

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**ANNA PAULA MEDEIROS BALDESSAR**

**LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE: UMA ANÁLISE SOBRE OS  
PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE EM FACE DA LEI  
8.666/93**

**CRICIÚMA/SC**

**2013**

**ANNA PAULA MEDEIROS BALDESSAR**

**LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE: UMA ANÁLISE SOBRE OS  
PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE EM FACE DA LEI  
8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior

**CRICIÚMA/SC**

**2013**

**ANNA PAULA MEDEIROS BALDESSAR**

**LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE: UMA ANÁLISE SOBRE OS  
PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE EM FACE DA LEI  
8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Administrativo (Licitações Públicas).

Criciúma, 04 de julho de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior - Msc - (UNESC) - Orientador

Prof. Fernando Pagani Possamai -Msc - (UNESC)

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó - Msc - (UNESC)

**Dedico este trabalho a todos aqueles que, como eu, acreditam numa administração pública descentralizada, empreendedora, participativa, eficiente, realizando serviços públicos de qualidade.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu forças para seguir meu caminho com fé e determinação, com a esperança de um futuro bom.

A minha família, que amo muito e que com seus ensinamentos e exemplo de vida, contribuíram para a realização de mais uma etapa e um sonho, que, sem dúvida, será fundamental para o meu sucesso profissional, e que me apoiará sempre.

A todos os professores e à coordenação do curso, pelo apoio oferecido e pelos conhecimentos compartilhados.

Aos meus colegas de classe, em especial a Daniel Nunes Ramos pelo companheirismo e amizade que me deram forças para seguir em frente tendo a certeza de que posso contar sempre com alguém especial.

Ao meu professor e orientador João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior, por compartilhar comigo seu amplo conhecimento, sabedoria e experiência profissional, contribuindo com o desenvolvimento do meu trabalho acadêmico.

**“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar nos sonhos que se tem, ou que os seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém... Quem acredita sempre alcança”**

**Renato Russo**

## RESUMO

O convite é a modalidade de licitação que se encontra definida por expressa disposição inscrita no art. 22, § 3º, da Lei 8.666/93. A referida modalidade, comparada à concorrência e à tomada de preços, reúne determinados elementos característicos e peculiaridades que lhe são próprias e que se voltam a dar-lhe individualidade quanto ao porte do objeto e ao seu processamento, diferenciando-o das demais modalidades que em lei são reguladas. Os principais objetivos do presente trabalho foram a análise dos princípios da publicidade e da competitividade em face da Lei 8.666/93, os fundamentos legais e os principais posicionamentos em relação a essa modalidade licitatória. Buscou-se analisar os princípios e o fato de que a publicidade diferenciada do convite, diferentemente das outras modalidades, se poderia prejudicar o ato licitatório em si. O presente estudo buscou analisar o entendimento de doutrinadores renomados e análise jurisprudencial. A metodologia utilizada no trabalho foi a pesquisa bibliográfica. O que se pode concluir com o estudo é que a modalidade convite diferencia-se das demais modalidades comuns da lei de licitações e que por ser mais simplificada possui formas peculiares de publicidade e chamamento dos interessados, que são convidados e não convocados por publicação em jornal. Por conta da não obrigatoriedade de divulgação da Carta-Convite em órgãos oficiais o Processo Licitatório fica vulnerável à corrupção, e caso não haja uma fiscalização eficiente os cidadãos serão os maiores lesados pela má fé dos gestores.

**Palavras-chave:** Licitação. Modalidade. Convite. Publicidade. Competitividade.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Modalidade X Objeto .....	39
Tabela 1 – Modalidade X Valor .....	41
Tabela 1 – Modalidade X Procedimentalização .....	42

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>13</b>
2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITOS, INSTRUMENTOS E REGIME JURÍDICO .....	13
2.2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	18
2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	26
<b>3 PRINCIPAIS FUNDAMENTOS LEGAIS DA LICITAÇÃO EM FACE DA LEI 8.666/93 E SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES</b> .....	<b>31</b>
3.1 LICITAÇÕES PÚBLICAS: CONCEITO, NATUREZA, PECULIARIDADES E PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA .....	31
3.2 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE .....	36
3.3 MODALIDADES LICITATÓRIAS .....	37
3.4 PECULIARIDADES DO CONVITE .....	42
<b>4 MODALIDADE CONVITE E OS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E DA PUBLICIDADE</b> .....	<b>46</b>
4.1 RESTRIÇÕES LEGAIS AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE NO ÂMBITO DO CONVITE .....	46
4.2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS E NEGATIVAS DA MODALIDADE CONVITE EM FACE DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	47
4.2.1 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS .....	47
4.2.2 CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS .....	48
4.2.3 PONDERAÇÕES .....	50
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a análise dos princípios da publicidade e da competitividade em relação à modalidade convite. Diversamente das demais modalidades licitatórias, no caso de convite não há a obrigatoriedade de publicação do aviso contendo o resumo do edital na imprensa oficial prevista no artigo 21 da lei 8.666/93. Para o convite basta seu envio, geralmente mediante Carta-convite, aos interessados e afixação do resumo do ato convocatório em local apropriado na unidade administrativa, normalmente no quadro de aviso.

O princípio da publicidade visa seguramente garantir maior divulgação para que exista maior competitividade, sendo que na modalidade Convite a mitigação de um princípio pode prejudicar o outro.

Portanto, no caso em tela, a mitigação do princípio da publicidade pode restringir a competitividade na busca pela maior eficiência, haja vista que com um número maior de participantes no processo licitatório Convite, a chance de uma proposta mais vantajosa se torna maior.

Quanto a metodologia, este trabalho foi realizado através do método indutivo, levantamento teórico em livros, artigos, bem como pesquisa jurisprudencial.

Destarte, torna-se questionável a limitação ao princípio da publicidade estabelecido pela lei licitatória, no que tange a modalidade convite, ao simplificar o processo de modo a dispensar a publicação em diário oficial, exigindo tão somente a afixação da carta-convite no mural do órgão licitante. Referida restrição pode constituir flagrante ofensa ao princípio da publicidade, que exige a ampla divulgação dos atos administrativos, ofendendo o próprio objetivo da licitação, que é a busca de uma proposta mais vantajosa entre aqueles interessados e devidamente capacitados para assumir a empreitada, atendendo ao mesmo tempo ao princípio da isonomia, ao proporcionar a possibilidade de todos os interessados participarem do certame.

O princípio da publicidade é restrito, pelo fato da administração apenas fixar cópia do instrumento convocatório em um quadro de avisos, ficando claro que não atinge uma devida publicidade do acontecimento que poderia favorecer a própria administração, com um possível número maior de licitantes interessados e com um valor no contrato muito mais vantajoso para a mesma. Esta falta de

publicidade gera uma facilidade para possíveis negociações externas a fim de efetuar uma fraude e gerar possíveis problemas a Administração Pública.

## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITOS, INSTRUMENTOS E REGIME JURÍDICO

A Administração Pública significa a atividade mediante a qual as autoridades públicas tomam providências para a satisfação das necessidades de interesse público, utilizando, quando necessário, as prerrogativas do Poder Público, para alcançar os fins públicos que sejam próprios à legislação ou à distribuição da justiça. “A Administração Pública, como objeto precípua do direito administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo. Pode ser considerada sob o ângulo funcional e sob o ângulo organizacional” (MEDAUAR, 2009, p. 46).

No aspecto funcional, *Administração Pública* significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. Na verdade, apresenta-se difícil a caracterização objetiva da Administração Pública, daí por vezes se buscar o modo residual de identificá-la: conjunto de atividades que não se enquadram na legislação, nem na jurisdição – assim, nem o Legislativo, nem o Judiciário cuidam do calçamento de ruas, da coleta do lixo, da rede de escolas públicas, por exemplo (MEDAUAR, 2009, p. 46).

Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Nesse enfoque predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades; pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc (MEDAUAR, 2009, p. 46).

O direito administrativo brasileiro, em síntese, pode ser entendido como o conjunto de princípios jurídicos que regem a atividade administrativa, as entidades, os órgãos e os agentes públicos, objetivando o perfeito atendimento das necessidades da coletividade e dos fins desejados pelo Estado.

Em sentido lato, *administrar* é gerir interesses, segundo a *lei*, a *moral* e a *finalidade* dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. (MEIRELLES, 2005, p. 84)

Administrar significa não somente prestar serviços e executá-los, como também governar e exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil à coletividade. Na Administração Pública prevalecem, assim como na Administração Privada, as atividades que dependem de vontade externa, individual ou coletiva, sempre vinculada ao princípio da finalidade.

A administração Pública pode ser definida *objetivamente* como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, e *subjetivamente* como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (MORAES, 2007, p. 74).

Administração Pública é o conjunto de órgãos com competência para executar as funções estatais, atuando por meio de pessoas jurídicas e agentes públicos, com o intuito de conduzir o aparelho governamental.

Na satisfação dos interesses públicos, o Estado age com *poder público*, em posição de superioridade *jurídica*, dada a prevalência do interesse público sobre o privado; as relações daí decorrentes são de Direito Público (OLIVEIRA, 1997, p. 7).

#### Segundo José Cretella Júnior (1979, p. 17), a Administração Pública

é não só Governo, Poder Executivo, a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta (ótica formal), como também a atividade desenvolvida por esse aparelhamento (ótica material), que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins. É a atividade que o Estado desenvolve por meio de seus órgãos, para a consecução do interesse público (ótica formal e material).

Ao direito administrativo compete o estudo da atividade ou função administrativa exercida direta ou indiretamente, de sua estrutura, de seus bens, de seu pessoal e de sua finalidade. Objetiva, em especial, o estudo de atos editados pelo Poder Executivo, conquanto aplicável também aos atos oriundos dos Poderes Legislativo e Judiciário. “No caso da Administração Pública, a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador” (DI PIETRO, 2005, p. 54).

*Administração Pública* – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à

satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica *atos de governo*; pratica, tão somente, *atos de execução*, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados *atos administrativos* (...) (MEIRELLES, 2005, p. 64-65).

O direito administrativo é classificado tradicionalmente como o ramo do direito público interno, no qual também se situam o direito constitucional, o tributário, o penal, o processual civil e o processual penal, ao lado de outros conhecidos mais recentemente, como ambiental, eleitoral e urbanístico, diferentemente, portanto, dos ramos do direito privado: civil, comercial e do trabalho.

O Direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral (DI PIETRO, 2005, p. 65).

Afirma-se, todavia, simplesmente, que o Direito Administrativo seria o direito que se ocupa do interesse público especialmente da satisfação das necessidades públicas, não corresponde totalmente à verdade. O Direito Administrativo procura, além de preservar o interesse público, evitar ou solver as situações de conflito entre o interesse público e o particular. O princípio do Direito Administrativo segundo o qual o interesse público prevalece sobre o particular, por exemplo, não conflita com o princípio da isonomia, nem elimina o interesse privado. A supremacia do interesse público sobre o privado deflui do princípio da isonomia, pois este nos aponta para uma igualdade proporcional às peculiaridades juridicamente relevantes de cada um, e não para uma igualdade simplistamente matemática, pura, sem levar em consideração as particularidades do mundo real. O titular do interesse público apresenta peculiaridades juridicamente diferentes do titular do interesse privado. Cada indivíduo tem, ao mesmo tempo, necessidades como ser isolado e como membro integrante de uma coletividade. Se suas necessidades individuais não forem atendidas, padece o indivíduo; se necessidades coletivas não são satisfeitas, padece a coletividade e, conseqüentemente, o próprio indivíduo (BLANCHET, 2006, p. 12).

Para o doutrinador Diógenes Gasparini (2005, p.5-6):

Vê-se que o Direito Administrativo é uma sistematização de normas doutrinárias de Direito (conjunto harmônico de princípios jurídicos), não de ação social. Daí seu caráter científico. Suas normas destinam-se a ordenar a estrutura e o pessoal (órgãos e agentes) e os atos e atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto poder público. Excluem-se portanto, os atos materiais e os regidos pelo Direito Privado. Ademais, o Direito Administrativo não se preordena a reger as atividades abstratas (legislação), indiretas (jurisdição) e mediatas (ação social) do Estado. Por último, não lhe compete dizer quais são os fins do Estado. A fixação desses fins é atribuição de outras ciências.

O Direito Administrativo é, em verdade, um ramo da ciência jurídica que contém abstrações jurídicas, que o diferenciam dos demais ramos que têm os seus códigos ou consolidações que devem ser observadas, pois, como de início anotado, o Direito Administrativo é um conjunto de princípios jurídicos que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública e que não se atém obrigatoriamente às normas de direito positivo, embora

não se possa desconhecê-las dado o princípio da legalidade, ou à jurisprudência, sujeitas a frequentes mudanças, como cediço, enquanto que as noções fundamentais, sustentadas pelos princípios jurídicos, como o reconhece Jean Rivero, permanecem ou só lentamente evoluem (LAZZARINI, 1999, p. 23).

Direito administrativo é, desta forma, o conjunto de normas e princípios de Direito Público que regem a organização e o funcionamento da atividade estatal de satisfação concreta e imediata dos interesses públicos – a administração pública.

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos ou agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material e funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, 2005, p. 54)

No sentido denominado *subjetivo, formal* ou *orgânico* a expressão Administração Pública significa o conjunto de entidades e de órgãos públicos integrantes de todo o aparato estatal. Já no sentido denominado *objetivo, material* ou *funcional*, a Administração Pública designa a natureza da atividade ou função desempenhada pelo Estado com vistas à consecução dos objetivos constitucionais. Em suma, a expressão *Administração Pública* pode ser empregada para designar: a) no sentido objetivo, material ou funcional, uma atividade estatal voltada à consecução dos fins constitucionais concretos a que se submete o Estado; b) no sentido subjetivo, formal ou orgânico, uma estrutura integrada por um conjunto de órgãos ou entidades voltado à realização daqueles fins (MAFFINI, 2008, p. 26-27).

A Administração Pública pode ser classificada como: *direta* e *indireta*. A *Direta* é aquela exercida pelo próprio Estado por suas entidades estatais: União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. A *Indireta* é a atividade estatal entregue a outra pessoa jurídica - autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista, subsidiárias de empresas estatais -, que foram aparecendo através do aumento da atuação do Estado.

O aparelho estatal exercente de atividades administrativas é composto pela própria pessoa do Estado, atuando por meio de suas unidades interiores – os *órgãos* – e por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-los em seus misteres – *as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista* e *as fundações governamentais*, que, na linguagem legal brasileira, compõem a *administração indireta*. (MELLO, 2006, p. 125)

O direito administrativo, como dito, constitui uma disciplina jurídica vinculada ao direito público, organizada a partir de princípios jurídicos

harmonicamente reunidos. A expressão “regime jurídico-administrativo” consagra a união dos princípios peculiares a essa disciplina, que conservam entre si não apenas união, mas relação de interdependência. Tais princípios são: a) supremacia do interesse público sobre o privado e b) indisponibilidade dos interesses públicos.

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. (MELLO, 2006, p. 43).

A expressão “regime jurídico-administrativo” diferencia-se da expressão “regime jurídico da Administração”, que pode ser tanto de direito público como de direito privado, de acordo como esteja submetida a Administração em determinada atuação. O modelo separa a subordinação ao direito privado ou público, conferindo tratamento jurídico híbrido para o Poder Público e para a Administração. O “regime jurídico-administrativo” aplica princípios próprios do direito administrativo e da Administração Pública.

A expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime jurídico administrativo** é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2005, p. 64).

A Constituição em seu texto utiliza a expressão Administração Pública tanto no sentido objetivo como no sentido subjetivo. Em sentido objetivo ela é apresentada como a própria atividade administrativa, a gestão do interesse público. A Administração Pública pode se referir também ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas, habitando aí seu sentido subjetivo.

A moderna supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies e atos normativos impõe a necessidade de acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias constitucionalmente deferidas possibilitam maior independência e imparcialidade perante a Administração Pública, respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais (MORAES, 2007, p. 71).

Perante essas prerrogativas que colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, existem as restrições que limitam sua atividade a determinados fins e princípios, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado e até, em determinados casos, de responsabilização da autoridade pública que o praticou ou o editou. Referem-se entre tais restrições, o princípio da impessoalidade administrativa determinando a observância, por exemplo, de concurso público para acesso de pessoal no serviço público, licitação pública para aquisição de bens ou serviços de particulares, atender ao princípio da estrita legalidade, dar publicidade aos atos administrativos e outras restrições que limitam a atividade administrativa.

Para o regime jurídico-administrativo interessam aquelas normas jurídicas que visam à concretização de interesses públicos. Para tanto, umas concedem ao Estado posição de supremacia ante o particular, sem o que não seria possível o atendimento daqueles interesses; outras, sem essa característica, no entanto, igualmente visam o atendimento de finalidades impessoais, interessantes para o bem comum, e basta, então, nesse caso, uma relação de quase igualdade das partes (MUKAI, 2000, p. 12-13).

A atividade administrativa, exercida na forma direta ou indireta, busca o bem estar da coletividade. Entender o funcionamento e estrutura organizacional da Administração Pública é função de toda sociedade, uma vez que só desta forma poderá fiscalizar os abusos cometidos pelo Poder Público.

## **2.2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Os princípios gerais de Direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém, às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito. (FIGUEIREDO, 2004, p. 38).

Os princípios básicos da Administração estão previstos na Constituição Federal (art. 37), mas a eles somam-se outros expressos ou implícitos na Carta Magna, e todos de indispensável aplicação, tanto na elaboração como na aplicação

das normas legais. Esses princípios correspondem aos baldrames da ciência e deles decorre todo o sistema normativo.

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 35).

A não observância de qualquer deles compromete a atuação administrativa e pode impor a responsabilização da Administração e do agente público.

Os órgãos e entes da Administração direta e indireta, na realização das atividades que lhe competem, regem-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, há preceitos gerais que informam amplos campos de atuação. São os princípios do direito administrativo. Tendo em vista que as atividades da Administração Pública são disciplinadas preponderantemente pelo direito administrativo, tais princípios podem ser considerados também princípios jurídicos da Administração Pública brasileira (MEDAUAR, 2009, p. 124).

Os princípios inerentes à Administração Pública são aqueles expostos no art. 37 de nossa vigente Constituição. Alguns foram positivados de forma *expressa*. Outros, de forma implícita ou *tácita*.

Os princípios gerais instituem o fundamento da ciência, têm valor instrumental e transcendental e aplicação universal. No direito público, não são subsidiários das normas (como os princípios gerais do direito); pelo contrário, são anteriores a elas e informativos da própria atuação do Estado, sendo aplicáveis independentemente de sua acolhida em norma expressa (MUKAI, 2000, p. 13).

O sistema constitucional da Administração Pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos os atos administrativos ao respeito destes princípios.

Especialmente no Direito Administrativo, os princípios adquirem sobrelevada importância, eis que, dada a já mencionada falta de codificação sistematizada, são eles que dão uma conformação uniforme a tal ramo da ciência jurídica, sendo que grande parte deles encontra *status* constitucional. Daí a relevância de serem compreendidos os princípios do Direito Administrativo, os quais, representando normas jurídicas finalísticas, prestam-se como instrumentos de interpretação, de integração e de fundamentação indireta ou mediata de deveres jurídicos e de limites à atuação estatal (MAFFINI, 2008, p. 34-35).

Assim sendo, a função administrativa encontra-se subordinada às finalidades constitucionais e deve pautar as suas tarefas administrativas no sentido de conferir uma maior concretude aos princípios e regras constitucionais, uma vez que estes não configuram como enunciados meramente retóricos e distantes da realidade, mas possuem plena juridicidade.

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres (MEDAUAR, 2009, p. 125).

A maioria dos princípios da Administração Pública encontra-se positivado, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal e possuem eficácia jurídica direta e imediata. Exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação dos operadores jurídicos na aplicação das normas a respeito dos mesmos e, objetivando a correção das graves distorções ocorridas no âmbito da Administração Pública que acabam por impedir o efetivo exercício da cidadania.

Normalmente os princípios não são encontráveis no Direito Positivo. Este, quando muito, apenas os menciona, como faz o art. 37 da Constituição Federal, que enumera os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Se consignados em lei, são normas principiológicas (GASPARINI, 2005, p. 6-7).

Os princípios gerais de direito, ou os impetrados que dirigem toda a legislação, apresentam-se como fonte do direito administrativo, por isso que atuam como pressupostos de todas as regras jurídicas. Os princípios consagráveis à Administração, tanto os previstos expressa ou implicitamente na Constituição como os estabelecidos em outros atos normativos, têm tal natureza e são de observância obrigatória.

Ademais, é típico dos princípios que sejam normas jurídicas que não podem ser definidas de modo estanque. Isso significa dizer que, o conteúdo jurídico de um determinado princípio, frequentemente tem pontos de conexão e, até mesmo, de confusão com outros princípios. Daí se depreende que condutas administrativas contrárias à ordem jurídica normalmente vão de encontro a mais de um princípio. Justamente por tal razão, os princípios não se esgotam, na medida em que da conjugação de vários deles surgem outros tantos, dotados de significados próprios (MAFFINI, 2008, p. 35).

Conforme Joaquim Castro Aguiar (1993, p. 27) afirma que “os princípios não necessitam ser formulados positivamente para que tenham existência como categoria jurídica. Quando positivados chamam-se normas princípios”.

A Constituição Federal enuncia alguns desses princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e eficiência) no art. 37, cuja obediência, por parte da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, é obrigatória, sem contudo dar-lhes qualquer definição ou conteúdo (GASPARINI, 2005, p. 31).

Ressalta-se como é importante conceituar e saber a respeito das bases principiológicas de uma ciência, pois o sistema normativo deriva desta estrutura e deve estar em conformidade com a mesma, devendo por isto todo ordenamento respeito aos preceitos constitucionais. Toda e qualquer ação da Administração Pública deve pautar-se nestes mandamentos valorativos, tanto os explícitos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, como os ditos implícitos que constam do artigo 2º da lei federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999, a lei do Processo Administrativo Federal.

Constituem os *princípios* um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade. Os princípios são: 1) *onivalentes*, isto é, os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não-contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; 2) *plurivalentes*, ou seja, os que valem para um grupo de ciências, a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito; 3) *monovalentes*, tais como os que valem só para uma ciência, a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito. Estes últimos podem ser: *a) gerais*, a exemplo dos que valem só para um ramo de uma dada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público (no embate entre o interesse público e privado há de prevalecer o público), que só é aplicável ao Direito Público; *b) específicos*, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública é ininterrupta), só é verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público (GASPARINI, 2005, p. 6).

Determina o art. 37, *caput*, da Constituição Federal que a Administração Pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 2013, CF).

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom

administrador: *legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público*. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.99 (MEIRELLES, 2005, p. 87).

Os princípios básicos da Administração, à luz do artigo 37 da Constituição Federal, são: **legalidade**, segundo o qual ao administrador somente é dado realizar o quanto previsto em lei; **impessoalidade**, visto que a atuação deve voltar-se ao atendimento impessoal, geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal; **moralidade**, que encerra a necessidade de toda a atividade administrativa, bem assim de os atos administrativos atenderem a um só tempo à lei, à moral, à equidade, aos deveres de boa administração; **publicidade**, que torna indispensável e obrigatória a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos da Administração, seja de forma interna ou externa; e, por fim, **eficiência**, que impõe a necessidade, pelo administrador, de adoção de critérios técnicos, ou profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, eliminando-se qualquer forma de atuação amadora, obrigando também a entidade a organizar-se de modo eficiente.

O Direito Administrativo é antes de tudo um **sistema**. Como *sistema* entendemos todo conjunto de *elementos* e *aspectos*, alguns iguais ou diferentes, mas nunca conflitantes entre si, com funções e finalidades que também podem ser iguais ou diferentes, mas sempre convergentes para uma finalidade maior, comum ao conjunto. Os *elementos* que compõem o *sistema* do direito Administrativo são os *princípios* destinados à preservação e à satisfação do interesse de toda a coletividade. Os *aspectos*, ao contrário dos elementos, não são *partes*, mas *peculiaridades* desse conjunto. *Isonomia, moralidade* e *legalidade*, por exemplo, são princípios; sua constante *evolução* e a necessária *harmonia* entre eles, são *aspectos* do sistema (BLANCHET, 2006, p. 19).

O princípio da legalidade impõe à Administração Pública a obediência estrita à lei. Assim, todos os seus atos devem estar de acordo com a lei, não sendo possível contrariá-la nem tratar de tema não previsto em lei. Uma das decorrências desse princípio é o requisito essencial da competência para a prática de atos administrativos. Assim, enquanto os particulares precisam apenas de capacidade para agir em nome próprio, os agentes públicos somente podem atuar validamente se o ato estiver previsto entre as suas atribuições.

O **princípio da legalidade**, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm **direito público subjetivo** à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei (Di Pietro, 2005, p. 315).

Princípio da **legalidade**, em termos simples, é o que subordina a atividade da Administração exclusivamente àquilo que a lei permite. Não se trata, todavia, de mera conformidade com o *texto* da lei, mas com a *norma*. O simples texto contém imprecisões e até incorreções, normalmente de caráter terminológico, as quais devem ser sanadas no processo de construção da norma. Assim, se legalidade correspondesse à simples conformidade com o texto, haveria o risco de se executar um ato administrativo exatamente conforme os termos da lei, mas, por terem sido estes utilizados de forma imprópria, a atividade poderia violar princípio jurídico. Se, afinal, na construção da norma, não se pode ignorar os princípios aplicáveis à matéria que constitui seu objeto, toda atitude “legal” mas imoral, não isonômica etc, em verdade não terá sido efetivamente legal (BLANCHET, 2006, p. 30).

A Administração Pública deve ter como finalidade essencial a satisfação do interesse público, buscando as melhores alternativas para a sociedade como um todo. E por interesse público, não se deve compreender alguma concepção ideológica pessoal do agente, mas aquilo que é definido como tal pelo Direito. Conseqüentemente, o princípio da impessoalidade (ou da finalidade) decorre diretamente do princípio da legalidade. Atuar impessoalmente significa ter a finalidade de sempre satisfazer os interesses coletivos, mesmo que, nesse processo, interesses privados sejam beneficiados ou prejudicados. O que se veda é a atuação administrativa com o objetivo de apenas beneficiar ou prejudicar pessoas ou grupos específicos. Impessoalidade também significa imparcialidade e isonomia, pois, a função da administração pública é a execução da lei, independentemente de quem sejam os interesses beneficiados ou prejudicados. Desta forma, até mesmo os próprios interesses do Estado, enquanto pessoa jurídica, somente podem ser satisfeitos se estiverem respaldados pela lei.

O **princípio da impessoalidade**, já analisado no item 3.3.3, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório (Di Pietro, 2005, p. 316).

O princípio da **impessoalidade** é previsto no art. 37, *caput*, da Constituição. O agente da Administração atua em nome desta e não em seu nome, orientando-se pelos interesses da comunidade e não pelos seus pessoais. O agente apenas formaliza a atividade da Administração e materializa a vontade coletiva. A vontade e os interesses individuais do administrador não podem substituir os da coletividade e tampouco a eles ser acoplados, ainda que sem violá-los, para atender anseios da pessoa do administrador ou de terceiro particular (BLANCHET, 2006, p. 330).

O princípio da moralidade vem exigir que o administrador público sempre considere as normas morais em sua conduta, de forma que sua obediência se torne obrigatória, mesmo contra a expressão literal da lei. Não se trata da moral média da sociedade, mas daquela especificamente dirigida à atuação administrativa. Enquanto o indivíduo tem o direito de portar-se imoralmente, desde que não descumpra a lei, o agente público somente deve atuar legitimamente, ou seja, de acordo com a lei e com a moral. O ato legal, mas imoral, é nulo.

O princípio da moralidade, conforme visto nos itens 3.3.11 e 18.1, exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, *caput*, e 5º, LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº 2.300/86 o incluía no artigo 3º com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder (Di Pietro, 2005, p. 316).

O princípio da **moralidade** orienta a atuação do agente da Administração em direção à honestidade, quanto aos motivos, ao conteúdo e aos fins. Trata-se aqui da moralidade administrativa e não da moralidade comum, isto é, da avaliação entre o honesto e o desonesto, mas na órbita da administração pública em função de seus objetivos (BLANCHET, 2006, p. 31).

A Administração Pública tem o dever de transparência, isto é, seus atos devem ser levados ao conhecimento da população. A publicidade dos atos da administração pública tem as seguintes finalidades: a) conferir eficácia para os atos da administração. Assim, o ato somente torna-se obrigatório para seus destinatários quando for publicado; b) possibilitar o controle do ato pela população (que pode ajuizar uma ação popular ou interpor um requerimento administrativo) ou por outros órgãos públicos (como o Ministério Público, que atua por meio de recomendações aos órgãos públicos).

Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade

de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é mais ampla possível na **concorrência**, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no **convite**, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação (DI PIETRO, 2005, p. 317).

A **publicidade** é pressuposto necessário do ato administrativo para a produção de seus efeitos. O termo *publicidade*, porém, não pode ser entendido em sua literalidade. A publicidade é necessária sempre que a norma explicitamente a imponha, mas também quando peculiaridades da situação a indiquem como necessária ou conveniente. É, aliás, a necessidade e a conveniência, inclusive nos casos em que a lei exige publicidade, que indica a amplitude juridicamente recomendável em cada caso específico. É claro que, além da necessidade e da conveniência, são também pressupostos da publicidade os demais princípios. Assim, quando, por exemplo, a publicidade de determinado ato cresta a moralidade, deixa de ser juridicamente recomendável e deve ceder lugar à moralidade (BLANCHET, 2006, p. 32-33).

Eficiência, em síntese, é a relação entre os resultados obtidos e os recursos empregados. Portanto, um procedimento administrativo é eficiente quando empregar um pequeno número de recursos (materiais, humanos e de tempo) para produzir um grande número de resultados. Não se confunde com eficácia, que é qualidade do ato administrativo que possibilita a produção de efeitos jurídicos. Assim, ato eficaz é aquele que cria, modifica ou extingue direitos, enquanto que o ato ineficaz é aquele que ainda não tem efeitos jurídicos, porque ainda não veio a tê-los (atos pendentes) ou porque estes já foram totalmente produzidos (atos exauridos). Também não se confunde com efetividade, que é qualidade de tudo aquilo que está, de fato, sendo executado. Deste modo, um ato pode ser eficaz, mas não ter efetividade se for sistematicamente descumprido.

O princípio da eficiência, certamente é um daqueles que já, antes da Emenda Constitucional n. 19/98, poderia ser extraído do sistema de princípios que regem a Administração Pública. Isso mostra-se um tanto óbvio, pois não seria razoável pensar em atividades da Administração Pública desempenhadas com ineficiência e sem o atingimento dos resultados dentro do seu objetivo maior, qual seja, a realização do bem comum (BASTOS, 2002, p. 79).

Outros princípios assumem a mesma natureza quando consagrados expressamente pela norma legal, como ocorre com a Constituição paulista, que prevê a *razoabilidade*, a *finalidade*, a *motivação* e o *interesse público* como princípios básicos da Administração (CESP, art. 111); com a Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), que prevê os princípios da *legalidade*, *finalidade*, *motivação*, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, *moralidade*, *ampla defesa*,

*contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência* como informadores da atuação da Administração nos processos a que se refere.

### **2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O dever de dar publicidade, ou seja, de levar o conhecimento do ato ou da atividade administrativa a terceiros, a fim de facilitar o controle e conferir possibilidade de execução, constitui um vetor importante da Administração.

A publicidade, como princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais (MEIRELLES, 2005, p. 95).

A atuação transparente do Poder Público exige a publicação, ainda que meramente interna, de toda forma de manifestação administrativa, constituindo esse princípio requisito de eficácia dos atos administrativos. A publicidade está intimamente relacionada ao controle da Administração, visto que, conhecendo seus atos, contratos, negócios, pode o particular cogitar de impugná-los interna ou externamente.

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELLO, 2006, p. 102).

Portanto, o princípio da publicidade tem como desiderato assegurar transparência na gestão pública, pois o administrador público não é dono do patrimônio de que ele cuida, sendo mero delegatário da gestão dos bens da coletividade, devendo possibilitar aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas.

O tema da *transparência* ou *visibilidade*, também tratado como *publicidade* da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos 70, surge o empenho em alterar a tradição do “secreto” predominante na atividade administrativa. A prevalência do “secreto” na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado (MEDAUAR, 2009, p. 131).

Sendo assim, a publicação em órgão oficial é requisito de eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos ou impliquem onerar o patrimônio público. Ou seja, enquanto não for publicado e, desta forma, levado ao conhecimento de todos, o ato administrativo não produzirá efeitos.

Todos os mecanismos de garantias atribuídos aos administrados, que individuais ou coletivos, dependem da ampla publicidade. É a publicidade, também, a responsável – muita vez – pela realização da isonomia (FIGUEIREDO, 2004, p. 61-62).

Extrai-se do princípio da publicidade que o povo tem o direito de conhecer os atos praticados na administração pública, passo a passo, para o exercício do controle social, derivado do exercício do poder democrático. Destaca-se o “caráter educativo, informativo ou de orientação social” das divulgações, exigido pelo artigo 37 da CF/88 que revela a preocupação da assembléia constituinte com a compreensibilidade das informações para o controle social.

“Esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos” (GASPARINI, 2005, p. 11).

Um dos efeitos mais relevantes da procedimentalização se relaciona com a publicidade das decisões administrativas. A necessidade de observar o procedimento inviabiliza o sigilo das escolhas administrativas. A possibilidade de conhecimento público sobre as escolhas desincentiva a prática de irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e a desvios. A certeza da revelação da ilicitude e da improbidade é um fator essencial para a redução de práticas reprováveis (JUSTEN FILHO, 2011, p. 182).

A publicação dos assuntos administrativos é importante para a fiscalização, o que contribui para ambos os lados, tanto para o administrador quanto para o público. Porém, a publicidade não pode ser usada de forma errada, para a propaganda pessoal, mas, sim, para haver um verdadeiro controle social.

A publicidade faz-se pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias (MORAES, 2007, p. 87).

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por seu público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Do princípio da publicidade da Administração Pública extrai-se, ainda, um outro sentido, aqui denominado de “publicidade ex officio”. Tal face ativa da publicidade consiste no dever de a Administração Pública divulgar as condutas administrativas que concretiza. Em relação a tal sentido da publicidade, cumpre salientar que usualmente se utiliza a divulgação através da imprensa oficial (Diários Oficiais), embora não se possa confundir a publicidade (o princípio que se estuda), com publicação (um dos meios de sua concretização). Isso porque a legislação poderá determinar outros meios para a concretização da publicidade, como é o caso de afixação em murais, meios eletrônicos, envio de cartas etc (MAFFINI, 2008, p. 46-47).

Ressalta-se ainda que, inexistindo disposição normativa em sentido contrário, tem-se entendido que os atos administrativos de efeitos internos à Administração não necessitam ser publicados para que tenham por atendido seu dever de publicidade. Nesses casos, seria admissível, em regra, a *comunicação* aos destinatários. O dever de publicação recairia, assim, exclusivamente sobre os atos administrativos que atingem a terceiros, ou seja, aos *atos externos*.

Publicidade é diferente de publicação. A publicidade possui um conceito mais amplo que a publicação. A publicação em diário oficial é uma das hipóteses de publicidade, posto que ela pode acontecer mediante intimação pessoal no processo, pelo correio, em jornal oficial ou de grande circulação, sessões realizadas a portas abertas etc (MAZZA et al, 2011, p. 28).

É imprescindível reconhecer, todavia, a existência de *limites constitucionais* ao princípio da publicidade. De acordo com nossa Carta Magna, ele jamais poderá vir a ser compreendido de modo a que propicie a violação da *intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas* (art. 5.º, X, c/c. art. 37, § 3.º, II (32), da CF), *do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional* (art. 5.º, XIV, da CF), ou com *violação de sigilo tido como imprescindível à segurança da sociedade e do Estado* (art. 5.º, XXXIII, c/c. art. 37, § 3.º, II, da CF).

Existem na própria Constituição (art. 5º) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade:

1. o inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a **defesa da intimidade** ou o **interesse social** o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, em qualquer benefício para o interesse público; pode ocorrer que, em certas circunstâncias, o interesse público esteja em conflito com o direito à intimidade, hipótese em que aquele deve prevalecer em detrimento deste, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual;
2. o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
3. o inciso XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social (DI PIETRO, 2005, p. 75).

No que tange à *forma* de se dar publicidade aos atos da Administração, tem-se afirmado que ela poderá dar-se tanto por meio da *publicação* do ato, como por sua simples *comunicação* a seus destinatários.

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade (CARDOZO, 1999, p.159).

O doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 48) diz que:

[...] os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se intrincados de maneira profunda, havendo mesmo, instrumentalização recíproca: assim a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade.

Desta forma, o doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos (2001, p. 48) defende a essencialidade do princípio da publicidade, como se observa abaixo:

A publicidade, portanto, passou a ser um dos elementos essenciais dos atos administrativos, tendo o condão de atribuir eficácia perante terceiros, além de manter o controle público pela comunidade. Como visto foi no Brasil que o princípio da publicidade mereceu acolhida constitucional, sendo princípio assente no caput do art. 37, exatamente para permitir que a sociedade fiscalize a transparência e a retidão dos atos públicos. Assim, transformou-se o princípio da publicidade como norma fundamental do processo

moderno, oposto ao segredo inquisitorial que estabelece como suprema garantia da sociedade em geral, de averiguação da razoabilidade dos atos administrativos praticados.

Daí ser correto concluir que a publicidade é obrigatória como meio conferidor de eficácia da atividade administrativa, mas se admite a manutenção do sigilo quando expressamente autorizar a Constituição ou quando concorrer possível prejuízo para a coletividade ou para outrem.

É importante salientar que a publicidade *ex officio* consiste em requisito de eficácia das condutas administrativas. Em outras palavras, a regular e suficiente divulgação das condutas administrativas não é requisito de existência, uma vez que os atos preexistem à sua publicação. Também não é, salvo disposição legal em contrário, requisito de validade das condutas administrativas, visto que a validade é noção que se relaciona com a adequação da conduta à ordem jurídica. Nesse sentido, em princípio, uma conduta inválida não se torna válida em razão de sua publicidade. A publicidade, portanto, corresponde a um pressuposto de eficácia, no sentido de que a conduta administrativa não produzirá efeitos juridicamente relevantes salvo após a regular divulgação. Demais disso, a falta ou a insuficiência da publicidade gera uma presunção, mesmo que relativa (*juris tantum*), de imoralidade, o que, por vias indiretas, diz respeito à noção de validade. Assim, a publicidade é requisito de eficácia da conduta administrativa, embora a sua inexistência ou insuficiência gere a presunção de imoralidade e, assim, de invalidade (MAFFINI, 2008, p. 47).

Finalizando, faz-se de extremada importância, perceber-se que o problema da publicidade dos atos administrativos, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição, em nada se confunde com o problema da *divulgação* ou *propaganda* dos atos e atividades do Poder Público pelos meios de comunicação de massa, também chamadas de "publicidade" pelo § 1.º desse mesmo artigo. Uma coisa é a *publicidade jurídica necessária para o aperfeiçoamento dos atos*, a se dar nos termos definidos anteriormente. Outra bem diferente é a "publicidade" como *propaganda* dos atos de gestão administrativa e governamental. A primeira, como visto, é um *dever constitucional* sem o qual, em regra, os atos não serão dotados de existência jurídica. A segunda é mera *faculdade* da Administração Pública, a ser exercida apenas nos casos previstos na Constituição e dentro das expressas limitações constitucionais existentes.

### **3 PRINCIPAIS FUNDAMENTOS LEGAIS DA LICITAÇÃO EM FACE DA LEI 8.666/93 E SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES**

#### **3.1 LICITAÇÕES PÚBLICAS: CONCEITO, NATUREZA, PECULIARIDADES E PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA**

A Administração Pública direta e indireta necessita contratar com terceiros para suprir as suas necessidades ou necessidades da coletividade. Obras, compras ou serviços necessitam ser contratados e o ajuste há de ser precedido de instrumento hábil à garantia da moralidade administrativa, da eficiência, da economicidade, dentre outros fundamentos. Desde sempre se soube que as contratações desejadas pela Administração devem ser presididas por critérios impessoais, que privilegiem aqueles critérios citados e que podem ser capazes de evitar abusos ou ilícitos em detrimento do patrimônio público. A exigência da licitação mantém a relação direta com o princípio republicano, com isonomia entre os administrativos e corresponde a um modo particular de limitação à liberdade do administrador – que não contrata aquele que deseja, mas aquele que figurar como vencedor do certame licitatório.

A licitação é um procedimento de direito administrativo a que, em geral, os entes públicos estão sujeitos como medida prévia à escolha dos seus contratados, que podem ser públicos ou privados. Trata-se de um precedente necessário de todos os contratos administrativos, com o fim de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado (BASTOS, 2002, p. 173).

“Tem-se como assente, no geral, que a licitação é um procedimento administrativo constituído de atos vinculados mediante o qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa” (MUKAI, 1999, p. 16).

O objetivo da licitação é o de proporcionar à Administração meios para, ao instaurar a competição entre licitantes, assegurar a seus administrados a possibilidade de disputarem a participação nos negócios do Governo e receberem o mesmo tratamento jurídico, sem discriminação, obedecendo somente aos preceitos do edital. (FRANÇA, 2000, p. 6)

A licitação corresponde a procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração e necessária ao atendimento do interesse público. Independe a fixação da designação, se processo ou procedimento, porquanto ambos são aceitos e referidos

pela doutrina. Trata-se de procedimento vinculado, regido pelo princípio da formalidade e orientado para a eleição da proposta que melhor atender ao interesse público. A Lei de Licitações (lei nº 8.666/93) caracteriza o procedimento como ato administrativo formal (art. 4º, parágrafo único).

Em outras palavras, o objetivo principal da licitação é permitir à administração pública que, em processo formal, garantindo os direitos subjetivos de cada candidato a fornecedor, contrate ou crie condições para contratar a melhor proposta. O administrador público está sob o império do princípio da legalidade. Isto significa dizer que ele é obrigado a fazer somente aquilo que a lei permite que ele faça. A lei de licitações e contratos administrativos estabelece um rito procedimental, com início, meio e fim. Há a etapa da habilitação para selecionar os candidatos que tenham condições de cumprir o objeto do contrato; a classificação que visa a selecionar a melhor proposta, e a homologação pela autoridade superior. Ao contrário do gerente da empresa privada, que não está preso a regras ou normas, o administrador público deve, sim, observar a lei e estar atento ao rito legalmente previsto, para que ele assegure a todos os interessados em fornecer-lhes materiais ou serviços, direitos iguais em detrimento do histórico apadrinhamento que acompanha o Estado no Brasil. (FERREIRA, 2009, p. 23)

A licitação possui dúplice finalidade, ou seja, permitir a melhor contratação possível (seleção da proposta mais vantajosa) e possibilitar que qualquer interessado possa validamente participar da disputa pelas contratações.

Tanto os bens públicos quanto os interesses públicos não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Dois princípios básicos orientam todo o regime jurídico administrativo e embasam a obrigatoriedade de licitar: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos, caracterizando-se a função administrativa, fundamentalmente, pelo fato de desenvolver-se “debaixo da lei e em estrita conformidade com ela”. (ESCOBAR, 1999, p. 23)

Nesse sentido, pode-se definir a licitação como uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do Poder Público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de ser por ele contratados, para lhe executarem determinada prestação (de dar ou fazer) (MUKAI, 1999, p. 1)

A Lei nº 8.666/93 enumera os princípios incidentes no procedimento licitatório: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, além de outros que lhe são correlatos. A doutrina, sem unanimidade, enumera outros: competitividade, padronização, ampla defesa.

A partir, então, do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, veio ao mundo jurídico a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, publicada nesta data. Esta lei praticamente encerrou a vigência do decreto 2.300/86, que vigorava até então. A Lei 8.666/93 regulamentou aquele inciso e, como toda lei brasileira, foi posteriormente modificada pela Lei 8.883 de 08.06.94 e agora mais recentemente pela Lei 9.648, de 27.05.98, isto sem falar em outras leis de menor importância e até mesmo de medidas provisórias, que também impuseram alterações em seu texto. A Lei 8.666/93 está atualmente em vigor e dispõe sobre as regras para o exercício da licitação pública em nosso direito. (FERREIRA, 2009, p. 22)

O art. 3º da lei diz que: “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos” (BRASIL, 2013, 8.666/93).

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente. (MEIRELLES, 2006, p. 27).

*Licitação*, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado (MEDAUAR, 2009, p. 179).

Além daqueles princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, outros princípios são de extrema importância quando se trata de licitações públicas.

A licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalecessem exclusivamente a ideia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração a opções arbitrárias ou abusivas. Enfim, poderia verificar-se confusão entre interesses primários e secundários da Administração. É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e

garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 43).

O Princípio da isonomia, também está exposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, vedando a distinção de toda e qualquer natureza, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, ou seja, não pode haver de maneira alguma distinção entre licitantes, devendo todos ser tratados de forma igual pela Administração Pública. Este princípio torna-se fundamental, pois o mesmo impede as discriminações entre licitantes.

O **princípio da igualdade** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais (DI PIETRO, 2005, p. 314).

A **isonomia** aponta para o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Por força deste princípio, todos têm direito a tratamento isonômico por parte da Administração, ou seja, tratamento proporcional e compatível com as qualidades juridicamente relevantes de cada pessoa. Destarte, não há, por exemplo, igualdade entre duas pessoas que pretendam participar de determinada licitação se somente uma delas reunir as condições necessárias para habilitação, desde que naturalmente as condições para habilitação constantes no instrumento convocatório tenham sido escolhidas também com observância ao princípio da isonomia. Isonomia, pois, não [é mera igualdade aritmética, mas *equilíbrio*, ou *proporcionalidade*, entre os atributos juridicamente relevantes do particular e o tratamento que a Administração está obrigada a lhe dispensar (BLANCHET, 2006, p. 32-33).

O Princípio da vinculação ao instrumento convocatório é outro princípio das Licitações Públicas. Ele determina que após a publicação do edital de licitação, a Administração Pública se encontra vinculada a ele, sendo assim a lei interna daquele processo, não podendo ser exigido, nada mais do que consta no edital, porém não é só a administração que está vinculada ao edital, o licitante também, pois o descumprimento de qualquer cláusula pode resultar na inabilitação ou desclassificação da proposta.

A *vinculação ao edital* significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à

documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitatória (MEIRELLES, 2006, p. 39).

Outro muito importante é o Princípio do julgamento objetivo, que refere-se que deve ser julgada a documentação apresentada e as propostas de preços, com base no que foi pedido no instrumento convocatório, de forma sempre objetiva, afastando o julgamento subjetivo ou critérios que não foram pedidos no edital.

*Julgamento objetivo* é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas (art. 44). É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital. Em tema de licitação, a margem de valoração subjetiva e de discricionarismo no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital. Se assim não fosse, a licitação perderia sua finalidade seletiva, justificando-se a escolha direta do contratado pela Administração, independentemente do confronto das propostas. (...)

O princípio do *julgamento objetivo* afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, levando sempre em consideração o interesse do serviço público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital (MEIRELLES, 2006, p. 40).

Outro basilar é o Princípio do sigilo na apresentação das propostas, que é um pressuposto de igualdade entre os licitantes. O conteúdo das propostas não é público, nem acessível até o momento previsto para sua abertura, para que nenhum concorrente se encontre em situação vantajosa em relação aos demais.

O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes e de suma importância para a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como da objetividade do julgamento. Com efeito, o interessado que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua ficaria em situação vantajosa; e o conhecimento prematuro das ofertas poderia conduzir ao seu prejulgamento, com afronta aos princípios do procedimento formal e do julgamento objetivo (MEIRELLES, 2006, p. 39).

Dentre os princípios destacados, apresenta-se também o da Competitividade em que a Administração Pública, através do procedimento licitatório deve buscar o melhor serviço/compra pelo menor preço. Esse princípio está exposto no tópico seguinte.

### 3.2 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

O princípio da competitividade é essencial para o sucesso do procedimento licitatório, pois no momento em que a competição entre os concorrentes for impossível, não se fará licitação. A licitação inexistente sem disputa, sem oposição, sem conflito de propostas e ofertas ao ente público contratante.

O princípio da concorrência, ou da competitividade, ou competição entre os licitantes, informa todo o procedimento licitatório, decorrendo da própria essência da licitação. Não obstante, esse princípio, diretamente defluente da própria principiologia geral da atual Constituição da República para toda a ordem econômica, conforme o disposto no art. 170, IV. Trata-se, portanto, do fundamento do regime de economia de mercado, podendo-se afirmar que todos os demais princípios nesta seara, defluem do princípio da concorrência (BASTOS, 2002, p. 179).

A estrutura do procedimento há de estar montada e funcionar de modo a ensejar a disputa, o confronto entre os licitantes. O critério de julgamento mais comum e sem dúvida imparcial é o de menor preço. No caso a competitividade se circunscreve em ofertar o menor preço.

Em reforço ao princípio da concorrência, a Lei n. 8.666/93 em seu art. 3º, inc. I é expressa ao declarar que é vedado: “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (BASTOS, 2002, p. 180).

O princípio da competitividade, presente no art. 7º, § 5º da Lei 8.666/93 que diz: “É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório”.

A vedação que ora se impõe aplica-se àquela determinação de especificidade de objeto sem razão técnica (via de regra, quando existe uma pluralidade de mercadorias, de diversas marcas, as quais todas, podem atender, *in totum*, as necessidades da Administração), que visa restringir o direito de participação a todos os que, não fosse a descabida restrição, estariam aptos a suprir uma necessidade da Administração. Nessa hipótese, estará o representante da Administração conduzindo o processo licitatório de forma dirigida, ao seu talento, colocando em evidência, dando preferência a interesses de poucos em detrimento do direito da coletividade,

o que afronta visceralmente, dentre outros, ao princípio da moralidade, essencial na atividade e negócios públicos (FERREIRA FILHO, 2002, p. 27).

Desta forma ocorrerá vantagem à administração pública se houver uma competitividade presente na licitação, assim proporcionando a administração que obtenha a proposta mais vantajosa para a realização de seus fins.

“Cumpre, ressaltar que em nada fere o princípio da concorrência o fato de haver um único participante classificado no processo licitatório, desde que este preencha todos os requisitos do edital” (BASTOS, 2002, p. 180).

Destaca-se que no art. 90 da Lei 8.666/93, sobre o princípio da competitividade: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

### **3.3 MODALIDADES LICITATÓRIAS**

A modalidade a ser observada é determinada em razão do valor da contratação ou do objeto a ser contratado. Em regra, contratações de maior vulto ou valor devem ser licitadas segundo a modalidade concorrência; a tomada de preços é reservada para contratações de valor intermediário, deixando-se o convite para as de menor valor, enquanto o leilão e o concurso ficam ajustados para objetos específicos. O pregão é modalidade que pode ser adotada apenas para a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. O pregão é a modalidade de licitação prevista na Lei 10.520/2002, de aplicação no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Na esfera federal o pregão é regulamentado pelo Dec. 3.555/2000. Não há limite de valor para o pregão. A limitação para a utilização desta modalidade está no fato de poder ser utilizado apenas para aquisição de bens e serviços comuns.

“Modalidade de licitação é o modo procedimental da seleção, da escolha. É a espécie de certame que se diferencia pela necessidade de sua adequação ao objeto que se pretende contratar” (ESCOBAR, 1999, p. 38).

Sobre as modalidades de licitação temos a dizer que elas estão previstas no art. 22 da Lei 8.666/93.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 22. São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º 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 constantes do edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou semelhante é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

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

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do § 2º deste artigo, a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital.

## MODALIDADE X OBJETO

Aquisição de bens	Contratação de serviços	Execução de obras	Alienação de bens	Concessões
<i>Convite</i>	<i>Convite</i>	<i>Convite</i>	<i>Concorrência</i> • Bens Imóveis	<i>Convite, Tomada de Preços ou Concorrência</i> • Concessões administrativas ou comuns
<i>Tomada de Preços</i>	<i>Tomada de Preços</i>	<i>Tomada de Preços ou</i>	<i>Leilão</i> • Bens móveis • Bens imóveis	<i>Concorrência</i> • Concessões de direito real
<i>Concorrência ou</i>	<i>Concorrência ou</i>	<i>Concorrência</i>	adquiridos em processos judiciais ou em processos judiciais ou em dação em pagamento	• Concessões de serviços públicos
<i>Pregão</i>	<i>Pregão</i>			

Tabela 01

A atual lei de licitações e contratos administrativos instituiu, como podemos observar, em seu artigo 22, cinco modalidades de licitação e bem compartimentou as demandas da administração pública segundo a importância do objeto. No seu artigo 23 a lei determina os valores por modalidade.<sup>2</sup> A concorrência

<sup>2</sup> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

a) convite: até R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços: até R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite: até R\$80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços: até 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência: acima de R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas 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.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou

é a modalidade para todos os objetos e para compras e serviços acima de R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). É também a modalidade licitatória para obras e serviços de engenharia acima de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). A tomada de preços está prevista para compras e serviços entre R\$80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), e em casos de obras e serviços de engenharia vai de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) até R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). O convite está destinado a licitações, segundo o valor, que varia, para obras e serviços de engenharia, de R\$15.000,00 (quinze mil reais) a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e para compras e serviços em geral, de R\$8.000,00 (oito mil reais) a R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

---

entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

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

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

§ 6º As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União.

§ 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação e o triplo, quando formado por maior número.

## MODALIDADE X VALOR

Modalidade	Valor para obras e serviços de engenharia	Valor para compras e demais serviços	Observações	Prazo de publicação do instrumento convocatório
Concorrência	Acima de R\$1.500.000,00	Acima de R\$650.000,00	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Compra e alienação de bens imóveis;</li> <li>• Concessões de serviços públicos e de direito real de uso;</li> <li>• Registro de preços;</li> <li>• Licitações internacionais</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 45 dias nos contratos por empreitada global ou licitação do tipo técnica ou técnica e preço</li> <li>• 30 dias nos demais casos</li> </ul>
Tomada de Preços	Acima de R\$150.000,00 até R\$1.500.000,00	Acima de R\$80.000,00 até R\$650.000,00	Licitações internacionais, desde que haja cadastro internacional de fornecedores	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 30 dias nos casos de licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço</li> <li>• 15 dias nos demais casos</li> </ul>
Convite	Acima de R\$15.000,00 até 150.000,00	Acima de R\$8.000,00 até R\$80.000,00	Mínimo de 3 interessados	• 5 dias úteis
Pregão	Inexiste	Inexiste	Exclusivo para bens e serviços comuns	• 8 dias úteis

Tabela 02

As modalidades comuns dependem, em regra geral, do valor que a administração irá dispende com a relação jurídica, ou seja, a partir dos patamares de valor estabelecidos em lei, corresponderão as distintas modalidades.

As modalidades “comuns” de licitação são reguladas de modo bastante amplo, cabendo à Administração estabelecer exigências e requisitos compatíveis com a contratação visada. Essas modalidades apresentam procedimento mais flexível e abrangente.

As três espécies da modalidade “comum” de licitação diferenciam-se entre si por variações na estrutura procedimental de suas fases. Concorrência, tomada de preços e convite apresentam estruturação diversa quanto às fases de divulgação, proposição e habilitação (JUSTEN FILHO, 2005, p. 195).

## MODALIDADE X PROCEDIMENTALIZAÇÃO

CONCORRÊNCIA	TOMADA DE PREÇOS	CONVITE
Necessidade	Necessidade	Necessidade
Orçamento	Orçamento	Orçamento
Objeto	Objeto	Objeto
Modalidade	Modalidade	Modalidade
Autorização	Autorização	Autorização
Edital	Edital	Carta-convite
Publicação (jornal)	Publicação (jornal)	Publicação (mural)
Habilitação	Habilitação (cadastro)	Habilitação (convite ou cadastro)
Proposta	Proposta	Proposta
Julgamento	Julgamento	Julgamento
Adjudicação	Adjudicação	Adjudicação
Homologação	Homologação	Homologação

Tabela 03

### 3.4 PECULIARIDADES DO CONVITE

A modalidade mais simples é denominada “convite”, destinando-se às contratações de menor valor. Três interessados, registrados ou não na repartição licitante, pelo convite (que substitui o edital) são chamados a apresentar suas propostas no prazo de cinco dias úteis. A divulgação é relativa, porquanto se exige apenas a afixação no “local apropriado” (na própria repartição, quadro de avisos). Qualquer interessado poderá participar, desde que vinte e quatro horas antes da data final (apresentação das propostas) manifeste seu interesse. Se o procedimento se repetir para o mesmo objeto ou assemelhado, a licitante deverá convidar, no mínimo, mais um cadastrado e não convidado nos anteriores. O número de três convidados é mínimo, podendo optar-se por convidar número superior de cadastrados. O julgamento tanto poderá ser realizado por comissão como por servidor único. A ordem de serviço ou a nota de empenho podem substituir o instrumento do contrato, dando início à execução do que foi pactuado.

Desta forma, as principais características, desta modalidade licitatória são: a) ela ocorre entre os interessados do ramo pertinente ao objeto licitado, cadastrados ou não; b) a administração deverá escolher e convidar pelo menos três desses cadastrados ou não, que trabalhem com o ramo pertinente ao objeto; c) o instrumento convocatório não precisa ser publicado no diário oficial, bastando que ele seja afixado em local apropriado, no quadro de avisos; d) o convite pode ser estendido a qualquer outro cadastrado ou não naquela especialidade, desde que ele manifeste interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da data limite para apresentação dos envelopes com as propostas (FERREIRA, 2009, p. 26-27).

A carta-convite é a modalidade simplificada de ato convocatório, destinada especificamente ao disciplinamento da licitação na modalidade de convite. A mesma deve conter apenas os elementos indispensáveis ao disciplinamento e processamento do certame, informando o tipo de licitação que, em regra, é o de menor preço, o regime de execução ou forma de fornecimento, normas aplicáveis e condições alusivas à apresentação e conteúdo das propostas. Estabelecerá prazos de entrega ou de execução, prevendo as multas para o caso de atrasos ou descumprimento total ou parcial. Deve-se fazer a indicação da data, hora e local de abertura do certame (Processo de Avaliação de Proposta), com informação sobre os meios de comunicação e esclarecimentos.

Trata-se aqui de uma modalidade em que o chamamento, a convocação de eventuais interessados, deixa de ser genérica e se torna específica a pessoas determinadas, contanto que operem no ramo pertinente à licitação e pelo menos três sejam convidadas para o certame. É a modalidade utilizada para contratos de menor valor, em que se exige um mínimo de publicidade, apenas o indispensável para a observância dos princípios básicos da licitação. Na modalidade de convite, a idoneidade poderá vir a ser presumida sempre que for dispensada a exigência de documentação, o que a Lei 8.666/93 permite. Por outro lado, as cartas-convite poderão ser endereçadas também a pessoas não-cadastradas (ESCOBAR, 1999, p. 40).

O prazo de publicidade mínimo a ser observado, para o recebimento dos envelopes é de 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da expedição da carta-convite. Esse prazo de 5 (cinco) dias úteis deve ser computado excluindo-se o dia de início e incluindo-se o de vencimento.

É a única modalidade de licitação em que lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis (art. 21, § 2º, IV), por meio da chamada carta-convite. No entanto, a Lei nº 8.666/93 inovou ao permitir que participem da licitação outros interessados, desde que cadastrados e manifestem seu interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. A medida contribui para aumentar o rol de licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. Para permitir essa participação, o artigo 22, § 3º, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório (DI PIETRO, 2005, p. 339).

No convite, o procedimento é simplificado: a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-convite dirigida a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriado, da cópia do

instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no Diário Oficial (DI PIETRO, 2005, p. 355).

Diferentemente das demais modalidades, não é obrigatório publicar o Edital do convite na imprensa oficial. A divulgação ocorrerá através da expedição da carta-convite aos interessados e da afixação do mesmo em locais públicos apropriados, podendo inclusive, ser utilizado o site oficial da entidade licitadora.

O *convite* não exige publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela Administração através de *carta-convite*. A Lei 8.666, de 1993, porém, determina que cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriado, estendendo-se automaticamente aos demais cadastrados na mesma categoria, desde que manifestem seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas (art. 22, § 3º). Por outro lado, dispõe o § 6º do mesmo dispositivo que, se existirem na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, deverá ser convidado pelo menos outro fornecedor, enquanto existirem fornecedores cadastrados que não tenham sido convidados nas licitações anteriores (MEIRELLES, 2006, p. 98).

Poderão participar da modalidade Convite os convidados pela entidade – cadastrados ou não – no número mínimo de 3 (três) e os interessados previamente cadastrados que manifestarem seu interesse até 24 horas antes do horário marcado para entrega dos envelopes.

É a modalidade de que participam interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa; esta deverá afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, denominado carta-convite, e o estenderá aos demais cadastrados na especialidade, que manifestarem interesse em participar com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas do prazo final da apresentação das propostas (§ 3.º do art. 22). É utilizada para contratos de pequeno valor. Se houver na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite para objeto similar é obrigatório endereçar a carta-convite a, pelo menos, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (§ 6.º). Se for impossível a obtenção de três licitantes, as razões disso deverão ser devidamente justificadas nos autos do processo, sob pena de repetição do convite (§ 7.º) (MEDAUAR, 2009, p. 183-184).

Por se tratar do procedimento mais simplificado, a parte interessada em participar do processo licitatório deve demonstrar sua existência no mundo jurídico, apresentando documento que comprove sua habilitação jurídica (contrato social com as alterações, se houver; CNPJ), certidão negativa do INSS e FGTS. Além dos documentos acima mencionados, a entidade deverá cuidar para que suas contratações se façam sempre com empresas idôneas no mercado.

No convite, excepcionalmente, faculta-se a substituição da Comissão de Licitação por pessoa designada pela diretoria da entidade. Essa pessoa ficará responsável por todo o processamento da licitação: recebimento das propostas, reunião com os licitantes no dia e hora marcados para abertura das propostas, proclamação do resultado, providências indispensáveis para efetivação do contrato.

De modo diverso das demais modalidades, o prazo para interposição de recurso ou representação em licitação na modalidade convite é de 2 (dois) dias úteis, contados da intimação do ato que declarou vencedora a proposta, e deverá ser dirigido à Diretoria da entidade, para as providências cabíveis.

## 4 MODALIDADE CONVITE E OS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E DA PUBLICIDADE

### 4.1 RESTRIÇÕES LEGAIS AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE NO ÂMBITO DO CONVITE

Diversamente das demais modalidades, no caso de convite não há a obrigatoriedade de publicação do aviso contendo o resumo do edital na imprensa oficial prevista no artigo 21 da Lei 8.666/93<sup>3</sup>. Para o convite basta seu envio, geralmente mediante Carta-Convite, aos interessados e afixação do resumo do ato

---

<sup>3</sup> Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo por uma vez:

I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II – no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I – quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

II – trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”;

III – quinze dias para tomadas de preços, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior, ou leilão;

IV – cinco dias úteis para convite.

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

convocatório em local apropriado na unidade administrativa, normalmente no quadro de avisos do órgão público.

Embora seja um procedimento simplificado a fim de garantir uma maior economicidade à administração, comumente algumas unidades administrativas publicam esse aviso de licitação em jornais municipais ou regionais, e até mesmo em Diário Oficial, buscando atingir o maior número possível de interessados ampliando, assim, a competitividade e buscando selecionar a proposta mais vantajosa.

A Lei não exige a publicação pela imprensa dos avisos relacionados com convites. Tem-se questionado acerca da obrigatoriedade da publicação do aviso de convite pela imprensa. Rigorosamente, a resposta é negativa. É claro que isso não significa validar licitação sigilosa, o que retrataria verdadeira contradição em termos. É obrigatório tornar pública a instauração da licitação, mas não é imperioso que o convite seja objeto de divulgação pela imprensa. É que, não considerando a faculdade reservada à Administração Pública de remessa do convite a pessoas não cadastradas, outros terceiros poderão participar do certame apenas desde que cadastrados. Portanto, deve-se assegurar a possibilidade de os cadastrados tomarem conhecimento do transcurso do convite. Como é óbvio, não é proibido valer-se da imprensa como instrumento de divulgação. Até se podem imaginar situações em que o recurso à imprensa seria a solução mais adequada. Assim se passa quando não acorrem interessados às disputas e a Administração reputa inadequadas as propostas disponíveis. Em face de licitações frustradas ou desertas, uma alternativa correta seria promover a publicação do aviso do convite pela imprensa (JUSTEN FILHO, 2005, p. 188-189).

Com isso, surge um aparente conflito de princípios administrativos, entre o princípio da legalidade e o da ampla competitividade. Isso porque, no direito administrativo vigora o princípio da legalidade estrita, ou seja, a administração e seus agentes somente podem fazer aquilo determinado pela lei, diferentemente do particular, que está compelido a fazer aquilo que a lei não proíbe.

## **4.2 PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS E NEGATIVAS DA MODALIDADE CONVITE EM FACE DA PUBLICIDADE E DA COMPETITIVIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **4.2.1 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS**

Dentre as modalidades licitatórias a convite é a mais simples e por isso mesmo torna-se mais rápida, pois se colima, com ela, a celeridade no trâmite administrativo, pois proporciona redução do lapso temporal para apresentação das propostas dos interessados. Desta maneira sua publicação também é mais simplificada.

O convite não limita a participação do certame apenas aos licitantes convidados, pois é extensivo aos demais interessados que manifestarem interesse em participar do certame, no prazo mínimo de vinte e quatro horas de antecedência à data marcada para entrega dos envelopes contendo as propostas, daí a importância da publicação no quadro de avisos.

Outra vantagem desta modalidade é o fato de que o administrador pode “convidar” no mínimo três empresas, de sua confiança e de notória idoneidade, buscando-se assim garantir a excelência na execução do contrato de compra ou serviço.

#### **4.2.2 CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS**

Em contraponto, uma das desvantagens da modalidade é justamente o fato da própria administração pública “convidar” os interessados a participar do pleito, sendo que desta forma estaria violando os princípios da isonomia, da competitividade e da moralidade, sendo que os convidados do convite podem ser sempre os mesmos e ensejar conluio com as empresas participantes, sendo que apenas uma empresa é a que efetivamente manipula outras. A publicação evitaria esse tipo de combinação entre as empresas, já que não limita o número de participantes da licitação.

Um dos efeitos mais relevantes da procedimentalização se relaciona com a publicidade das decisões administrativas. A possibilidade de conhecimento inviabiliza o sigilo das escolhas. A possibilidade de conhecimento público sobre as escolhas desincentiva a prática de irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e a desvios. A certeza da revelação da ilicitude e da improbidade é um fator essencial para a redução de práticas reprováveis (JUSTEN FILHO, 2011, p. 182).

A falta de publicidade pode ensejar burlas na elaboração dos convites, com a manipulação de alguns atos, para resolver o problema de uma compra ou serviço que já foi realizado.

Como visto acima, a publicidade do procedimento licitatório representa uma garantia de lisura e de atendimento aos princípios norteadores da licitação. A reiteração da regra confirma a relevância da questão e se destina reforçar a extensão do princípio (JUSTEN FILHO, 2005, 72).

Uma observação acerca da publicação em quadro de avisos se faz necessária. É que a legitimidade deste tipo de publicidade fica extremamente

comprometida quando o administrador não tem apreço pela legalidade do processo. Faz-se necessário advertir da necessidade, e até mesmo da obrigatoriedade, de disciplinar a publicação de atos administrativos nos quadros de avisos. Impõe-se a medida por causa mesmo do princípio da legalidade. Há necessidade, pelo menos, de registrar a ordem de publicação, a saída para o quadro de avisos, o tempo que o documento ficará disponível ao público, e ainda a forma e o registro do retorno deste quadro, tudo no sentido de conferir mais rigor na seqüência cronológica dos atos e dos fatos. Esta medida traria mais segurança ao beneficiário primeiro da publicidade, que é o povo. Onde não existe esta disciplina legal, ficam abertas brechas para expedientes escusos, uma vez que, especificamente sobre o caso de licitação na modalidade de convite, não existe a obrigação de publicar os avisos na imprensa oficial escrita. Com isso surgem as irregulares “montagens” de processos de licitação, às vezes ultimados meses depois de executado o serviço ou compra.

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art. 5º, inc. XXXIII) (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54).

Outro ponto bastante refutado por parte da doutrina é a possibilidade do órgão da administração pública anular todo o procedimento diante da insuficiência de participantes, ou seja, se for feito o convite a três empresas, mas somente uma delas se apresenta, poderá ser suspenso todo o procedimento já realizado. Ora, por que punir aquele que cumpriu todos os requisitos exigidos pela inércia de outrem? Quem legitimamente se apresenta em virtude de convocação, tem o direito à participação e apreciação das propostas.

Importante a ser considerado também é que não está garantido que as empresas que participam do processo, ou seja, as que são convidadas, realmente apresentem as propostas mais vantajosas para a administração pública.

Relevante lembrar que na era da informação e com a velocidade das comunicações, com a internet acessível, a publicação do aviso do convite no mural do órgão público torna-se quase que obsoleta, já que ao invés de proporcionar a

possibilidade das empresas de acessarem as informações de forma rápida e abrir a oportunidade de participação das mesmas no processo, acaba colocando obstáculos e restringindo a participação dos interessados.

#### 4.2.3 PONDERAÇÕES

O assunto tem sido avaliado pelos órgãos de controle externo e pelo Poder Judiciário sob ângulo estrito da legalidade, pelo que, dada a existência de norma geral a autorizar a afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado, ex vi do art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, não haveria necessidade de publicação do convite em diário oficial.

Nesse sentido, confira-se a posição do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

Licitação. Convite. Da mesma forma assinala o Superior Tribunal de Justiça: tanto a doutrina quanto a jurisprudência não consideram obrigatória a publicação da Carta Convite em Diário Oficial, bastando a publicação no órgão oficial do Município ou no mural apropriado, se assim dispuser a Lei Orgânica (TCE/SC. REC-04/06399247. Cons. Relator Wilson Rogério Wandall. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/Acesso> em 20.05.2013).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...) 7. *In casu*, o Tribunal *a quo*, com ampla cognição probatória, revisitando os fatos que nortearam os atos imputados aos cinco Servidores Públicos Municipais, membros de comissão de Julgamento de Licitação, na modalidade de convite, entendeu pela ausência de ato de improbidade, ao fundamento de que na hipótese vertente o processo licitatório desenvolveu-se em estrita observância aos requisitos legais atinentes à espécie, com a efetiva prestação dos serviços contratados, sem nenhum prejuízo ao erário público, consoante se infere do voto condutor, verbis: "(...) A questão nodal a ser enfrentada meritoriamente, é se houve as irregularidades apontadas pelo Ministério Público, e praticadas pela Comissão de julgamento de Licitação, e se encontram suporte nas penas dos arts. 11 e 12 da lei 8.429/92, conforme decretado na sentença hostilizada.

De todo o processado, restou comprovado terem os réus, membros da Comissão de Licitação, promovido na modalidade de convite em obediência às regras legais previstas na lei 8666/93, bem como após dada publicidade necessária ao edital, a contratação de pessoas físicas habilitadas para fins de monitoramento e de uma empresa jurídica para fins de transporte de sessenta crianças cadastradas no programa Brasil Criança Cidadã, desenvolvido no Município.

A resistência maior apontada na decisão recorrida é quanto à contratação de pessoa jurídica que realizou o transporte, ao argumento de que não possuía finalidade social a prestação dos serviços contratados e que teria ela participado sozinha da licitação.

Como acima referido, a licitação realizada obedeceu à modalidade de Convite. No magistério do insigne Hely Lopes, “Convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita e pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis. (art. 21 parágrafo 2º, IV).

O convite não exige publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela administração através de Carta-Convite. A lei nova, porém, determina que cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriado, estendendo-se automaticamente aos demais cadastrados na mesma categoria, desde que manifestem seu interesse até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas (art. 22 parágrafo 3º) por outro lado, a cada novo convite realizado, para objeto idêntico ou assemelhado, deverá ser convidado outro fornecedor que não participou da licitação imediatamente anterior, enquanto existirem cadastrados não convidados (art. 22 parágrafo 6º).

Dada sua singeleza, dispensa a apresentação de documentos, mas, quando estes forem exigidos, a documentação, como nas demais modalidades de licitação, deverá ser apresentada em envelope distinto do da proposta.

O convite deve ser julgado pela Comissão de Julgamento das licitações, mas é admissível a sua substituição por servidor, formalmente designado para esse fim (art. 52 parágrafo 1º).

Uma vez julgadas as propostas, adjudica-se o objeto do convite ao vencedor, formalizando-se o ajuste por simples ordem de execução de serviço, nota de empenho da despesa, autorização de empenho ou carta contrato, e fazendo-se as publicações devidas no órgão oficial, em resumo ou na íntegra, para possibilitar os recursos cabíveis e tornar os ajustes exequíveis.

(...) 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 807551/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 05/11/2007, p. 226).

Não obstante a orientação jurisprudencial citada, as constantes irregularidades apuradas em processos licitatórios sob a modalidade convite têm instigado o debate acerca da inconstitucionalidade da autorização legal para que o aviso da licitação seja fixado apenas em mural, supostamente em ofensa ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), com mitigação indireta aos princípios da isonomia, da economicidade e da competitividade (este específico das licitações públicas). Nesse sentido existem doutrinadores que se respaldam na legalidade em relação a publicação do convite:

A licitação fulcra-se em princípios basilares, preponderando o da legalidade (art. 37 da Constituição Federal), que significa que o agente público se sujeita sempre em suas atividades aos mandamentos da lei, deles estando proibido de afastar-se, sob pena de invalidade do ato de responsabilidade de quem o praticou.

No Estado de Direito, que tem como um dos alicerces o princípio da legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de forma que impeça os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Com efeito, sendo ela dotada de prerrogativas de poder público, que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular, indispensável para a consecução dos fins de interesse público, o princípio da legalidade surge como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2007, p. 66)

Na Administração pública não há liberdade nem vontade pessoal, sendo que na administração privada é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Para o particular a lei significa poder fazer assim, enquanto que para o agente público significa dever fazer assim. Assim sendo, como não há previsão legal de publicação do resumo do edital em jornal na modalidade convite, essa prática não se torna obrigatória.

Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido “mérito” da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei (DI PIETRO, 2007, p. 38).

Nesse diapasão, tem surgido com vigor a lição de juristas a exigir ampla publicidade das licitações públicas realizadas pela Administração, em qualquer das modalidades, pelo que a divulgação do convite não poderia limitar-se à afixação em mural, notadamente meio limitado de publicidade.

Nesse sentido o ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr:

Na modalidade convite, a Administração não é obrigada a publicar o extrato ou resumo do instrumento convocatório em diário oficial, jornal de circulação ou outro meio que realmente assegure publicidade. Ao contrário, basta que ela encaminhe a três possíveis interessados no certame cópias do instrumento convocatório, chamado de carta-convite, por efeito do que ela literalmente os convida a oferecer propostas. Demais disso, a Administração deve fixar cópia dessa carta-convite em lugar apropriado, que costuma ser os murais ou quadros de avisos situados nos prédios públicos, estendendo, com isso, o convite a todos os demais interessados desde que previamente cadastrados [...].

Ao autor do presente estudo, ao contrário, a modalidade convite parece sim inconstitucional. Ora, a causa da licitação gravita em torno de preservar o interesse público de atos pessoais, ofensivos à moralidade administrativa e que, sobretudo, imponham tratamento apartado da isonomia. Como a modalidade convite é imprestável para conter atos pessoais, imorais e anti-isonômicos, transparece a sua completa inutilidade e sua capacidade de servir de meio para perpetuar ofensa gritante a princípios prescritos na Constituição Federal.

Para ser claro e direto, o convite é inconstitucional porque ofende, ao menos, aos princípios da publicidade e da isonomia. Ofende o princípio da publicidade porque a legislação não exige a publicação da carta-convite em jornal impresso, prescrevendo que ela seja apenas fixada em quadro de avisos, o que não é suficiente para atender ao princípio em comento [...].

Realmente, se a carta-convite fosse publicada em jornal impresso, tal qual ocorre com os instrumentos convocatórios das demais modalidades de licitação, haveria publicidade e não se desenharia ofensa ao princípio da isonomia [...] (NIEBUHR, 2011, p. 210-213).

De modo similar anota Adilson Abreu Dallari:

Convite é a modalidade de procedimento licitatório efetuado mediante convocação específica a pessoas determinadas, cuja idoneidade é presumida, e que, sem função da estreiteza do chamamento, exige um mínimo de publicidade indispensável para observância do princípio da isonomia [...].

Entendemos ser indispensável a publicidade também para essa espécie de licitação, não só por se tratar de uma licitação, não só porque a regra geral é a de que os atos da Administração devem em princípio ser públicos, mas, principalmente, porque a falta de publicidade pode efetivamente ensejar a burla aos princípios da igualdade e da isonomia. Com efeito, não havendo um modelo-padrão afixado, nada impede que o administrador inescrupuloso envie cartas diferentes aos convidados, estipulando condições diversas para cada um, com propósitos de favorecimento. As mesmas intenções podem levar o administrador de tal espécie a convidar sempre os mesmos indivíduos, de sorte a permitir a estes até mesmo um conluio para a partilha de contratos, em detrimento da Administração, que, portanto, deve publicar a lista de convidados para ensejar a defesa de seus interesses aos possíveis contratantes eventualmente preteridos (DALLARI, 2003, p. 81-82).

Aliado ao escólio de juristas desse naipe, que indicam pela necessidade de publicação do aviso da licitação na modalidade convite como forma de regularizar o vício de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da publicidade e da isonomia, verifica-se a necessidade da criação de legislação municipal que não ressalve a permissão de se publicar o convite apenas em mural, em louvável aplicação do princípio da legalidade ampla, ou da juridicidade, adequando os procedimentos locais ao conjunto de princípios norteadores da Administração, dentre eles o da efetiva publicidade dos atos administrativos.

A violação ao princípio da publicidade acarreta a nulidade dos atos da licitação e necessidade de sua reiteração. Devem analisar-se os efeitos da ofensa para definir se a licitação pode ser aproveitada ou não. Haverá casos em que a licitação permanecerá íntegra, sendo necessária apenas a repetição de alguns atos. O vício não prejudicará atos pretéritos. Em outras hipóteses, porém, o vício contaminará todo o procedimento, inclusive atos anteriores que, até então, não se encontravam viciados e que haviam sido praticados regularmente. O critério básico para distinguir as duas hipóteses reside na possibilidade, em face da Lei, de pura e simples renovação dos atos que foram reconhecidos como viciados. Assim, a ausência de regular

comunicação aos licitantes sobre o resultado do julgamento é vício que pode ser suprido. Basta renovar a divulgação do resultado. No entanto, o defeito quanto à divulgação das datas para abertura dos envelopes é irreparável. Se inexistiu comunicação regular acerca da data da abertura dos envelopes e, não obstante tal, procedeu-se a esse ato, a licitação está irremediavelmente viciada. Logo, a situação teria de ser reposta no estado anterior. Seria necessário efetivar-se nova convocação para abertura dos envelopes. Porém, como os envelopes já foram abertos, é impossível a renovação do ato. O sigilo já foi quebrado. A proclamação do vício equivale a declarar que o sigilo das propostas foi rompido indevidamente. Logo, a única solução é renovar integralmente o procedimento licitatório, desde seu início (JUSTEN FILHO, 2005, p. 73).

Contudo, a publicação do resumo do edital em jornal é utilizada visando atingir outros interessados que não foram convidados pela administração, buscando ampliar a competitividade para obter a proposta mais vantajosa, um dos princípios da licitação.

Todos os atos e termos pertinentes ao processo licitatório, inclusive as decisões da Administração devidamente motivadas, necessariamente devem ser expostos ao conhecimento de todo e qualquer cidadão (devem ser amplamente divulgados), que interessado se demonstrar querer ser conhecedor. É a transparência para todos, não somente aos que participam do procedimento licitatório, mas certamente, daqueles outros que do procedimento queiram conhecer, ainda que dele não participem (FERREIRA FILHO, 2002, p. 12).

Em ambas as constituições, a constitucionalização dos princípios básicos da Administração Pública tem a mesma finalidade: garantir a honestidade na gerência da *res publicae* e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias (FIGUEIREDO et al, 2002, p. 32).

O princípio da publicidade busca não apenas possibilitar a fiscalização do processo licitatório a qualquer interessado, como também a participação desses. Objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se à universalidade da participação no processo licitatório.

O princípio da publicidade é da essência do Estado Democrático de Direito e inerente ao exercício da função pública. Ora, se o poder estatal é exercido em nome do povo, por meio de uma representatividade, por óbvio, torna-se obrigatória a publicidade de todos os atos deste poder, para que haja um efetivo controle das ações e sejam impostas limitações, no caso de ingerências (BAHENA, 2004, p. 90).

A fiscalização da gerência administrativa e o conseqüente cumprimento do princípio da moralidade pelo princípio da publicidade são evidentes pois, "é graças à publicidade dos atos administrativos que se podem estabelecer mecanismos de controle da gestão pública. Neste sentido, o princípio da publicidade funciona como princípio fiscal da observância dos demais", já que a regra é da ampla publicidade, e a exceção é admitida somente nos limites da norma (BAHENA, 2004, p. 93).

O princípio da publicidade se insere nesse meio como mais um instrumento na busca da probidade administrativa e contribui para o alcance dos objetivos do procedimento licitatório, uma vez que a ampla divulgação do certame possibilita o acesso indistinto de todos os interessados à licitação e, em consequência, contribui para ampliar o universo de propostas.

Sendo o princípio da moralidade informador de toda atividade estatal, é evidente que o vilipêndio da obrigatoriedade da publicidade, excetuados os casos previstos na Constituição e abraçados pelo princípio implícito do sigilo da atividade estatal, pode transmutar-se em imoralidade, devendo ser atacado pela via judiciária (BAHENA, 2004, p. 93).

A publicação na imprensa oficial, bem como, a efetuada em jornal de grande circulação no Estado, ou ainda, se aplicável no Município, não se substituem entre si, ou seja, é necessário que ocorram todas as publicações nos diversos veículos de publicidade, sendo que jamais a publicação em um dos veículos de imprensa, substituirá o outro veículo. A divulgação deve ser a mais eficiente, a mais completa, a mais abrangente, visto que tal proceder permitirá com maior segurança que seja identificada a melhor proposta, o melhor negócio, resultando em maior benefício para a Administração (FERREIRA FILHO, 2002, p. 43).

#### Conforme opinião de Maria Garcia:

a publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização dos serviços e todas as modalidades *ad negotia* dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção ou escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público – a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância (GARCIA, 1995)

Marcelo Figueiredo ilustra a importância desse princípio quando, analisando a corrupção encampada no período ditatorial, afirma que *“o melhor fermento ao ‘caldo da corrupção’ que se conhece, sem dúvida, é a censura”*. Assim é que a publicidade é o veículo pelo qual se fiscalizam a legalidade e a moralidade na administração; sem ela, o agir administrativo não tem validade e legitimidade (BAHENA, 2004, p. 92).

Além do que preceituam os doutrinadores, existe um conflito entre os princípios fundamentais da licitação pública, ressaltando-se que existe a necessidade de ponderação entre eles.

Porém, no contexto da Constituição Federal, são afirmados vários princípios jurídicos, de maior ou menor amplitude e hierarquia, sendo que alguns deles recebem do próprio texto constitucional a qualificação de fundamentais, enquanto outros, ainda que sejam apenas implícitos, têm sua importância decorrente do fato de se relacionarem a pontos estruturais da conformação do Estado brasileiro (FIGUEIREDO et al, 2002, p. 15).

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos) (FIGUEIREDO et all, 2002, p. 16).

(...) Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (FIGUEIREDO et all, 2002, p.17).

Os princípios quando ganham a titularidade de mandados de otimização, admitem um cumprimento gradual de acordo com o caso concreto. Sendo assim, seria uma razão que inclina em diversos caminhos, fazendo surgir variadas sugestões para a resolução de algum problema que porventura possa surgir no mundo jurídico. Segundo leciona Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (2008, p. 90).

Nesse sentido, observa-se que, ao se determinar uma prioridade concreta acerca da utilização de um princípio, o princípio ora recusado, continua a fazer parte do ordenamento jurídico. Esse fenômeno de afastamento momentâneo da aplicação de um princípio ao caso concreto é chamada ponderação. Diferentemente da subsunção, visualizada a partir do conflito entre regras, ocasionando a exclusão de uma regra no caso concreto, reputada como inválida, a ponderação possui a singularidade de equilibrar os entendimentos acerca dos sentidos e cargas axiológicas, determinando-se graus de dimensões valorativas, para a resolução de colisões entre princípios.

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que

conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional (ALEXY, 2008, p. 163-164).

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio, ocasionando, portanto, a densificação da referida norma *in concreto*. Desta forma, a prática da ponderação não gera a desqualificação e não nega a validade de um princípio preterido, mas, tão-somente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso, terá a sua aplicação afastada, não impedindo, portanto, a sua preferência pelo jurista em outra lide.

O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as ideias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as ideias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido (FIGUEIREDO et all, 2002, p. 15-16).

Desta forma, em síntese, conclui-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade surgem na lei da ponderação, como um verdadeiro limite – instrumento de vedação de excessos –, parâmetro para o poder decisório, diante das colisões de princípios, regras e direitos fundamentais no caso concreto, controlando assim, uma possível discricionariedade em extremo, no provimento jurisdicional.

Embora a Lei nº 9.784 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. Essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (DI PIETRO, 2007, p. 201-202).

Subsidiária do exercício da competência discricionária, a **razoabilidade** impõe ao agente o dever de atuar de forma coerente com as exigências das

circunstâncias concretas, quando no exercício de atividades para as quais a lei reservou alguma margem de discricção (BLANCHET, 2006, p. 36).

Semelhante ao princípio da *razoabilidade*, a **proporcionalidade** é condição de validade da atuação administrativa cujo exercício deve observar a necessária proporcionalidade com as peculiaridades da situação concreta a ser atendida. A proporcionalidade não pode ser meramente quantitativa, mas deve ser preservada também em relação aos demais aspectos, especialmente do motivo e da finalidade do ato a ser praticado (BLANCHET, 2006, p. 36).

Portanto, um princípio isoladamente não deve ser levado em consideração de modo a produzir a ineficácia de outro. No caso em tela, o princípio da legalidade aplicado de modo isolado restringiria a competitividade na busca pela maior eficiência, haja vista que com um número maior de participantes no processo licitatório Convite, a chance de uma proposta mais vantajosa torna-se maior.

Analisando a Lei nº 8.666/93 como um todo, vislumbra-se que sua intenção é ampliar a competitividade da maior forma possível possibilitando a participação de todos os eventuais interessados. A luz das regras de interpretação tem-se que levar em consideração o sistema como um todo, não analisar esses princípios de forma isolada. Diante dessa análise observamos que o princípio da legalidade isoladamente não poderá se sobrepor aos demais princípios licitatórios, em especial o da publicidade e da ampla competitividade, de modo a nos levar a conclusão de que seria proibida a publicação.

## 5 CONCLUSÃO

A modalidade convite por ser uma modalidade mais simplificada admite a publicação em local apropriado, ou seja, conforme entendimento do Tribunal de Contas do Estado e da União, em mural público. O princípio da legalidade admite a publicação legal da referida modalidade desta forma. O convite, por ser mais eficiente, mais simplificado, admite que o administrador escolha os participantes do certame, garantindo-se também que o mesmo contrate com empresas que conhece e sabe que garantirão a execução do objeto de forma satisfatória.

Em oposição a esse posicionamento existem aqueles que defendem que por ser público, o aviso do convite deve ser publicado em jornais, para que se garantam os princípios basilares da administração pública, entre eles os da publicidade, da competitividade e da isonomia, em confronto com o estrito princípio da legalidade.

Como se vê o convite não é inconstitucional, sendo que a Lei de Licitações, em seu texto permite a publicação do convite em local apropriado, sendo que se observado esse requisito respeita-se também o princípio da publicidade, elencado no artigo 37 da Constituição.

O que se observa é que se ampliada a publicidade dos avisos das modalidades licitatórias, incluindo-se o convite, amplia-se também a garantia de maior participação de licitantes e em contraponto amplia-se a competitividade e a administração pode conseguir uma proposta mais vantajosa, sendo que este é um dos principais objetivos do procedimento licitatório.

Sugere-se então, que com a velocidade de informações vivenciada nos dias de hoje, que a convite seja publicada na internet, abrindo-se assim a participação de interessados não cadastrados que tenham interesse em participar da licitação, mas não tenham como verificar *in loco* os avisos de convite em todas as Prefeituras, evitando-se também que se repita o convite pelo não comparecimento do número mínimo de convidados.

Como explanado no trabalho, o princípio da publicidade, feito de forma ampla, garante a lisura dos procedimentos e evita a má-fé e a fraude nas licitações públicas, tornando desta forma o processo mais isonômico e transparente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. 2013. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 14 de abril de 2013.

BRASIL, 2013. Lei 8.666/93 de 21 de junho de 1993. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em 07 de abril de 2013.

BRASIL, 2013. Lei 9.784/99 de 09 de janeiro de 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em 07 de abril de 2013.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)**. IN MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação: teoria e prática**. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.

FERREIRA, João Sanches. **Licitação na modalidade convite**. 1 ed. (ano 2001), 5 tir. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA FILHO, Antonio. **Manual de licitações e contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício, NÓBREGA, Marcos. **Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por atos de improbidade. RT, n. 19, p. 124, 1997. (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política).

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública: de acordo com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº 8.883...** São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA, Maria. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MAZZA, Alexandre, ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Prática administrativa**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n. 19/98 (reforma administrativa)** 5 ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Odília Maria Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.