estabilidade do procedimento licitatório.

De toda sorte, tais dispositivos da Lei de Licitações garantem ao licitante, ao longo de todo o processo de contratação, em sede de contencioso administrativo, a tutela da segurança jurídica; fortalecida, ainda, pelos instrumentos de controle interno e externo da Administração Pública, entre os quais merece destaque o especialíssimo papel desempenhado pelos Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios.

Por fim, no que se refere à tutela jurisdicional do ato administrativo *lato sensu*, Rafael Valim destaca o “*princípio da inafastabilidade do controle judicial*, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição, o qual — imperioso notar-se — compreende não só a tutela repressiva, senão

também a tutela preventiva dos direitos subjetivos.”[23](#)

Finalmente, a possibilidade de convalidação do ato administrativo adquire igual relevo no âmbito do procedimento licitatório, atendendo à economicidade e à eficiência nas hipóteses em que a invalidade decorrente da anulação por ilegalidade trazer maior prejuízo do que a manutenção do ato, com seu restabelecimento, nos casos em que a providência for materialmente viável.[24](#)

#### **4 A segurança jurídica nas contratações diretas**

Finalmente, cumpre anotar a importância do cumprimento dos preceitos legais no fluxo decisório das contratações diretas de que tratam os arts. 24 e 25, com processamento regrado pelo art. 26, todos da LNL.

A primeira referência útil quanto ao tema aplica-se à delimitação do alcance dos prescritivos que figuram, respectivamente, nos citados artigos 24 e 25. Os incisos do art. 24, que enumeram taxativamente os casos de dispensa de licitação, são de natureza vinculada; já os que descrevem os casos de inexigibilidade amparados pelo art. 25, cuja enumeração é exemplificativa, ostentam caráter discricionário.

No tocante às condições de eficácia do ato ratificador da contratação direta, o art. 26 da Lei nº 8.666/93 determina o fluxo decisório a ser seguido nas situações de dispensa, inexigibilidade ou retardamento, quanto às providências de motivação do ato e instrução do processo.[25](#)

O dispositivo constitui um fator inibidor de excessos e larguezas na interpretação das exceções à regra da licitação, e confirma, mais uma vez, a relevância da motivação na sustentação da legitimidade do ato administrativo.

Sobretudo em atos geradores de contratação direta, é essencial que a motivação se faça de modo expresso, claro e congruente. Consiste na explicitação legal do fundamento da inexigibilidade, com as razões factuais que induzem à contratação direta, bem como sua finalidade e condicionantes. Será sustentada de modo eficaz com a juntada da documentação técnica, financeira e demais informações pertinentes.[26](#)

O processo deve seguir o rito procedimental e formal previsto no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, devendo ser instruído ainda, no que couber, com os documentos de que tratam os arts. 27 a 31 da mesma Lei.

Em especial, é fundamental demonstrar-se nos autos do processo que o preço pactuado está de acordo com os parâmetros dos preços de mercado, e não representa lesão ao erário contratante.[27](#) Neste aspecto, nunca será demais reiterar a segura orientação da Corte de Contas da União. Destaquem-se trechos decisivos do relatório contendo determinações referentes à Lei nº 8.666/93, nos quais se recomenda à instituição-alvo da fiscalização que:

9.2.3 atente, nas dispensas e inexigibilidades de licitação, para as disposições do art. 7º, §2º, incisos I e II, inclusive nas hipóteses de contratação de serviços que não os relativos a obras e serviços de engenharia, bem assim do art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma lei, fazendo inserir nos autos os documentos que comprovem a compatibilidade do preço ajustado com os

vigentes no mercado. (Grifos nossos)<sup>28</sup>

Portanto, os requisitos formais e materiais relacionados à legalidade das contratações diretas, nas modalidades de dispensa ou inexigibilidade de licitação, integram-se ao tema da segurança jurídica, mormente no que tange ao controle de legitimidade de tais atos, em respeito aos princípios da legalidade, da licitação, da isonomia e da ampla competitividade.

## 5 Conclusão

Assim panoramicamente visitados alguns aspectos da segurança jurídica na licitação, observamos que, na condição de atividade administrativa, o processo e o procedimento da licitação se subsumem, enfim, ao próprio sistema de princípios e controles que informam a Administração Pública.

Na prática das licitações, temos observado que o sistema constitucional e normativo erigido a partir dos princípios do art. 37, *caput*, da Carta Magna, tem sido prestigiado numa visão contemporânea mais ágil e criativa, com as devidas ênfases: na busca da estabilização das relações a partir dos próprios princípios; na interpretação destes alinhada ao texto legal, estendendo-se a seus institutos e instrumentos; no constante exercício de ponderação de valores entre a legalidade e a segurança jurídica *stricto sensu*.

A propósito dessa dinâmica, sintetiza com proficiência o Professor Rafael Valim:

Dessas colocações deduz-se que *não é de oposição a relação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, mas sim de complementação*. O princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o que se torna um dos parâmetros de aferição de validade das condutas estatais. Deveras, o princípio da segurança jurídica vem corrigir algumas deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado, e não o contrário.

*Por isso, quando em certo caso concreto prevalece o princípio da segurança jurídica não há ruptura da ordem jurídica ou preterição do princípio da legalidade, senão que afirmação do princípio da legalidade.*<sup>29</sup>

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DALLARI, Adilson Abreu. Sociedade de economia mista: sócio estratégico: acordo de acionistas. Parecer. *RDA*, p. 379-383, n. 221, jul./set. 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitação para contratos de publicidade: economicidade. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, n. 6, jun. 1993.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.



KAY, John Anderson. *A beleza da ação indireta: porque a linha reta nem sempre é a melhor estratégia*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações para a Copa. *Estado de Minas – Diários Associados*, Belo Horizonte, 16 jun. 11, p. 7. Opinião.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia PaolucciNogueira; CARVALHO, Lucila de Oliveira. A novas regras para licitações e contratações públicas. *Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 7-30, jun./jul. 2011.

SANTOS, Sérgio Honorato. Contratação das fundações de apoio pelas instituições federais de ensino superior de pesquisa científica e tecnológica. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, n. 1, 2003.

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

---

<sup>1</sup> Texto originalmente elaborado para publicação na obra coletiva *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, coordenada por José Roberto Pimenta Oliveira, Rafael Valim e Augusto Neves Dal Pozzo (Belo Horizonte: Fórum, 2013. No prelo).

<sup>2</sup> MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 107-108.

<sup>3</sup> DI PIETRO. Licitação para contratos de publicidade: economicidade. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 209.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*, p. 35-36.

<sup>5</sup> MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 25-50.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 48-50.

<sup>7</sup> VALIM. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, p. 37.

<sup>8</sup> MOTTA; BICALHO; CARVALHO. As novas regras para licitações e contratações públicas *Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios*, p. 7-30.

<sup>9</sup> KAY. *A beleza da ação indireta: porque a linha reta nem sempre é a melhor estratégia*, p. 18-19.

[10](#) Lei nº 12.462/2011, art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

[11](#) MOTTA. Licitações para a Copa. *Estado de Minas – Diários Associados*, p. 7.

[12](#) MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 13-14.

[13](#) *Ibid.*, p. 14.

[14](#) Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental.

[15](#) Sobre a importância da motivação na lisura do processo administrativo de contratação, direta ou mediante licitação, cite-se a rica lição de Luis Enrique Chase Plate, em reforço à teoria dos motivos determinantes: “Garrido Falla dice que ‘por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste. Prat expresa que es la ‘explicación o la denuncia de los motivos que provocan y determinan el acto.’ Siguiendo estos conceptos podemos afirmar que la motivación viene a constituir la ‘exposición de motivos’ que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o a la resolución misma. La doctrina es casi coincidente en manifestar que la motivación se refiere al contenido del acto y no a un requisito de forma. Así lo entiende Gordillo cuando dice que ‘la motivación no es un problema de forma, sino de sustancia, y que su presencia o omisión no se puede juzgar desde un punto de vista formal pues hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión adoptada. En suma — afirma Marienhoff — tratase de una expresión de la ‘forma’ ‘que hace la sustancia del acto.’ Cassagne entiende que la motivación es un requisito que integra el elemento forma. Se entiende por motivación la declaración a adoptar una determinación” (*apud* MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 314-315).

[16](#) “1. O parcelamento do objeto da licitação é obrigatório quando técnica e economicamente viável, devendo a Administração, em qualquer caso, fundamentar sua opção. 2. As exigências relativas à formação profissional dos trabalhadores contratados devem guardar pertinência com as atribuições que lhes serão confiadas. 3. Determina-se a anulação da licitação que apresente ilegalidades graves ou outros vícios insanáveis” (TCU, Acórdão 1.456/2006, Plenário, Min. Rel. Marcos Vinícios Vilaça, Sessão 16.08.2006, *DOU*, 18 ago. 2006). “13. Ainda segundo a representante, parte do objeto da licitação (itens 1 a 12 do Projeto Básico) poderia ser dividido, incorrendo a Ufam, ao não fazê-lo, em descumprimento do art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº

8.666/1993 e à jurisprudência do TCU que estabelecem o parcelamento como regra. 14. Conquanto não possa negar a efetividade da norma até porque o juízo foi sumulado pelo Tribunal, conforme registrado pelo representante na sua peça inicial, pelo Enunciado nº 247 da Súmula da Jurisprudência predominante do TCU, abaixo reproduzido, o presente caso comporta considerações: 'É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.' 15. É que tal orientação deve ser ponderada em cada caso específico, avaliada, conforme o próprio enunciado, a possibilidade de prejuízo ou perda de economia de escala para o conjunto ou complexo a licitar, que possa decorrer do parcelamento determinado no normativo. 16. Neste sentido, perscrutando os autos, não identifico o adequado cumprimento da norma e da orientação do TCU pela Universidade..." (TCU, Acórdão nº 1.881/2011, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, Sessão 20.07.2011, *DOU*, 22 jul. 2011). "9.3.4. quando o objeto for de natureza divisível, observe o disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02, no inciso IV do art. 15 e §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, bem como na jurisprudência deste Tribunal, quanto à obrigatoriedade da admissão da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas; 9.3.5. realize sempre prévia avaliação técnica e econômica antes de descartar o parcelamento previsto no §1º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, fazendo constar do processo licitatório o conjunto probatório de que o parcelamento seria inviável sob estes aspectos; [VOTO] VII - Comprometimento da disputa justa entre os interessados e da compra mais econômica para a Administração em decorrência do modelo de licitação adotado, qual seja, em lote único.[...] 59. Como é sabido, a regra do fracionamento da contratação deve ser aplicada nas hipóteses em que isso for possível e representar vantagem para a Administração. Essa medida visa a ampliar a competitividade, sob o pressuposto de que a redução do porte das aquisições ampliaria o universo de possíveis interessados na disputa. [...] 63. Assim, cumpre à Administração demonstrar cabalmente que o parcelamento não se mostra como a melhor opção técnica e econômica, de maneira a autorizar a perda da competitividade decorrente da sua não utilização" (TCU, Acórdão nº 2.407/2006, Plenário, Min. Rel. Benjamin Zymler, Sessão 06.12.06, *DOU*, 13 dez. 2006).

<sup>17</sup> "19. O texto do artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 dispõe, *in verbis*, que 'Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas'. Diversamente do que interpreta o recorrente, não há como se afirmar que a redação do artigo 33 estabeleça que a regra seja a contratação de empresas individuais, e que a contratação de empresas em consórcio é exceção. 20. Conforme jurisprudência dessa Corte de Contas, não há regra geral. Embora a permissão ou a vedação da participação de empresas em consórcio esteja no âmbito da discricionariedade do gestor, condiciona-se à respectiva justificativa em cada caso concreto, consoante salientado no voto do Acórdão TCU nº 481/2004-TCU-Plenário. [ACÓRDÃO] '1.5.1.1. caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação'" (TCU, Acórdão nº 1.316/2010, Primeira Câmara, Min. Rel. Augusto Nardes, Sessão 16.03.10, *DOU*,

19 mar. 2010). "9.2. [...], determinar ao Departamento de Polícia Federal que: [...] 9.2.3. nas futuras licitações e contratações de serviços de tecnologia da informação: [...] 9.2.3.5. explicita as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, uma vez que o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias; [RELATÓRIO] A Lei nº 8.666/1993 não proíbe, tampouco exige, a participação de empresas consorciadas, apenas estipula certas condições caso haja tal permissão. Mas o mesmo diploma legal veda a existência de cláusulas ou condições, nos atos de convocações, que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo. O juízo para aceitação ou proibição de consórcios depende de cada situação específica. Há casos, como assinalado por Marçal Justen Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, em que a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. Outros há em que as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas fazem com que a associação amplie a competitividade do certame. Assim, seria 'usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares'. De acordo com o princípio da motivação 'segundo o qual a Administração Pública deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias' deveria o DPF ter formulado as razões por que foi admitida a participação de consórcio na presente licitação, já que nem a complexidade nem o vulto do objeto licitado indicavam limites à competitividade" (TCU, Acórdão nº 1.453/2009, Plenário, Min. Rel. Marcos Bemquerer, Sessão 1º.07.09). "9.1. determinar à Universidade Federal de Juiz de Fora – MG que: [...] 9.1.12 nas futuras licitações, avalie para cada caso a possibilidade de participação de consórcios de empresas, nos moldes previstos no art. 33 da Lei de Licitações, de forma a propiciar maior concorrência e favorecer a competitividade do certame. [VOTO] A jurisprudência do TCU traz o entendimento que a formação de consórcio tanto pode fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), como cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si) (Acórdão TCU nº 2.813/2004 – Primeira Câmara, Relatório do Ministro-Relator). Ou seja, a vedação ou a admissão de consórcio em licitação deve ter em vista possibilitar maior concorrência, que conforme o caso concreto pode ocorrer em uma ou outra situação. 3. Considerando o número restrito de duas empresas competidoras para a execução dos objetos licitados, de acordo com a ata à fl. 750 do volume 3, concluo que a vedação da participação de consórcios pode ter contribuído para restringir o caráter competitivo do certame, limitando a possibilidade de a Administração obter melhores preços para suas contratações. 4. Contudo, a equipe técnica considera que a interrupção das obras poderia trazer maiores prejuízos que eventuais ganhos decorrentes de próximas licitações em que fossem permitidas a participação de empresas consorciadas. Alinhando-me a esse entendimento, penso ser pertinente determinar à UFJF que, nas futuras licitações, avalie para cada caso a possibilidade de participação de consórcios de empresas, nos moldes previstos no art. 33 da Lei de Licitações, de forma a propiciar maior concorrência e favorecer a competitividade do certame" (TCU, Acórdão nº 1.782/2009, Plenário, Min. Rel. Raimundo Carreiro, Sessão 12.08.2009).

<sup>18</sup> Vide Processo nº TC-006.029/95-7. *BLC*, n. 7, p. 346-348, 1996: "Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração ou aos licitantes."

19 Já está assentado que tais exigências são alternativas e não cumulativas, conforme decidiu o TCU no Processo TC nº 250.103/98-2, Decisão nº 681/1998: “Qualificação econômico-financeira. Exigências simultâneas de capital mínimo integralizado e garantia. Ilegalidade” (*BLC*, n. 11, p. 562, 1999). Recomenda o TCU, na Decisão nº 1.551/2001, “atentar para as disposições do art. 31, §2º com alterações de forma a não exigir, simultaneamente, requisitos de capital social mínimo e garantias para comprovação de qualificação econômico-financeira” (*DOU*, 19 nov. 02). *Vide* ainda Processo TC nº 019.615/2006-0 (*BLC*, n. 3, p. 267, 2007). A questão da não cumulatividade foi analisada pelo Ministro Augusto Nardes no Processo TC nº 017.577/2007-0, Acórdão nº 1.694/2007 (*DOU*, 29 ago. 07), bem como no Acórdão nº 102/2007 (*DOU*, 9 fev. 07).

20 Tomando como exemplo o setor portuário, conforme o objeto que se for colocar em licitação, o plexo de normas regulatórias do setor deve ser harmonizado com aquelas aplicáveis ao regime jurídico adotado em cada caso: Leis nºs 8.630/93, 9.074/95, 9.491/95, 9.227/96, 10.233/01, 11.518/07, Decretos regulamentadores e Resoluções ANTAQ.

21 Cite-se lição do Desembargador José Fernandes Filho, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “A única surpresa admissível no procedimento licitatório é aquela que todos devem experimentar à abertura das propostas. Nenhuma outra, de qualquer natureza, poderá ser admitida, sob pena de romper-se o princípio da igualdade entre os licitantes” (TJMG: Apelação Cível nº 000.124.783-2/00. Comarca de Belo Horizonte. Relator do Acórdão Pinheiro Lago. Publicação 25.06.1999).

22 “No sentido de evitar problemas interpretativos referentes ao saneamento de falhas, tal procedimento deverá, certamente, ser precedido de parecer jurídico” (MOTTA. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*, p. 376).

23 VALIM. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, p. 78.

24 “Sucedem, porém, que as consequências da invalidade podem variar, em conformidade com a valoração da ordem jurídica a respeito das multifárias violações cometidas contra ela própria” (VALIM. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, p. 89, 117). *Vide* ainda: DALLARI. Sociedade de economia mista: sócio estratégico: acordo de acionistas. Parecer. *RDA*, p. 379-383; BANDEIRA DE MELLO. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 97; MOREIRA NETO. *Legitimidade e discricionariedade*, p. 29.

25 Tais requisitos e cautelas são explicitados em maior detalhe em MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 353-355.

26 Na mesma linha de consistência documental *vide*: JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 360.

27 *Vide BLC*, n. 6, p. 441, 2003, “Questões Práticas”; SANTOS. Contratação das fundações de apoio pelas instituições federais de ensino superior de pesquisa científica e tecnológica. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 26; consultem-se ainda os sites Comprasnet e a homepage do TCU (Lei nº 9.755 de 6.12.98), bem como do Banco do Brasil (Licitações BB) e a Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo.

[28](#) Processo TC nº 015.511/2002-4, Acórdão nº 1.616/2003 – Plenário, *DOU*, 07 nov. 2003. *Vide* ainda: TC nº 016.176/2002, Decisão nº 603/2002, *DOU*, p. 149, 08 jul. 02; TC nº 010.357/2002, Decisão nº 1.200/2002, *DOU*, 25 set. 02; TC nº 004.296/2003-5, Acórdão nº 1.549/2003, *DOU*, 23 out. 03; Acórdão nº 2.634/07, *DOU*, 11 dez. 07, todos consistentes em afirmar que, além de comprovar o nexo entre a natureza da instituição e o objeto do contratado, deve-se ainda observar sempre “a razoabilidade do preço cotado”.

[29](#) VALIM. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, p. 50.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

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

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A segurança jurídica no procedimento licitatório. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89095>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

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

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A segurança jurídica no procedimento licitatório. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 9-22, mar. 2013.