



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**BEATRIZ VERAS AGUIAR**

**O CARÁTER INSTRUMENTAL DA MOTIVAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

**FORTALEZA**

**2013**

**BEATRIZ VERAS AGUIAR**

**O CARÁTER INSTRUMENTAL DA MOTIVAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,  
da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Ceará – UFC, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Professor Orientador: Mestre William Marques  
Paiva Júnior

**FORTALEZA**

**2013**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- A282c Aguiar, Beatriz Veras.  
O caráter instrumental da motivação nas licitações públicas / Beatriz Veras Aguiar. – 2013.  
70 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.  
Área de Concentração: Direito Administrativo.  
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Licitação pública - Brasil. 2. Direito administrativo - Brasil. 3. Transparência na administração pública – Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

**BEATRIZ VERAS AGUIAR**

**O CARÁTER INSTRUMENTAL DA MOTIVAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Esta monografia foi submetida à Coordenação do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, e encontra-se a disposição dos interessados na biblioteca da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que feita de acordo com as normas de ética científica.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

<hr/> <p>Professor Mestre William Paiva Marques Júnior Orientador Universidade Federal do Ceará</p>	Nota  _____
<hr/> <p>Professor Mestre Dimas Macedo Membro da Banca Examinadora Universidade Federal do Ceará</p>	Nota  _____
<hr/> <p>Professor Mestre Yuri Cavalcante Magalhães Membro da Banca Examinadora Universidade Federal do Ceará</p>	Nota  _____

A Deus e a Nossa Senhora, pelo dom da vida.

Aos meus pais, Pedro e Isabel, imprescindíveis em todos os momentos de minha vida.

Aos meus queridos irmãos Carolina e Joaquim.

## **AGRADECIMENTOS**

A DEUS, agradeço pela vida e por me dar forças para continuar minha jornada.

A minha família, por batalharem junto a mim, dia a dia, apoiando e incentivando-me no alcance de novas conquistas e na realização de sonhos.

Ao professor William Marques, meu orientador, pela sabedoria, empenho e sugestões dadas para realização deste trabalho.

Aos professores Yuri Magalhães e Dimas Macedo, por aceitarem o convite de participar da banca examinadora e contribuírem de forma valiosa para conclusão deste trabalho.

Aos meus colegas e funcionários da Faculdade de Direito pelo prazeroso convívio nestes últimos cinco anos.

## RESUMO

Visando atribuir transparência às contratações públicas e inibir práticas desvirtuadas do interesse coletivo, destaca-se a necessidade de motivar os atos licitatórios, mediante indicação clara dos fatos e dos fundamentos jurídicos. O objetivo geral deste trabalho é analisar a instrumentalidade da motivação nas licitações públicas. O tema: “O Caráter Instrumental da Motivação nas Licitações Públicas” está inserido no campo do Direito Administrativo. Quanto à metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica, por meio de consulta às legislações correlacionadas ao tema, jurisprudências, trabalhos acadêmicos e principais doutrinas existentes, mediante abordagem qualitativa e objetivo exploratório. Concluiu-se que a motivação é instrumento indispensável à validade dos atos licitatórios, uma vez que é corolário do Estado Democrático de Direito, e que sua ausência, insuficiência ou intempestividade consubstancia vício, capaz de ensejar a nulidade do ato. Este estudo mostrou-se importante como meio de advertência aos gestores públicos acerca da necessidade de motivar os atos que compõem os procedimentos licitatórios, bem como das consequências de sua deficiência. Demonstrou-se, ainda, útil à conscientização da sociedade de que a fundamentação consiste em ferramenta de resguardo dos interesses públicos e privados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentação; Instrumentalidade; Licitação Pública; Motivação; Princípios Licitatórios.

## **ABSTRACT**

Aiming assign transparency to public contracting and inhibit practices undermined the collective interest, it needs to motivate the bidding acts, with clear indication of the facts and legal grounds. The aim of this study is to analyze the instrumentality of the motivation for public biddings. The theme: "The Instrumental Character of the Motivation in Public Bidding" is inserted in the field of the Administrative Law. Regarding the methodology, bibliographic search was done by consultation with the laws correlated to the theme, jurisprudences, academic papers and main doctrines, by qualitative approach and exploratory objective. It was concluded that the motivation is an essential tool to the validity of the bidding acts, because it is a corollary of the Democratic Rule of Law, and his absence, insufficiency or untimeliness constitutes addiction, able to entail the nullity of the act. This was important to warn the public managers about the need to motivate bidding acts and the consequences of their deficit. It was demonstrated also useful to society awareness of the motivation is a tool to guard the public and private interests.

**KEYWORDS:** Justification; Instrumentality; Bidding; Motivation; Bidding Principles.

## **LISTA DE SIGLAS**

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Noções Gerais de Licitação Pública.....	13
2.1 Conceito.....	13
2.2 Evolução Histórica no Brasil.....	14
2.3 Objeto.....	16
2.4 Modalidades.....	17
2.5 Tipos de Licitação.....	24
2.6 Obrigatoriedade de Licitação.....	25
2.7 Inexigibilidade e Dispensa de Licitação.....	27
3. Princípios Licitatórios.....	30
3.1 Princípio da Legalidade.....	30
3.2 Princípio da Impessoalidade.....	32
3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa.....	33
3.4 Princípio da Igualdade.....	35
3.5 Princípio da Publicidade.....	37
3.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	40
3.7 Princípio do Julgamento Objetivo.....	43
3.8 Princípio da Motivação.....	45
4. O Caráter Instrumental da Motivação nas Licitações Públicas.....	48
5. Considerações Finais.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública é dotada de prerrogativas, as quais colocam-na em posição superior em relação a terceiros. Entretanto, visando-se resguardar o interesse público, incide sobre ela, também, uma série de limitações à sua atuação, das quais se erguem inúmeras formalidades.

No âmbito dos contatos administrativos não é diferente. Assim, o instituto da licitação existe no Direito Administrativo com o intuito de impor limites, bem como formalidades às contratações públicas, evitando-se, com isso, a livre discricionariedade dos gestores públicos.

Dessa feita, possui objetivos, os quais se encontram prescritos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e que se consubstanciam em garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A partir destes, infere-se a extrema importância das licitações nas contratações públicas, uma vez que confere imparcialidade à disputa, bem como permite à Administração Pública realizar a contratação que melhor atenda ao interesse público.

Por sua vez, para alcançar seu fim, deve o instituto em comento respeitar uma série de princípios, os quais se apresentam de forma expressa ou implícita na legislação.

Entretanto, a desobediência a esses princípios licitatórios por parte dos gestores públicos é ainda um fato bastante recorrente no âmbito da Administração Pública, indo tal descumprimento de encontro ao interesse coletivo, de modo a gerar eventuais efeitos negativos à sociedade.

Tem-se como exemplo dos problemas que podem ser gerados pela inobservância dos princípios licitatórios as fraudes, os desvios de recursos públicos e os abusos e excessos de poder por parte dos gestores, os quais provocam evasão no erário público, bem como afetam o desenvolvimento nacional.

Assim, visando dar transparência às contratações públicas e inibir práticas desvirtuadas do interesse coletivo, destaca-se a necessidade de motivar os atos administrativos, mediante indicação clara dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

Nesse contexto, levantou-se o seguinte problema de pesquisa: qual a relevância do Princípio da Motivação como instrumento a ser utilizado no contexto das Licitações Públicas a fim de que esta atinja seu escopo?

O objetivo geral deste trabalho é analisar o caráter instrumental da motivação nas licitações públicas. Por sua vez, os objetivos específicos consubstanciam-se em:

- Apresentar as bases teóricas relacionadas ao instituto da Licitação Pública;
- Discorrer sobre os Princípios Licitatórios Explícitos, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo;
- Discutir acerca do Princípio Administrativo da Motivação na Licitação Pública;
- Analisar a obrigatoriedade de obediência ao princípio administrativo da motivação por parte do gestor público na condução dos certames licitatórios, e o seu caráter instrumental à construção do ato.

No que concerne à metodologia utilizada, a pesquisa terá objetivo exploratório, pois será estudado o caráter instrumental da motivação nas licitações públicas, no intuito de aprofundar as ideias acerca do tema em análise.

A abordagem será qualitativa, pois buscará explorar o estudo do assunto, objetivando aprofundar e compreender melhor o contexto do problema.

Para tal, será realizada pesquisa bibliográfica, mediante consulta das legislações correlacionadas ao tema, jurisprudências, trabalhos acadêmicos e principais doutrinas existentes, a fim de que se tome conhecimento de material relevante acerca do assunto em estudo, com o escopo de gerar uma nova abordagem sobre o assunto e de se chegar a novas conclusões que sirvam de fundamentação para vindouras

pesquisas na área.

## 2 NOÇÕES GERAIS DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Nesta seção serão abordados os aspectos gerais relevantes acerca da temática do instituto da licitação pública no Brasil. Dar-se-á ênfase, respectivamente, ao seu conceito, evolução Histórica no Brasil, objeto, modalidades, tipos e obrigatoriedade, bem como aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

### 2.1 Conceito

Segundo Meirelles (2010, p. 281), licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública busca selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, desenvolvendo-se por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes.

Na mesma linha, Di Pietro (2012, p. 368), utilizando-se parcialmente do conceito formulado por José Roberto Dromi (1975:1992), define licitação como:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

A autora formula, ainda, outro conceito a partir dos objetivos da licitação, dispostos no art. 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública:

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

Assim, nas palavras de Di Pietro (2012, p. 369), “licitação é o procedimento prévio à celebração de contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes”.

Já o autor Mello (2012, p. 532) elabora a seguinte definição:

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

Por sua vez, o Niebuhr (2012, p.33), leciona o instituto da seguinte forma:

Nesse passo, licitação pública é procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público.

Note-se que a licitação pública é uma espécie de limitação à atuação da Administração Pública, impondo-lhe rigores mais estreitos do que aqueles a que se sujeitam os particulares. Ora, afora a Administração Pública, em regra, quem quer contratar não está obrigado a realizar procedimento algum, bastando escolher, com absoluta liberdade, com quem contratar, desde que este também o queira.

A licitação pública é levada à cabo para assegurar que todos os possíveis interessados em celebrar o contrato administrativo sejam tratados com igualdade, prestigiando o fundamental princípio da isonomia.

Dessa feita, a partir das definições supratranscritas, pode-se entender a licitação pública, de um modo geral, como o conjunto de procedimentos administrativos ordenados, vinculados e anteriores à celebração de um contrato público, os quais tem como finalidade a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse coletivo, bem como proporcionar uma concorrência isonômica às empresas participantes.

## **2.2 Evolução Histórica no Brasil**

O instituto da licitação surgiu no Direito Brasileiro com o Decreto Lei nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Sendo conveniente estabelecer regras e clausulas geraes para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, Hei por bem, na fórmula do art. 30 do Regulamento do Corpo de Engenheiros civis creado pelo Decreto nº 2.922 de 10 de Maio do corrente anno, approvar o Regulamento, que com este baixa, assignado por Manoel Felizardo de Souza e Mello, Conselheiro de Estado, e Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, que assim o tenha entendido e faça executar. (BRASIL, 1862)

Posteriormente, trataram também do assunto o art. 54 da Lei Orçamentária nº 2.221, de 06 de dezembro de 1909; o art. 170 da Lei nº 3.232, de 05 de janeiro de 1917; o art. 73, da Lei nº 3.991, de 05 de janeiro de 1920; e o art. 87, do Decreto nº

4.555, de 10 de agosto de 1922.

Entretanto, este instituto, apenas recebeu sistematização de caráter nacional com o Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, por meio dos arts. 125 a 144, que disciplinaram a reforma administrativa federal. Posteriormente, a Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968, estendeu a aplicação de tais disposições as Administrações dos Estados e dos Municípios.

Já o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, foi o primeiro a regulamentar a licitação de um modo global, estabelecendo normas gerais, especiais, cogentes e incidentes sobre a Administração Pública Federal, estendendo, por meio de seu art. 85, a aplicação de suas normas gerais aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.

(...)

Art. 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei. Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo e no artigo seguinte não poderão ampliar os casos de dispensa de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para convite, tomada de preços e concorrência.

Este foi posteriormente revogado, encontrando-se, atualmente, em vigor a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Esta, desde sua vigência, passou por diversas alterações, ao longo do tempo, por meio das Leis nºs 8.883, de 08 de junho de 1994; 9.648, de 27 de maio de 1998; 9.854, de 27 de outubro de 1999; 10.438, de 24 de abril de 2002; 10.973, de 02 de dezembro de 2004; 11.079, de 30 de dezembro de 2004; 11.107, de 06 de abril de 2005; 11.196, de 21 de novembro de 2005; 11.445, de 05 de janeiro de 2007; 11.481, de 31 de maio de 2007; 11.484, de 31 de maio de 2007; e Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, convertida posteriormente nas Leis nºs 12.349/10 e 12.440/11.

Destaque-se que, conforme leciona Di Pietro (2012, p. 369), na constituição de 1967, não havia norma expressa que estabelecesse a competência para legislar

sobre assuntos referentes à licitação. Tal fato deu aso ao surgimento de duas correntes doutrinárias. A primeira defendia que licitação era matéria de direito financeiro, o qual cabia à União legislar sobre normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas. Já a segunda corrente, classificava o instituto em comento como matéria de direito administrativo, cuja competência legislativa correspondia a cada unidade federativa.

Ainda de acordo com a referida autora, com o advento da Constituição de 1988, pôs-se fim a esta divergência, uma vez que, em seu art. 22, XXVII, atribuiu-se competência privativa à União para legislar acerca de “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”, bem como normatizou-se nos arts. 24, § 2º, e 30, II, respectivamente, a competência legislativa suplementar dos Estados e Municípios.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou o texto do citado art. 22, XXVII, da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
(...)

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

Assim, o referido dispositivo normativo permanece hodiernamente com esta última redação.

### **2.3 Objeto**

Conforme ensinamento de Meirelles (2010, p. 287), o objeto da licitação pública confunde-se com o objeto do contrato e consiste em obra, serviço, alienação, compra, concessão, permissão e locação a serem contratadas com o particular vencedor do certame, sendo a finalidade precípua da licitação a obtenção do objeto nas melhores condições para a Administração Pública.

Já para Carvalho Filho (2012, p. 240), o objeto do procedimento licitatório

possui duas facetas: o objeto mediato e o objeto imediato.

O objeto mediato “consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal”.

Por sua vez, o objeto imediato consiste na seleção da proposta que atenda melhor aos interesses da Administração, correspondendo, assim, como se observa, ao que Meirelles definiu como finalidade precípua da licitação.

Dessa feita, o objeto da licitação deverá estar claramente definido no instrumento convocatório, nos termos do art. 40, I, da Lei nº 8.666/93, possibilitando, com isso, um julgamento justo das propostas, bem como o fiel atendimento à necessidade da Administração Pública.

Art. 40 - O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:  
I- objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

Meirelles (2010, p. 287) defende, ainda, que a licitação a qual inexista caracterização de seu objeto em edital ou convite, será considerada nula, uma vez que obsta a apresentação de propostas, bem como compromete a honradez da escolha e execução do contrato respectivo.

## **2.4 Modalidades**

Como já se viu, licitação é uma série de atos administrativos sucessivos, os quais devem ser devidamente cumpridos, objetivando a legitimação das contratações. Assim, estes atos representam uma série de formalidades as quais a Administração Pública encontra-se obrigada.

Os diversos tipos de contratos, por sua vez, necessitam de formalidades distintas, adequadas e relacionadas à natureza e importância do objeto daquele.

Nesse diapasão, o legislador prevê expressamente sete modalidades de licitação, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão,

pregão e pregão eletrônico, cada qual relacionada a determinado tipo de objeto contratual.

Estas modalidades não podem ser combinadas entre si, tampouco a Administração Pública tem discricionariedade para criar outras, conforme se depreende do art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 22

(...)

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

Conforme dispõe Carvalho Filho (2012, p. 270), a concorrência, a tomada de preços e o convite possuem o mesmo objetivo, que consiste na contratação de obras, serviços e compras. Possuem também, valores limites distintos, um para obras e serviços de engenharia e outro para compras e serviços, conforme prevê o art. 23, da Lei nº 8.666/93:

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 R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

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

(...)

§ 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.

Segundo preleciona Alexandrino e Paulo (2008, p. 545), embora a lei não preveja expressamente, há uma hierarquia entre tais modalidades licitatórias decorrente do art. 23, § 4º, da Lei de Licitação, o qual prescreve que “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”. Assim, quando for possível a adoção da modalidade convite, será possível, de forma alternativa, utilizar a tomada de preços ou concorrência, bem como, quando for possível usar a modalidade de tomada de preços, será possível utilizar alternativamente a concorrência.

A concorrência destina-se às contratações de grande vulto, por isso, exige maior rigor formal em seu procedimento, bem como maior divulgação. Dela podem participar quaisquer interessados que demonstrem cumprir os requisitos mínimos de qualificação presentes no instrumento convocatório, segundo dispõe o art. 22, § 1º, do Estatuto:

Art. 22

(...)

§ 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.

Assim, Meirelles (2010, p. 327) define a referida modalidade nos seguintes termos:

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.

Além daquelas elencadas no art. 23, da Lei 8.666/93, existem outras situações que exigem obrigatoriamente a adoção da modalidade concorrência, as quais tomam por base a natureza do contrato a ser celebrado, independente de seu valor.

É o caso, conforme elenca Di Pietro (2012, p. 404) da celebração dos contratos de: compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o valor, ressalvando o disposto no artigo 19, que admite concorrência ou leilão para alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (art. 23, § 3º, da Lei 8.666/93); concessões de direito real de uso (art. 23, § 3º, da Lei 8.666/93); licitações internacionais, com ressalva para a tomada de preços e para o convite, na hipótese do art. 23, § 3º, da Lei 8.666/93; alienação de bens imóveis de valor superior ao previsto no art. 23, II, b, do Estatuto (art. 17, § 6º, da Lei 8.666/93); registro de preços (art. 15, § 3º, I, da Lei 8.666/93), ressalvada a possibilidade de utilização do pregão, conforme os arts. 11 e 12 da Lei nº 10.520/2002; concessão de serviço público (art. 2º, II, da Lei 8.987/95); parcerias público-privadas, tanto na modalidade patrocinada quanto na concessão administrativa (art. 10, da Lei nº 11.079/2004).

Por sua vez, a tomada de preços tem sua definição proveniente do art. 22, § 2º, da Lei licitatória, o qual dispõe:

§ 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.

A partir do dispositivo supra, infere-se que a tomada de preços tem como característica a habilitação prévia dos concorrentes, diferentemente da concorrência, na qual a habilitação consiste em fase autônoma de cada certame licitatório.

Assim, Meirelles (2010, p. 333) discorre acerca do assunto:

O que caracteriza e distingue da concorrência é a existência de habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados e, se for o caso, se estes possuem a real capacidade operativa e financeira exigida no edital.

Segundo entendimento doutrinário, dentre os quais Mello (2010, p. 573), Carvalho Filho (2012, p. 272) e Alexandrino e Paulo (2008, p. 546), esta modalidade destina-se às contratações de vulto médio, ou seja, de valores menores ao exigidos pela concorrência, porém maiores àqueles aos quais se destinam o convite.

A tomada de preço, em decorrência do exposto acima, é menos formal que a concorrência, com divulgação menos ampla e com prazos de publicidade menores (art. 21, § 2º, II, “b”, e III, da Lei nº 8.666/93).

Quanto ao convite, esta é a modalidade com procedimentos mais simples entre as já citadas e destina-se às contratações de pequeno valor.

De acordo com o art. 22, § 3º, da Lei de licitações, o convite consiste em:

§ 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.

O instrumento convocatório desta modalidade é a carta-convite, a qual deve ser enviada diretamente aos interessados.

Apesar da delimitação do número mínimo de 03 convidados imposta pelo dispositivo supra, a lei licitatória, no art. 22, § 7º, prevê a possibilidade de que o instrumento convocatório seja enviado, excepcionalmente, para um número menor de interessados no seguinte caso:

§ 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.

Já o Concurso é a modalidade licitatória entre quaisquer interessados destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, nos termos dos critérios presentes no edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 22, § 4º, Lei nº 8.666/93).

Este deve ser precedido de regulamento próprio, nos termos do art. 52, da Lei nº 8.666/93, bem como possui procedimento diverso, no qual o julgamento dos licitantes será feito por uma comissão especial, constituída por pessoas de renomado conhecimento acerca da matéria em exame e de reputação ilibada, sejam servidores públicos ou não, conforme reza o art. 51, § 5º, da mesma lei.

Quanto ao leilão, de acordo com o art. 22, § 5º, da Lei de Licitações, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis sem serventia para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19<sup>1</sup>, a quem oferecer o lance maior, igual ou superior ao valor da avaliação.

Este independe de habilitação prévia, devendo o bem objeto de leilão ser

---

1 Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

previamente avaliado, com fixação de valor de arrematação mínimo, nos termos do art. 53, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Os lances, por sua vez, são feitos de forma oral, sendo a venda feita a vista, ou a curto prazo, com entrega imediata do produto, nos termos do § 2º, do art. 53, da referida lei.

Segundo Meirelles, existem dois tipos de leilão na Administração Pública. O primeiro, denominado leilão comum, é realizado por leiloeiro e é regido pela legislação federal pertinente (Decretos 21.981/32 e 22.427/33), podendo as condições de sua realização ser estabelecidas pela Administração Pública interessada. O segundo corresponde ao leilão administrativo propriamente dito, o qual deve ser realizado para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários, ou nas repartições públicas em geral, observadas as normas regulamentares da Administração interessada.

O pregão, por sua vez, é modalidade que, diferentemente das já analisadas, não está prevista na Lei de Licitações.

Esta modalidade, segundo Niebuhr (2012, p.190) foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para ser aplicada somente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Assim, somente passou a abranger a Administração Pública federal quando instituída a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000.

Posteriormente, a referida medida provisória converteu-se na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, estendendo, assim, a possibilidade de utilização do pregão aos demais entes federativos.

Desta feita, Alexandrino e Paulo (2008, p. 549) prelecionam que, hoje, possuímos duas leis que veiculam normas gerais em matérias de licitações públicas, quais sejam, as Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002, que acrescenta normas à primeira.

O pregão tem sua delimitação extraída a partir do art. 1º da Lei nº 10.520/2002:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.  
 Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.(grifo nosso)

Dessa forma, o pregão é modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, os quais devem ser entendidos como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Esta modalidade, conforme se extrai do artigo supra, não é obrigatória, tampouco substitui as demais, uma vez que é facultativa. Ademais, segundo defendido amplamente pela doutrina, pode ser utilizada para contratações de qualquer valor.

Segundo ensinamentos de Alexandrino e Paulo (2008, p. 549), o pregão traz uma série de vantagens para a Administração contratante. Por ser considerada uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilita uma maior celeridade nas contratações, bem como tende a tornar o valor final dos contratos mais vantajoso à Administração Pública, utilizando-se, pois, do tipo licitatório menor preço (art. 4º, X, da Lei no 10.520/95).

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520/02 prevê, ainda, a modalidade de pregão na forma eletrônica, a qual encontra-se regulamentada no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005:

Art. 2º  
 (...)  
 § 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

O pregão eletrônico destina-se às contratações de bens e serviços comuns por parte dos órgãos da administração pública federal direta, dos fundos especiais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, conforme art. 1º, do Decreto nº 5.450/05:

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Esta modalidade distingue-se do pregão comum, pois apenas será realizada quando a licitação for feita à distância em sessão pública, consoante se infere do art. 2º, caput, do nº Decreto nº 5.450/05:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

Por sua vez, prevê o art. 3º, do decreto em comento, que a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica, deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico.

## 2.5 Tipos de Licitação

A doutrina acerca do assunto costuma diferenciar tipos e modalidades de licitação para que se evite cizânias. Assim, segundo Furtado (2012, p 455), a modalidade de licitação indica o procedimento a ser seguido pelo gestor na condução do certame, enquanto tipo de licitação faz alusão ao critério utilizado para julgamento das propostas apresentadas.

Dessa feita, são quatro os tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, os quais se encontram previstos no art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Art. 45

(...)

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, **exceto na modalidade concurso**:

I - a de **menor preço** - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de **melhor técnica**;

III - a de **técnica e preço**;

IV - a de **maior lance ou oferta** - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (grifo nosso)

Estes são *numerus clausus*, ou seja, a Administração, quando proceder o julgamento, deve adotar um desses tipos, não tendo discricionariedade para criar

outros. Além disso, conforme se observa, os mencionados tipos licitatórios não se aplicam na modalidade de licitação concurso.

Ainda de acordo com Furtado, têm-se três tipos comuns de licitação, os quais correspondem aos incisos I a III do dispositivo supra. A regra geral é a adoção do tipo menor preço.

Por isso, o art. 46 da lei licitatória estabelece que “os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual”.

O tipo de maior lance ou oferta somente poderá ser adotado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

## **2.6 Obrigatoriedade de Licitação**

A regra geral no ordenamento jurídico pátrio é a obrigatoriedade de licitação prévia às contratações por parte da Administração Pública, sendo este um dever constitucional como se depreende do art. 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37

(...)

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

Como já visto no tópico 2.3, destinado à análise e delimitação do objeto da licitação, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, exige licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras alienações, concessões, permissões e locações.

Por sua vez, o art. 1º, parágrafo único, da referida lei, delimita os órgãos os quais estão obrigados a licitar previamente à realização de contratos, dispondo, assim, da seguinte forma:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades

controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O art. 119 do Estatuto prevê ainda que as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, bem como entidades direta ou indiretamente controladas pelas pessoas jurídicas de capacidade política, editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Conforme levanta Mello (2012, p. 549), questão de destaque é a sujeição ou não das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica à obrigação de licitar.

Tal questão provém da previsão do inciso II, do § 1º, do art. 173, da Constituição Federal, segundo o qual lei própria estabelecerá o estatuto jurídico das entidades referidas acima, que disporá sobre a sujeição destas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

De acordo com o referido autor, tais entidades estão, sim, obrigadas ao dever de licitar, uma vez que, em diversos artigos constitutivos da Constituição Federal, encontram-se presentes normas que impõem a todas as entidades da Administração Pública indireta, sem distinguir se são ou não exploradoras de atividade econômica, regramento diverso daquele destinado às empresas privadas, sem, contudo, tirar a validade do inciso II, do § 1º, do art. 173, da Constituição. É o caso, pois, do já citado art. 37, XXI, da Constituição.

No entanto, Mello (2012, p.550) dispõe:

Entretanto será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isso ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e é evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com as exigências de atividade negocial que lhe é pertinente.

Assim, em diversas situações, a licitação será incompatível com o objetivo dessas entidades, sendo, portanto, nesses casos, inexigível a realização do certame. Porém, quando não houver tal incompatibilidade, devem as mesmas, obrigatoriamente, utilizar-se da licitação para a escolha de suas contratações.

## **2.7 Inexigibilidade e Dispensa de Licitação**

Apesar da exigência constitucional de licitar, imposta pelo art. 37, XXI, tal dispositivo, ao declarar “ressalvados os casos especificados em lei”, abre margem para que sejam criadas, por legislação complementar, hipóteses em que essa obrigatoriedade é mitigada.

Assim, existem duas hipóteses em que a Administração não é obrigada a licitar, quais sejam, a inexigibilidade e a dispensa.

A primeira configura-se sempre que houver impossibilidade jurídica de competição, decorrente da singularidade de objeto ou licitante que preencha as necessidades da Administração Pública, o que torna a licitação inviável, haja vista que conforme afirma Mello (2012, p. 550), é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Assim, consiste em uma decisão vinculada a não realização de licitação em função de sua inexigibilidade.

Isso posto, o art. 25, da Lei nº 8.666/93, elenca algumas hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, sem, entretanto, ser taxativo, o que possibilita o surgimento de novas situações no caso concreto.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo

conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Já na dispensa de licitação, há possibilidade jurídica de competição, entretanto, a lei autoriza a contratação direta ou prevê a não realização do procedimento licitatório, sendo, portanto, uma decisão discricionária. As hipóteses de dispensa, diferentemente da inexigibilidade, encontram-se previstas de forma taxativa na legislação, não sendo admitidas, pois, outras situações senão as elencadas na lei.

Dessa feita, autores renomados, como Mello, Furtado, Meirelles, Alexandrino e Paulo, entre outros, defendem que, segundo a própria lei, existem duas modalidades de dispensa de licitação.

A primeira corresponde à licitação dispensável, que abrange os casos em que a lei autoriza a Administração Pública a não realizar procedimento licitatório, conforme critérios de conveniência e oportunidade, sendo, portanto, tal dispensa ato administrativo discricionário.

As hipóteses de licitação dispensável encontram-se elencadas no art. 24 da Lei nº 8.666/93 e no art. 32 da Lei nº 9.074/95, as quais, conforme afirma Di Pietro (2012, p. 391) podem ser divididas em quatro categorias: em razão do pequeno valor, em razão de situações excepcionais; em razão do objeto; e em razão da pessoa.

Por sua vez, a licitação dispensada consiste naquela em que o certame é juridicamente possível, entretanto a própria Lei, expressa e diretamente, dispensa sua realização. Nesses casos não há discricionariedade administrativa, pois a própria legislação determina obrigatoriamente a dispensa. Esta decorre do art. 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93.

Finalmente, ressalte-se que, conforme dispõe o art. 26, da Lei nº 8.666/93, em todos os casos de inexigibilidade, bem como alguns de dispensa de licitação (art. 17, §§ 2º e 4º, e art. 24, inciso III e seguintes, da Lei nº 8.666/93), a legislação exige a

motivação expressa das decisões.

### **3 PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS**

O presente capítulo tem como escopo principal um breve estudo doutrinário acerca dos princípios administrativos aplicáveis às licitações públicas.

Segundo Ávila (2006, p. 64), os princípios são os alicerces ou pilares do ordenamento jurídico, os quais remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados, tendo em vista que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva.

Assim, a partir do conceito exposto, infere-se a importância do estudo dos princípios licitatórios, uma vez que estes se demonstram essenciais à compreensão da licitação e de suas regras.

A doutrina acerca da matéria não é uniforme na delimitação dos princípios licitatórios. Dessa forma, o presente estudo dará enfoque à análise dos princípios previstos expressamente no art. 3º, da Lei n 8.666/93, quais sejam, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como do princípio da motivação.

#### **3.1 Princípio da Legalidade**

O princípio constitucional da legalidade, segundo Di Pietro (2012, p. 64) “nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”.

Ele também consiste no alicerce do regime jurídico da Administração Pública, uma vez que evidencia a subordinação da atividade administrativa à lei.

Segundo este princípio, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, diferentemente do particular, que, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição, tem direito e liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei permite, não atuando, pois, com liberdade para a consecução de seus objetivos.

Corroborando tal entendimento, Meirelles (2010, p. 89) doutrina:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

A legalidade é de suma importância em matéria de licitação pública, uma vez que esta constitui procedimento inteiramente vinculado à previsão legal, estando suas fases disciplinadas na Lei nº 8.666/93. Assim, Carvalho Filho (2012, p. 242) discorre:

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

No mesmo sentido, Justen Filho (2012, p.72) preleciona:

No âmbito da licitação, o princípio da legalidade significa ser vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa. As normas constitucionais e legais estabelecem um quadro, o qual delimita a competência da autoridade. Portanto, a validade de qualquer decisão da Administração dependerá não apenas de sua compatibilidade com a ordem jurídica, mas de uma autorização legislativa específica (ainda que implícita).

Ainda, segundo Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

A administração pública submete-se de forma rigorosa ao princípio da legalidade administrativa, não lhe sendo lícito entabular contrato administrativo sem observância das normas legais pertinentes com o objetivo dessa contratação, sob pena, inclusive de nulidade de contrato. (STJ, Segunda Turma, Processo nº 2005/0109253-8, Resp. nº 769.878/MG, Relatora Eliana Calmon, Julg.: 06/09/2007, Pub.: 26/09/2007).

Entretanto, Furtado (2012, p. 341) adverte que o princípio em tela não deve ser confundido com a interpretação rigorosa e literal daquilo que a legislação de licitações e contratos dispõe, visto que pode acarretar um formalismo exacerbado, o qual prejudicaria o processamento dos certames e contratações públicas.

Por sua vez, o *caput*, do art. 4º, da Lei nº 8.666, assegura a todos os licitantes o direito público subjetivo ao exato cumprimento do procedimento previsto na lei de licitações:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Assim, qualquer licitante que se sinta lesado pela inobservância do princípio da legalidade pode impugnar judicialmente o procedimento.

### **3.2 Princípio da Impessoalidade**

Não há na doutrina uma definição unânime deste princípio. Por exemplo, Para Di Pietro (2012, p. 68) tal princípio tem duas vertentes. Uma tem estreita relação com a própria Administração Pública, na qual os atos administrativos são imputados não ao agente público que os pratica, mas ao órgão ao qual estão vinculados. Já na segunda, tal princípio tem relação com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa, sendo esta vertente a mais utilizada.

No âmbito da licitação, para a maioria dos doutrinadores, dentre os quais Di Pietro (2012, p. 379), a impessoalidade tem estreito vínculo com a isonomia e a objetividade do julgamento:

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.

Por sua vez, Justen Filho (2012, p. 75) define a impessoalidade com as seguintes palavras:

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório. O resultado do certame não pode fundar-se em características pessoais dos licitantes, a não ser que tais atributos tenham sido indicados na lei ou no ato convocatório como causa jurídica para um certo resultado.

Em outra obra, o referido autor aduz, ainda, do princípio em análise da seguinte forma:

A impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em

caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a decisão a independe da identificação do julgador. (Justen Filho, 2012, p.446)

Como se vê, o citado autor vincula, ainda, a impessoalidade à moralidade. Carvalho Filho (2012, p. 342) também defende esta ligação, uma vez que, segundo seus dizeres, se pessoas com situação igual são tratadas de forma distinta e, conseqüentemente, de modo não impessoal, tal conduta, ao mesmo tempo estaria sendo imoral.

Destarte, diante do exposto, pode-se concluir que o princípio em comento obsta que critérios subjetivos e anti-isonômicos influam na escolha do contratado, atribuindo, pois, uma condição mais justa ao certame licitatório.

### **3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa**

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, ao dispor acerca dos princípios que norteiam a licitação pública, menciona tanto o princípio da moralidade quanto o da probidade administrativa, o que nos levaria a pensar que seriam dois princípios distintos. Entretanto, predomina entre os doutrinadores o entendimento de que ambos possuem o mesmo sentido, um abrangendo o outro. Assim, nos dizeres de Justen Filho (2012, p. 76):

Ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a “moralidade” abarcaria a “probidade”. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos qualitativamente diversos, mesmo que se possa reconhecer que a moralidade apresenta âmbito de abrangência mais amplo.

Já Di Pietro (2012, p. 380) justifica a diferenciação de denominação nos seguintes termos:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não observados pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos este tipo de

infração.

Independente da terminologia que se utilize, tal princípio tem por base a ideia de honestidade nos atos e procedimentos, visando, pois, um melhor atendimento ao interesse público. Assim, Justen Filho (2012, p.76) explica que, a partir da positivação do princípio da moralidade: “Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse coletivo acima do interesse egoístico da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração”.

Corroborando tal entendimento, Niebuhr (2012, p. 45) explica que a moralidade está relacionada aos padrões morais impostos pela sociedade, bem como destaca a relação entre o referido princípio e a legalidade:

O princípio da moralidade relaciona-se aos padrões morais, isto é, aos comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade. A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.

Dessa forma, não basta apenas o comportamento ser lícito, tem de estar de acordo, ainda, com a moral, os bons costumes, o senso comum de honestidade, os princípios de justiça e de equidade.

Nesse diapasão, Justen Filho (2012, p.76) ressalta a invalidade dos atos amorais ao discorrer que: “A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”, implicando, pois, a nulidade do ato ou procedimento.

Ressalte-se que o princípio de moralidade rege não apenas à conduta do agente administrativo, mas também à dos próprios licitantes. Nesse sentido, Furtado (2012, p. 343) dispõe:

A moralidade vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares que participam do processo de contratação. É a moralidade que deve impedir, por exemplo, a realização de conluio entre os licitantes ou a

contratação de empresas de parentes dos administradores, ainda que trate de hipótese de contratação direta prevista em lei.

Destarte, em suma, de acordo com a moralidade, administradores e licitantes não devem praticar atos que visem atender apenas interesse próprio ou de terceiros, mas sim o interesse público.

### 3.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, é um dos alicerces do Estado de Direito. No que tange às licitações públicas, este se encontra previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, vejamos:

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

Assim, o referido princípio tem extrema importância para as licitações, uma vez que assegura aos licitantes direitos iguais, auferindo, pois, tratamento idêntico a todos, sem concessão de vantagens a nenhum concorrente. Carvalho Filho (2012, p. 242), ao dispor nesse sentido acerca do princípio da isonomia, ressalta ainda seu vínculo com a impessoalidade das condutas administrativas:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

Por sua vez, Meirelles (2010, p. 283), na busca de conceituar o princípio igualitário, vai além ao declarar que todos os demais princípios decorrem deste:

A igualdade entre licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade.

A partir da citação acima, pode-se extrair outro ponto a ser destacado acerca do significado do termo igualdade. Segundo entendimento doutrinário dominante, a

isonomia não significa atribuir tratamento igual a todos indistintamente, mas sim, tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Ressalte-se que o Tribunal de Contas da União (TCU), inclusive, já se posicionou no sentido de que a isonomia conferida durante determinado certame licitatório contribui diretamente para a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, a saber:

Atente para a necessária observância de princípios fundamentais da licitação, em especial da igualdade e impessoalidade, a fim de garantir, também, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, e impedir a desclassificação de empresas que atendam às exigências contidas no Edital de Licitação relativas à especificação do objeto licitado. (TCU, Plenário, Processo nº 001.350/2001-1, Acórdão Nº 369/2005, Relator Ministro Benjamin Zymler, Julg.: 06/04/2005, Pub.: 18/04/2005)

O princípio em comento, além de previsto no caput do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, encontra-se presente também no § 1º do mesmo artigo:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

É aplicado, ainda, em diversos outros pontos abordados pela Lei nº 8.666/93, sintetizados por Di Pietro (2012, p.374):

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revela em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93; no artigo 30, § 5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, procura-se estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”; pelo § 3º do artigo 42, “as garantias de pagamento

ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; pelo § 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão crescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”; e, pelo § 6º, “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

A referida lei, entretanto, estabelece exceções ao princípio da igualdade a serem utilizadas, por exemplo, quando for pertinente ao objeto do contrato ou para critérios de desempate, entre outras situações.

### **3.5 Princípio da Publicidade**

Publicizar significa expor a conhecimento do público. Assim, na licitação, o princípio da publicidade possui duas vertentes. Este tem a função de garantir a todos os interessados a possibilidade de participação no disputa, bem como de fiscalização dos atos e procedimentos licitatórios.

Destarte, Justen Filho (2012, p. 446) ressalta este entendimento da seguinte forma:

A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia 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.

Assim, a publicidade visa conferir transparência à atuação estatal, bem como serve de instrumento de participação democrática na formação da vontade estatal, conforme defende o mesmo autor:

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

A publicidade é uma decorrência inafastável da concepção democrática, que reconhece que a vontade estatal traduz um processo de consenso a partir da

participação aberta a todos os integrantes da Nação. (Justen Filho, 2012, p.77)

Ademais, a publicidade é princípio próprio do Estado de Direito e essencial a uma Administração proba, ficando a eficácia dos atos administrativos, pois, condicionados a sua publicização. Nos dizeres de Furtado (2012, p. 344):

Enfatizando também a essencialidade do princípio da publicidade para o da moralidade, Alexandrino e Paulo (2008, p.502) dispõe, ainda, acerca de instrumentos hábeis à consecução de informações acerca dos atos licitatórios: o objetivo evidente do princípio da publicidade, no que respeita às licitações, é permitir o acompanhamento e controle do procedimento não só pelos participantes como também, quiçá principalmente, pelos administradores em geral. Estes podem sustar ou impugnar quaisquer atos lesivos à moralidade em geral. Estes podem sustar ou impugnar quaisquer atos lesivos à moralidade administrativa ou ao patrimônio público, representar contra ilegalidades ou desvios de poder etc. O art. 4º da Lei expressamente assegura a qualquer cidadão o direito de acompanhar o desenvolvimento do certame, direito esse que, evidentemente, inclui a fiscalização de sua lisura. Os instrumentos à disposição são inúmeros, bastando mencionarmos a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, “a”) e até mesmo, quando cabível, o mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX) ou o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII).

Por sua vez, Mello (2012, p.546) defende que a publicidade dos atos administrativos inclui a exposição da motivação das decisões, entendimento este corroborado por Alexandrino e Paulo (2008, p 502):

O princípio da publicidade impõe, ainda, que os motivos determinantes das decisões proferidas em qualquer etapa do procedimento sejam declarados. Decisões em que fossem omitidos os motivos impossibilitariam o efetivo controle do procedimento pelos participantes e pelos cidadãos em geral.

A publicidade é garantia constitucional prevista nos arts. 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; e 216, § 2º, da Carta Magna, que, por sua vez, encontra-se regulamentada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, mais conhecida como Lei de acesso à informação:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

A publicidade também encontra-se explicitada em vários dispositivos da lei licitatória, sendo de grande relevância o § 3º, do art. 3º, o qual enuncia que a exposição pública dos atos da licitação deve ser regra geral, vejamos:

Art. 3º

(...)

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Dessa feita, segundo este princípio se deve prestar informações a todos os cidadãos, independentemente de seu interesse de concorrer na licitação, não podendo a Administração negar informações ou dificultar o conhecimento público de seus atos.

Entretanto, em caráter excepcional, a lei de acesso à informação permite a ausência de publicidade quando esta for prejudicial ao interesse público, acatando o sigilo de informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

O art. 23 desta lei elenca as hipóteses em que as informações são consideradas indispensáveis à segurança da sociedade e do Estado:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Por sua vez, o art. 24 da mesma lei estabelece a classificação dessas informações, bem como seu prazo máximo de sigilo:

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

O próprio art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 também enuncia uma exceção ao princípio da publicidade, no que tange ao conteúdo das propostas até sua abertura. Tal ressalva tem como objetivo obstar conluíus e proporcionar maior competitividade ao certame.

Há situações nas quais o sigilo é inerente à natureza da contratação ou necessário à sua eficácia, devendo, pois, ser justificado, ou essencial ao ato licitatório, como por exemplo, o exame técnico de documentos.

### **3.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

O instrumento convocatório, segundo Justen Filho (2012, p. 449), é ato unilateral, escrito, no qual define-se o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato público, bem como disciplina o procedimento do certame, fixando as condições de participação e critérios de julgamento. Na modalidade convite, o instrumento convocatório é o convite, já nas demais, denomina-se edital.

Assim, o ato convocatório é elemento fundamental ao procedimento licitatório, uma vez que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público.

Acrescenta Furtado (2012, p. 346) que: “o instrumento convocatório – que será, conforme a modalidade de licitação um edital ou um convite – serve não apenas de guia para o processamento da licitação, como também de parâmetro para o futuro

contrato”.

Consoante Justen Filho (2012, p. 73), a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao instrumento convocatório. Assim, a Administração tem discricionariedade e autonomia de escolhas, como o momento de realização da licitação, seu objeto, as especificações de condições de execução, as condições de pagamento, entre outras, até o início do certame.

Nessa linha já se manifestou o STJ, “o poder discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do edital de licitação”, sendo que a partir daí, “nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se estritamente a ele”. (STJ, Primeira Turma, Processo nº 2002/0033572-1, Resp. 421.946/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Julg.: 07/02/2006, Pub.: 06/03/2006).

A obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório destina-se tanto aos administradores quanto aos licitantes. Além do art. 3º, o referido princípio encontra-se explicitado na Lei de licitações nos seguintes dispositivos:

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

(...)

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

(...)

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Depois de estabelecidas as regras para o certame, estas permanecem inalteradas após o início da licitação. Caso a Administração pretenda alterá-las, terá de invalidar a licitação e reabri-la em outros moldes, ressalvados os casos de inovação irrelevante para a disputa. Nesse sentido, Justen Filho (2012, p. 74) preleciona:

Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mas isso importará a invalidação do certame, e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório.

Corroborando, ainda, o mesmo entendimento, Furtado (2012, p. 347) dispõe: Esse princípio não deve ser entendido no sentido de que o edital ou o convite sejam imutáveis. Havendo a real e efetiva necessidade de ser feita a retificação no edital que possa, inclusive, vir a afetar o conteúdo das propostas apresentadas, a Administração não somente poderá como deverá fazê-lo. A lei expressamente prevê apenas, na hipótese de a alteração vir a afetar o conteúdo das propostas, a obrigatoriedade de nova divulgação do instrumento convocatório (edital ou convite), nos mesmos termos em que se deu a divulgação anterior e a reabertura de novo prazo para a apresentação de novas propostas. Dispõe o art. 21, § 4º, da Lei de Licitações que “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”.

Entretanto, o princípio da vinculação ao edital não significa que os gestores públicos são obrigados a adotar formalidades excessivas e desnecessárias, sendo lhes permitido usar de sua capacidade interpretativa para alcançar as melhores soluções para os problemas inerentes ao caso concreto. Meirelles (2010, p. 285) expõe o referido entendimento da seguinte forma:

Isso não significa que o princípio da vinculação ao edital seja “absoluto” a ponto de obstar à Administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-se o cuidado para não haver quebra de princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita. O importante é que o formalismo no procedimento não desclassifique propostas “eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes” (STJ, 1ª, Seção, MS 5.418).

“O edital é a lei interna da licitação” e “a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação” (Meirelles, 2010, p. 285). Assim o sendo, a vinculação ao instrumento convocatório, conforme ensinamentos de Di Pietro (2012, p. 381) “Trata-se de princípio essencial, cuja inobservância enseja nulidade do ato”. A referida autora ainda acrescenta que a desobediência ao ato convocatória enseja o descumprimento de uma série de outros princípios:

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que o desrespeitou.

Também estariam descumprindo os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

Ressalte-se que, para que o princípio da vinculação ao ato convocatório acarrete os efeitos desejados pela Administração Pública, é necessário que o instrumento seja bem elaborado, devendo conter apenas os requisitos necessários e úteis, ser claro e explícito no que tange a suas exigências, bem como prever regras de suprimento dos defeitos das propostas, uma vez que a nulidade só deve ser aplicada em casos de vícios graves ao certame.

### **3.7 Princípio do Julgamento Objetivo**

O julgamento objetivo consiste no dever que a Administração Pública possui de adotar, obrigatoriamente, as regras por ela estabelecidas no ato convocatório para fins de julgamento, visando, com isso, afastar qualquer surpresa para os licitantes. Ou seja, o julgamento deve ser realizado de acordo com os critérios fixados pela Administração no instrumento convocatório. Meirelles (2010, p. 272) define o referido princípio nos seguintes termos:

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. 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 no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado em pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45).

Assim, o julgamento objetivo visa obstar o subjetivismo e personalismo das decisões da Administração, de modo que os atos licitatórios jamais possam ser ditados pelo gosto pessoal do gestor ou resultem em favorecimento.

O princípio em tela, além de previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, encontra-se consagrado no art. 45 do Estatuto, que dispõe:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

§ 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A doutrina costuma relacionar o julgamento objetivo a outros princípios licitatórios. Para Di Pietro (2012, p. 382), o julgamento objetivo é decorrente do princípio da legalidade. Por sua vez, Justen Filho, (2012, p. 75) trata do princípio em tela e do da impessoalidade de forma conjunta, uma vez que, segundo o mencionado autor, tais princípios se complementam mutuamente. Já conforme Carvalho Filho (2012, p. 244), a objetividade do julgamento decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Niebuhr (2012, p. 48) também compartilha deste último entendimento e acrescenta:

O princípio do julgamento objetivo está adstrito também ao princípio da impessoalidade, uma vez que a licitação se conforma ao interesse público. Dessa forma, também o é à isonomia, que, em dilatado aspecto, proíbe distinções relevantes à esfera pessoal de quem quer que seja.

(...)

Na realidade, tanto o princípio do julgamento objetivo, quanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completam e ambos se encontram no princípio da isonomia, visto que constituem garantias formais dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame do início ao fim se deite sob critérios claros e impessoais.

Por fim, ressalte-se que é impossível ser completamente objetivo em todos os julgamentos, uma vez que o ser humano perpassa subjetividade em seus atos. Entretanto, conforme o princípio em tela, esta subjetividade deve ser restringida o máximo possível em casos de julgamento licitatório por parte da Administração.

### 3.8 Princípio da Motivação

A motivação, conforme amplamente defendido pela doutrina, é princípio administrativo relacionado diretamente ao Estado de Direito, onde impera a autoridade da lei (princípio da legalidade) em detrimento da autoridade pessoal do gestor. Assim, como já exposto, segundo o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Nesse contexto da legalidade, Meirelles (2010, p. 102) introduz o princípio da motivação:

Ora se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo, para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear sua legalidade, vale dizer sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada sua legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arrendáveis pela motivação.

Furtado (2012, p. 343), além de relacionar a motivação (também chamada de fundamentação pelo referido autor) à existência do Estado de Direito, ressalta o elo do princípio em epígrafe com o da moralidade, da publicidade e do controle jurisdicional, bem como a utilização da motivação como instrumento a obstar o desvio de finalidade no âmbito da Administração Pública. Veja-se:

A fundamentação ou motivação administrativa é princípio ligado diretamente à existência do Estado de Direito. Não se admite, à vista dos princípios da moralidade, da publicidade e do controle jurisdicional de decisões sigilosas ou desmotivadas. Devemos sempre lembrar que o administrador, quando exerce seus poderes, age sempre tendo em vista a plena e necessária realização do interesse público. Ainda que em não poucas ocasiões receba da lei competência para a prática de atos discricionários, deve ser sempre e necessariamente buscada a satisfação do interesse público. Ainda que discricionária, se a atuação do administrador visar à satisfação de interesses incompatíveis com o interesse público, haverá desvio de finalidade, e o ato será nulo de pleno direito. Nesse sentido, a fim de que se possa aferir e controlar a atuação do administrador, deve ele explicitar, porque adotou tal ou qual decisão.

Por sua vez, Justen Filho (2012, p. 78) preleciona que tal princípio emana da necessidade de arrazoar as decisões administrativas, sendo o mesmo uma decorrência do regime democrático, da vantajosidade, da legalidade, da objetividade, da moralidade, dentre outros princípios.

Dessa feita, o princípio da motivação é aquele segundo o qual exige-se da Administração Pública a exposição dos fundamentos de fato e de direito inerentes a todas as suas decisões. Justen Filho (2012, p. 78) define o referido princípio da seguinte forma:

A motivação consiste na enunciação pelo agente estatal das razões de fato e de direito em que se alicerça a decisão adotada. Traduz externamente o processo interno do sujeito, envolvendo a sua compreensão relativamente aos eventos ocorridos no mundo dos fatos e a interpretação adotada para as normas, de que deriva a decisão adotada.

Tal princípio aplica-se tanto aos atos administrativos vinculados como aos atos discricionários. Di Pietro (2012, p. 82) explana este entendimento com os seguintes dizeres sobre o princípio da motivação:

Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Freitas (2009, p. 105), corrobora o acima exposto, além de ressaltar que tal princípio é imperativo a todos os atos administrativos, principalmente os que afetem direitos ou interesses, excetuando-se, entretanto, os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e aqueles os quais a Constituição atribui motivação dispensável.

Na Constituição Federal, não há menção ao princípio da motivação no art. 37, que trata da Administração Pública. Há, entretanto, exigência expressa de motivação para as decisões administrativas dos tribunais e do Ministério Público, nos termos dos arts. 93 e 128, § 4º, com a redação determinada pela EC nº.: 45/2.004.

Figueiredo (2006, p. 53), objetivando defender a constitucionalidade do princípio em tela, faz a seguinte indagação: “Ora, se quando o Judiciário exerce função típica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?”. Diante disso, França (2007, p. 105) conclui: “Tal como o princípio da fundamentação das decisões judiciais, o princípio da motivação dos atos administrativos, tem conseqüentemente, patamar de norma constitucional”.

Na esfera das leis infraconstitucionais, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, proclama em seu art. 2º, caput, que a Administração Pública obedecerá, entre outros, o princípio da motivação.

No âmbito específico das licitações públicas, a Lei nº 8.666/93 não prevê expressamente em seu art. 3º a aplicação do princípio da motivação, entretanto, conforme classificação de autores como Furtado e Justen Filho, a motivação é sim considerada um princípio licitatório. Furtado (2012, p. 343) defende que, no art. 38, da citada lei, ao dispor que o procedimento licitatório se inicia com um processo administrativo, estar-se-á exigindo, em decorrência disso, que o administrador indique os motivos que o levaram a realizar a licitação, bem como especifique o objeto desta.

Corrobora-se o referido entendimento, uma vez que o art. 3º, da Lei nº 8.666/93, ao elencar os princípios aos quais a licitação pública deve atender, prevê ainda a conformação desta a outros correlatos àqueles listados, nos quais se inclui o da motivação, haja vista que por intermédio desta se preservam uma série de outros princípios licitatórios.

Dessa feita, consiste, pois, a motivação em princípio inerente às licitações públicas com a função vetorial de parâmetro de controlabilidade dos atos administrativos nela praticados.

#### 4 O CARÁTER INSTRUMENTAL DA MOTIVAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Neste capítulo será apresentada a instrumentalidade da motivação no âmbito das Licitações Públicas. Nos dizeres de Marques Júnior (2009, p.205): “A motivação dos atos administrativos compreende a um só tempo a enunciação dos motivos de fato e de direito do ato administrativo, vale dizer, dos fatos e dos fundamentos jurídicos em que se funda o ato, bem como a justificação do processo de tomada de decisão”.

A despeito do que ocorre por vezes na doutrina, não se pode confundir motivo com motivação dos atos administrativos, sendo, portanto, institutos distintos. Cintra (1979), em sua obra acerca do tema, intitulada “Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, conceitua, bem como discorre acerca dos citados institutos, permitindo, pois, sua perfeita distinção.

Segundo o referido autor (1979, p. 97), os motivos do ato administrativo consistem no conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que constituem o fundamento do ato. Ou seja, compreendem a situação de fato, que é anterior ao ato administrativo e sobre a qual recaem os efeitos deste, bem como as normas jurídicas aplicadas pelo ato à referida situação fática.

Portanto, os motivos não integram o ato administrativo, sendo aqueles anteriores a este:

A exposição feita indica que os motivos não integram o ato administrativo, mas lhes são externos e anteriores no tempo. É à vista dos motivos que se editam os atos administrativos, que eles ensejam ou determinam. É a verificação dos fatos (motivos de fato) previstos na lei (motivos de direito) que autoriza ou ordena ao agente público a prática do ato, na conformidade do preceito legal (isto é, com conteúdo conforme a tal preceito). A edição do ato administrativo, portanto, é o resultado ou a decorrência da existência dos motivos.

Assim, parece-nos lícito dizer que os motivos não participam do modelo legal do ato administrativo cuja realização deles resulta. Ficam de fora, mas não lhes são estranhos. Ao contrário, articulam-se necessariamente com o ato administrativo, através da relação de pertinência ou de impertinência que mantenham com conteúdo do próprio ato para validá-la ou não. (Cintra, 1979, p. 102)

Cintra (1979, p. 103) ainda relaciona os motivos com o princípio da legalidade nos seguintes dizeres:

Transparece, por conseguinte, que os motivos desempenham um papel indispensável no funcionamento do princípio da legalidade. Porque são eles que indicam as situações em que o agente público pode agir ou fica adstrito a

agir, no exercício da potestade pública, dentro de sua competência, por forma prescrita ou não defesa em lei, através do ato administrativo, com conteúdo correspondente ao preceito legal.

Por sua vez, a motivação dos atos administrativos é a exposição, a explicitação, a expressão dos motivos do ato administrativo. Sua função consiste em justificar, mediante elementos idôneos, a edição do ato administrativo motivado, seja no plano da legalidade ou no plano da conveniência e oportunidade, no caso de atos discricionários. Cintra (1979, p. 106) ainda acrescenta:

A nosso ver, acompanhando Taruffo, a ideia de motivação deve partir da constatação de que ela constitui um discurso, ou seja, um conjunto de proposições ligadas entre si e inseridas num contexto autonomamente identificável. Considerada como signo linguístico complexo, em sentido próprio, a motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente, o ato motivado. Assim, a motivação é aqui examinada pelo prisma em que se manifesta com um discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo. Isto quer dizer que através da motivação, o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência.

Dessa feita o autor (1979, p. 110) conclui:

À vista do que foi exposto a respeito da noção de motivação do ato administrativo, pode-se dizer ainda que a palavra motivação designa não apenas o produto de uma atividade do agente público, mas essa própria atividade; indica um ato do agente público, acessório, mas diferente do ato motivado. É o ato de motivar, cujo conteúdo próprio é a justificativa do ato motivado.

Assim, em suma, enquanto o motivo é a situação de fato (circunstâncias de fato) a qual dá ensejo à edição do ato administrativo, a motivação consiste na exposição daquele, ou seja, “é a justificativa do pronunciamento tomado” (Cretella Júnior, 2006, p.310).

Mello (2012, p. 403) diferencia, ainda, motivo e móvel. O primeiro consiste na “realidade objetiva e externa do agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato”. Por sua vez, “Móvel é representação subjetiva, psicológica, interna do agente e corresponde àquilo que suscita a vontade do agente”, ou seja, sua intenção.

Superada tal diferenciação, importante, pois, a contextualização da motivação no âmbito das Licitações Públicas. Embora o princípio administrativo da

motivação não esteja expressamente previsto como princípio na Lei nº 8.666/93, e a despeito da divergência doutrinária acerca da classificação deste como um princípio licitatório, o instituto da motivação encontra-se previsto em diversos dispositivos esparsos na lei licitatória.

Por exemplo, pode-se citar o art. 8º, parágrafo único, segundo o qual é vedado o adiamento sem motivação da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, quando existir previsão orçamentária para sua execução total:

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

Outro exemplo é art. 17, o qual determina que deverá haver fundamentação do interesse público para que se possa alienar bens da Administração Pública:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

Já o art. 26, da lei em tela, reforça a necessidade de motivação para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Por sua vez, o art. 49 determina que a revogação, bem como a anulação da licitação pública devem ser devidamente justificadas, corolário da autotutela administrativa:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Pode-se citar também outros dispositivos esparsos na Lei nº 8.666/93 que reforçam a necessidade de motivação nos atos das licitações públicas: arts. 5º, *caput*; 20, *caput*; 22, § 7º; 31, §5º; 38, IX; 46, §3º; 51, §3º; 57, §§1º e 2º; 73, I, a e b e §1º; 78, parágrafo único; e 79, §1º.

Nesse diapasão, importante ressaltar que, no que tange à obrigatoriedade do motivo do ato, esta é incontroversa, sendo inaceitável ato administrativo sem que se tenha delineado determinada situação de fato. Assim, a ausência de motivo enseja um ato nulo.

Questão controversa, entretanto, é a obrigatoriedade ou não da motivação nos atos provenientes da Administração Pública. Alguns doutrinadores entendem que é obrigatória, já outros, que a obrigatoriedade se destina apenas aos atos vinculados.

Gasparini (2005, p. 23) garante que a motivação é obrigatória a todos os atos administrativos, com fundamento na Constituição e orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF):

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141). Hoje, com mais razão, essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos Tribunais sejam motivadas (art. 93, X). Daí a correta observação de Lúcia Valle Figueiredo (...): 'Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa- deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?' Não obstante, tem-se apregoado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado (casos de dispensa de licitação) ou quando, em razão da lei ou da Constituição, ela for exigida. Nesta última hipótese, não importa a natureza vinculada ou discricionária do ato, ela é indispensável à sua legalidade.

No mesmo sentido, dispõe Meirelles (2010, p. 103):

Em conclusão, com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade, ampliando o do acesso ao Judiciário e exigindo explicitamente que as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas (cf. Inc. X do art. 93, aplicável ao Ministério Público em face do § 4º do art. 129, na redação da EC 45), a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao judiciário.

Por sua vez, Di Pietro (2012, p. 82) expõe que a motivação se aplica a todas as espécies de atos administrativos e conclui que o rol do art. 50, da Lei nº 9.784/99, é meramente exemplificativo.

Destaque-se, entretanto, posicionamento diverso, defendido por Carvalho Filho (2012, p.113), consoante o qual a motivação não é obrigatória, salvo nas situações em que a lei assim o exige:

No que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexistente. Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal intento; e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, é porque não quis erigir como princípio a obrigatoriedade da motivação.

Entendemos que, para concluir pela obrigatoriedade, haveria de estar ela expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido.

Corroborar-se o entendimento doutrinário predominante, segundo o qual a motivação dos atos administrativos é obrigatória, uma vez que os demais posicionamentos demonstram-se superados diante dos novos paradigmas do Direito Administrativo, os quais se encontram a luz do Estado Democrático de Direito.

“Com efeito, hodiernamente, os administrados não se contentam com um simples “sim” ou “não”, constituindo-se em verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito a motivação dos atos administrativos, até mesmo como forma de legitimação” (Marques Júnior, 2009, p. 214).

Destarte, Freitas (2009, p. 49) dispõe:

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos. Imperativo, pois, que todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável.

Relativamente às licitações públicas, todos os seus atos devem conter

motivação: as razões que levaram à abertura do processo licitatório, a especificação do objeto, a análise de recursos administrativos e a adjudicação.

Objetivando exemplificar tal afirmativa, pode-se citar jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, segundo a qual, tanto as licitações como as contratações diretas da Administração Pública devem ser precedidas de motivação:

As contratações devem iniciar-se sempre com o diagnóstico, por parte da administração, de sua necessidade, seguindo-se a motivação do ato, que não está dispensada nas contratações diretas. Nas contratações em que são pactuadas cláusulas de êxito, como remuneração pelos serviços prestados, deve haver correspondência direta entre o esforço e a dificuldade esperados do contratado e o Prêmio acordado, sob pena de se configurar situação de desproporcionalidade entre serviço prestado e preço. (TCU, Plenário, Processo nº 006.648/1996-7, Acórdão 2684/2008, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, Julg.: 26/11/2008, Pub.: 01/12/2008)

Ainda segundo entendimento do referido Tribunal, a desclassificação de licitantes necessita de fundamentação idônea:

Efetuada essas considerações, passo à sequência dos questionamentos referentes à desclassificação da representante (subitem 3.1 retro). Primeiro, sobre a forma de apresentação dos documentos (original/cópia autenticada/publicação em órgão de imprensa oficial - subitem 7.4 do edital), a análise sobre a adequação da decisão do pregoeiro ficou prejudicada, pois não indicou qual documentação não obedecia o ato convocatório (fl. 67), deduzindo-se ser deficiente a motivação do ato. (TCU, Plenário, Processo nº 000.505/2007-1, Acórdão 597/2007, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, Julg.: 11/04/2007, Pub.:13/04/2007)

Outro exemplo relevante se refere ao cancelamento de licitação, determinando, assim, o TCU: "(...) em caso de cancelamento de licitação, justifique no respectivo processo as razões para esse procedimento, em obediência aos princípios da publicidade e da motivação." (TCU, 1ª Câmara, Processo nº TC-010.257/2005-9, Acórdão nº 5.262/2008, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, Julg.: 02/12/1008, Pub.: 05/12/2008)

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, destina capítulo específico para normatizar a motivação dos atos administrativos. O capítulo é composto pelo artigo 50, do qual delibera, entre outras regras, quando os atos administrativos devem ser motivados, bem como que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, com indicação dos pressupostos de fato e de direito das decisões ou dos atos administrativos. Vejamos:

CAPÍTULO XII  
DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Furtado defende a aplicação extensiva da mencionada lei às licitações públicas, uma vez que esta se inicia com um processo administrativo. Aliás, o Tribunal de Contas da União - TCU já se manifestou de forma similar, aplicando regramento da Lei nº 9.784/99 à licitação pública: “Em face desse panorama e ante a ausência de prazo explícito na Lei 8.666/93, considerou aplicável, “de forma subsidiária”, o regramento contido na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal” (TCU, Plenário, Processo nº TC-011.934/2012-3, Acórdão nº 1686/2012, Relator Ministro Valmir Campelo, Julg.:04/07/2012, Pub.: 13/07/2012)

Ainda nesse sentido, o TCU recomendou: “(...) 9.3.11. emissão de análise circunstanciada de todos os itens dos recursos interpostos em procedimentos licitatórios, decidindo de forma expressa e fundamentada, consoante o art. 50, inciso V, da Lei 9.784/99. (TCU, Plenário, Processo nº TC-010.215/2003-2, Acórdão nº 1.182/2004, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, Julg.: 18/08/2004, Pub.: 26/08/2004)

Dessa feita, pode-se concluir que a motivação nas licitações públicas também deve atender aos regramentos estabelecidos pelo art. 50, da Lei nº 9.784/99.

Di Pietro (2012, p. 83) defende que, em regra, a depender de cada caso, não existe uma forma padrão e específica para o exercício da motivação, podendo esta ser ou não concomitante com o ato administrativo, além de ser feita, muitas vezes, por órgão distinto daquele que proferiu a decisão. Com grande frequência, a motivação é feita mediante pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo estes apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, sendo parte integrante dele.

Como já se viu, o art. 50, da Lei nº 9.784/99, determina que a motivação deve ser expressa, clara e congruente, podendo consubstanciar-se em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Defende França (2007, p. 132), que, em regra, salvo exceções, é necessário que a motivação seja contemporânea ao ato administrativo, uma vez que tal fato confere maior veracidade aos fundamentos da decisão, facilitando seu conhecimento pelos administrados, e viabiliza a unicidade formal do ato administrativo, assegurando a clareza entre o liame entre o conteúdo e as razões do ato. Nos casos em que a fundamentação é veiculada em instrumento diverso do empregado para conteúdo do ato (motivação *aliunde*), não há observância do dever de motivação. A motivação *aliunde* somente será admitida quando for um requisito procedimental do ato motivado ou quando se destinar a convalidação do ato administrativo, caso a ausência de fundamentação contemporânea seja um vício sanável. Seguindo este entendimento, aliás, pode-se citar jurisprudência do TCU, segundo a qual se determinou a justificação posterior ao ato, visando sanar vício gerado por motivação insuficiente:

Chamou-me a atenção, também, o fato de não haver sido apresentada motivação suficiente para que o certame em tela seja promovido pelo Sistema de Registro de Preços. As implicações de tal decisão são significativas, já que as cotações registradas poderão dar ensejo a contratações de outros integrantes da Administração Pública. O fato de a [entidade] não poder ser considerada um grande consumidor de material de informática deixa-me ainda mais preocupado quanto a tais consequências, presente o risco potencial de que diversas outras aquisições venham a ser levadas a efeito sem que os preços obtidos sejam os mais vantajosos, considerando-se o volume total que vier a ser contratado. A ausência de motivação de tal escolha não nos permite conhecer se a decisão fundou-se em necessidades da [entidade] ou da intenção de que as cotações por ela obtidas sejam aproveitadas por outros

órgãos ou entidades da Administração. Se o caso for esse último, no entanto, chego a questionar-me se não seria mais apropriado que o próprio Ministério promovesse a licitação, de modo a que os preços aí obtidos - com base em cotações para estimativas de quantitativos bem maiores - pudessem ser aproveitados pelos órgãos e entidades a ele vinculados. Considero, portanto, que se deva determinar, também, como condição para a continuidade do pregão, que a [entidade] acostue, ao processo administrativo a ele atinente, a devida motivação para que aquele certame deva ser efetuado pelo Sistema de Registro de Preços, remetendo, simultaneamente, cópia de tal documento a este Tribunal. Deverá, ainda, ser determinado àquela unidade que, em futuros procedimentos licitatórios, a adoção do Registros de Preços seja sempre precedida da explicitação dos motivos para seu emprego. (TCU, Plenário, Processo nº 022.049/2006-7, Acórdão 2401/2006, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, Julg.: 06/12/2006, Pub.: 13/12/2006)

Para França (2007, p. 96), a complexidade da motivação está diretamente relacionada com o grau de relevância que o ato administrativo assume na disciplina da liberdade e da propriedade do cidadão. Portanto, quanto maior a influência do ato administrativo nos direitos individuais dos administrados, mais densa deverá ser a fundamentação desse ato.

Seguindo ensinamentos de Mello (2012, p 404), pode-se afirmar que a motivação é composta pelos seguintes elementos proposicionais: 1) o fato jurídico administrativo, ou seja, o enunciado referente a determinado evento jurídico administrativo anteriormente tipificado por lei ou qualificado como relevante pela autoridade administrativa; 2) a exposição das normas jurídicas que orientam o gestor na expedição do ato administrativo; 3) a comprovação da incidência das normas jurídicas utilizadas como lastro de validade para o ato expedido; e 4) nos casos de ato administrativo portadores de mérito, a manifestação da causa, que consiste na relação de razoabilidade proporcionalidade que deve existir entre o motivo e o conteúdo do ato, em face de sua finalidade.

A suficiência da motivação abrange sua precisão, com a efetiva referência às circunstâncias do caso concreto.

Preleciona França (2007, p. 129) que, nos atos vinculados, a motivação poderá restringir-se à descrição do evento jurídico administrativo e à simples indicação dos enunciados normativos empregados como premissas para a decisão. No entanto, em situações mais complexas, a motivação desse tipo de ato deve abranger também a exposição de como se deu a subsunção feita durante a aplicação da lei.

Nos atos discricionários, além dos elementos já citados, o gestor precisa apresentar os interesses públicos envolvidos na decisão, bem como a causa. Desse modo, é preciso demonstrar que houve a apreciação das questões de conveniência e oportunidade, bem como da adequação, necessidade e razoabilidade da decisão para concretização da finalidade legal do ato administrativo expedido.

Assim, em resumo, segundo dizeres de Mello (2012, p.115):

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto como nas licitações.

Mello (2008, p. 104) enquadra a motivação como requisito indispensável à validade dos atos administrativos. Justen Filho (2012, p. 392), por sua vez, assinala que: “a validade formal de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório depende de uma motivação, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem decidir”.

Dessa feita, conforme reconhecimento doutrinário, a ausência de motivação é vício autônomo, capaz de ensejar a nulidade do ato administrativo.

Nesse diapasão, Freitas (2009, p. 112) destaca:

Claro, em face das resistências culturais, impõe-se mais que nunca, cobrar o cumprimento do dever de motivação. Em síntese: a conduta administrativa precisa estar motivada interna e externamente. Entende-se como grifado, ao bom administrador público o mandamento democrático e intersubjetivo – imposto ao juiz no exercício da tutela jurisdicional – de fundamentar os atos vinculados e discricionários, no intento de coibir os famigerados e recorrentes vícios de excesso (acolasia) ou de exercício insuficiente dos poderes (omissão). Por tudo, a não fundamentação, apesar da presunção (cada vez mais) relativa de legitimidade dos atos administrativos, é vício grave o suficiente a ensejar a anulação e a proibir a convalidação, em muitos casos. Apenas segundo essa perspectiva, a era da motivação dos atos administrativos produzirá os seus melhores frutos.

Justen Filho (2012, p. 311) pondera que:

Todo procedimento será concluído por uma decisão, que retrata o exercício de uma competência própria da autoridade administrativa. A titularidade da competência para decidir não autoriza, no entanto, preferir decisões imotivadas. É nula a decisão fundada simplesmente no argumento da titularidade da competência. É juridicamente inválida a decisão aos moldes de “cabe a mim decidir, portanto eu decido a favor de...”. Toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um “porquê” claramente indicado.

Por sua vez, Cintra (1979, p. 152) acrescenta:

Como já se observou, nos casos em que a lei exige que o ato administrativo seja motivado, a falta de motivação constitui vício substancial de forma, que produz a nulidade do ato. E equiparam-se à falta de motivação a sua insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência, quando tais defeitos venham a impedir que a motivação represente uma verdadeira e efetiva justificação do ato. Se, no entanto, aqueles defeitos da motivação forem apenas parciais, de modo que, no conjunto se possa falar que o ato foi razoavelmente justificado teremos hipótese de mera irregularidade, com a consequente subsistência do ato mal motivado.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, ademais, já proferiu ser a motivação requisito de eficácia para qualquer ato administrativo, incluindo, pois, os licitatórios: “Mais grave, ainda, é que todo o procedimento de contratação do demandado deu-se sem nenhuma motivação e publicidade, que são requisitos de eficácia de qualquer ato da administração” (STJ, Primeira Turma, Resp. nº 703/656/MT, Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julg.: 09/03/2010. Pub.: 18/03 2010)

Ressalte-se que a anulação, bem como a revogação dos atos, também necessitam da exposição de seus fundamentos.

Mello (2012, p. 116) ainda aduz que os atos praticados com motivação intempestiva e insuficiente são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que a fundamentação apresentada tardiamente, depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos alegados existiam efetivamente ou de que embasaram a providência contestada.

Corroborando o exposto acima, o Ministro Relator Luiz Fux, proferiu em seu Relatório e Voto que:

Com base nesse entendimento, conclui-se que o aditamento (segundo) firmado por Paulo Gomes Machado e Enterpa Engenharia, nos seis meses após a contratação, foi contrário ao contrato; logo, os argumentos invocados, no processo, tentando justificar a celebração deste aditivo, não convencem. Consoante a decisão (...) a motivação do ato administrativo deve ser prévia ou contemporânea à sua expedição, afim de possibilitar a fiscalização de sua

legitimidade e legalidade "(fls. 1831). Não se acomoda, em suma, à moralidade e à legalidade administrativas, de espectro constitucional, a posterior explicação motivada da conduta do administrador público, uma vez que bloqueia a comprovação da exigível higidez." (fls. 5037) (STJ, Primeira Turma, Processo nº 2006/0058922-3, Resp. 827445/SP, Relatório e Voto do Ministro Luiz Fux, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Julg.: 02/02/2010Pub.: 08/03/2010)

Nesse diapasão, conclui Justen Filho (2012, p. 78), pois, que motivação assegura a submissão do ato administrativo ao Direito, podendo, inclusive, qualquer vício nela presente ser pronunciado pelo poder Judiciário.

A motivação permite a recondução do conteúdo do ato administrativo a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as demais normas do sistema do direito positivo, conferindo, assim, ao ato um laço de validade com o ordenamento jurídico. Dessa forma, serve como instrumento de legitimação do ato dentro do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, é manifesta a correlação entre a necessidade de fundamentação dos atos administrativos e o Estado Democrático de Direito, na qual a legitimidade da decisão pressupõe a oportunidade a seu destinatário de compreendê-la e contestá-la.

O art. 74, §2º, da Constituição Federal assegura que "qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

A motivação, assim, mostra-se útil e indispensável para que o administrado possa efetivamente compreender as razões da ação administrativa e oferece uma oportunidade para contraditá-las. Seguindo tal pensamento, França (2007, p. 94) pondera:

Entendemos que, independentemente do conteúdo do ato normativo, qualquer cidadão tem o direito de requerer à Administração a exposição das razões de fato e de direito que justificaram sua emissão, ou, pelo menos, o acesso aos autos do procedimento administrativo que o precedeu. Caso haja recusa da Administração, é perfeitamente viável ao requerente pedir um provimento jurisdicional que determine a efetivação de um desses pedidos. A cidadania e a inexistência de qualquer constrangimento para a eficiência administrativa com o atendimento desses pleitos fornecem-nos um forte alicerce. Para esse entendimento. Sem se olvidar, evidentemente, o direito à informação consagrado no art. 5º, XXXIII, da Lei Maior.

Dessa feita, o mencionado autor (2007, p. 103) conclui que a motivação do ato administrativo tanto viabiliza um controle mais eficiente de sua juridicidade como também ajuda a prevenir o seu desencadeamento pelo administrado. Com o acesso aos motivos da decisão administrativa, os cidadãos ganham a oportunidade para oferecer uma contestação administrativa ou judicial mais competente e racional, bem como para aderir à decisão administrativa, caso julguem pertinente os elementos arguidos pela Administração.

A motivação, pois, é o escudo maior à disposição da cidadania contra as arbitrariedades e os desvios de poder.

Se o ato praticado não for precedido de motivação explícita, não haverá como se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A motivação firma um vínculo de responsabilidade entre o conteúdo do ato e o seu emissor, permitindo aos seus destinatários identificar os elementos que a autoridade administrativa reputou relevantes ou pertinentes para a sua decisão.

Nos dizeres de Freitas (2009, p.108): “Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder. A forma mais segura para desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato”.

Ratificando tal entendimento, segundo dizeres de Hartmut Maurer (1985, p. 186 *apud* Freitas, 2009, p. 108):

A motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade, que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material como do ponto de vista jurídico, cercado-se, assim, de garantias suficientes. Ela serve, igualmente, ao cidadão, que, graças à motivação, e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e as conveniências de um recurso. Ela facilita, enfim, o controle jurisdicional, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal podem comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão.

Quadra salientar que a motivação visa coibir os vícios da discricionariedade por excesso ou omissão, além de integrar a própria higidez do ato administrativo.

Outro ponto relevante consiste no fato de o dever de motivação clara,

explícita e congruente ser vital para que se observe a exigência do devido processo legal.

França (2007, 102) realça a importância da motivação para a observância do princípio da separação dos poderes, bem como dos princípios da impessoalidade e da isonomia:

A obrigatoriedade da motivação do ato administrativo reforça igualmente o princípio da separação dos Poderes, uma vez que torna mais eficiente o controle legislativo e jurisdicional da atividade administrativa.

Outro ponto deve ser aclarado: a fundamentação do ato administrativo também auxilia na prevenção da quebra do princípio da impessoalidade. A obrigatoriedade de expor os fundamentos de sua decisão nos atos que demandam o emprego de um juízo de oportunidade obriga a Administração a demonstrar que procurou atender ao interesse público.

A isonomia encontra igual tutela na motivação do ato administrativo, pois impõe à Administração o dever de comprovar sua imparcialidade no contexto do ato administrativo.

Entretanto, pode-se afirmar que a motivação serve como instrumento de auxílio ao adimplemento não apenas destes, mas como dos demais princípios administrativos.

Dessa feita, com a motivação, os atos administrativos passam a ser controláveis sistematicamente, gerando uma crescente afirmação dos direitos fundamentais, em uma ordem social consagrada à segurança jurídica.

Nesse diapasão, pode-se dizer que não há espaço no processo licitatório para decisões desarrazoadas por parte da Administração Pública, sendo a motivação um instrumento de combate às arbitrariedades, a serviço tanto dos licitantes quanto dos cidadãos afetados com a futura contratação. A motivação assegura, pois, que todos os atos, bem como as fases do procedimento licitatório estejam em conformidade com o ordenamento e com o interesse público, oferecendo tanto aos licitantes como aos demais cidadãos a oportunidade de contestar as decisões tomadas no processo que antecede as contratações públicas.

Assim, a fundamentação é instrumento relevante no combate à limitação de competitividade nos certames, às desclassificações arbitrárias de concorrentes, aos tratamentos anti-isonômicos entre os licitantes, às contratações que não atendam o interesse público e que visem apenas interesse particular do administrador e/ou do

licitante, entre outras hipóteses.

Seguindo o pensamento acima explanado, pode-se citar julgado do TCU, segundo o qual, extrai-se a ideia da fundamentação como meio de se evitar a limitação da competitividade nos certames públicos:

É legítima a atribuição de pontuação progressiva ao número de atestados apresentados pelos licitantes, desde que a pontuação prevista não se mostre desarrazoada ou limitadora da competitividade da disputa e que conste dos autos expressa motivação para a adoção desse critério. (TCU, Plenário, Processo nº 004.373/2003-6, Acórdão 2389/2007, Relator Ministro Guilherme Palmeira, Julg.: 14/11/2007, Pub.: 20/11/2009)

Ademais, conforme Informativo nº 150/2013 do TCU, a motivação é essencial nos atos que desclassificam concorrentes nas licitações públicas:

**3. A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ocorrer a partir de critérios previamente estabelecidos e estar devidamente motivada no processo, franqueada ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da proposta e a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e nas condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de a Administração exarar sua decisão.**

Representação contra o Convite Eletrônico 1225072.12.8 da Petrobras alegou ocorrência de possíveis irregularidades relacionadas ao cerceamento de defesa quanto à declaração de inexecuibilidade da proposta da representante. O objetivo do certame é contratar empresa de auditoria externa e interna em serviços de saúde. A unidade técnica considerou haver indícios suficientes para se concluir pela inexecuibilidade da proposta, **apesar de a Petrobras não ter motivado objetivamente a desclassificação**. A estatal alegou “que o sigilo da estimativa de preços se baseia no risco envolvido na divulgação destas informações para o mercado, no sentido de que as empresas contratadas passariam a ter acesso a dados sigilosos sobre como a Companhia desenvolve as suas estimativas, o que inibiria o caráter competitivo de futuras licitações”. **Ao analisar o caso, o relator, amparado na jurisprudência do Tribunal, destacou: “A não indicação dos fundamentos da inexecuibilidade ... vai de encontro ao princípio da motivação dos atos administrativos**, além do disposto no subitem 6.25 do Regulamento Licitatório [da Petrobras] aprovado pelo Decreto nº 2.745/1998”. Ademais, frisou que “não é preciso que a Petrobras quebre o sigilo de sua estimativa para atender ao disposto na legislação de licitações e na jurisprudência do TCU. Basta que evidencie às empresas desqualificadas, de forma objetiva, as razões que fundamentaram a desclassificação, sem quaisquer menções aos valores estimados pela Petrobras, atendendo, dessa forma, à recomendação constante no subitem 9.2. do Acórdão nº 2.528/2012 – TCU – Plenário”. Acompanhando o voto do relator, o Plenário determinou à Petrobras “que demonstre objetivamente a desclassificação de proposta por inexecuibilidade, a partir de critérios previamente publicados, e que franqueie a oportunidade de cada licitante defender a respectiva proposta e demonstrar a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes que ele tenha a sua proposta desclassificada”. Precedente citado: Acórdão 2.528/2012 do Plenário. (TCU, Plenário, Processo nº TC

046.588/2012-4, Acórdão 1092/2013, Relator Ministro Raimundo Carreiro, Julg.: 08/05/2013, Pub.: 17/05/2013). (grifo nosso)

Nesse sentido, conforme informativo nº 75 do TCU, a motivação é ainda instrumento de validação de decisões que julguem aspectos ligados à habilitação de empresas no processo de licitação.

Por intermédio de representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do **Pregão 71/2010**, realizado pela Prefeitura de Manaus, no Amazonas, cujo objeto consistiu no registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios, em lotes, da merenda escolar, para atendimento à rede municipal de ensino. Na etapa processual anterior, o Tribunal determinara cautelarmente à Prefeitura de Manaus que se abstivesse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do certame examinado, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria (ver informativo 63). Nesse quadro, ao empreender novo exame, o relator voltou a cuidar da questão relacionada à **ausência de critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras**. Para ele, em linha com o decidido quando da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-), teria ocorrido **falta de transparência dos procedimentos adotados para eliminação de certas amostras**, sendo que, no curso da licitação, em determinadas situações, **foi mencionado apenas que o produto não atenderia ao especificado no edital ou que havia divergência na qualidade, sem especificar as falhas. A ausência de motivação nas decisões da comissão avaliadora das amostras, de acordo com o relator, "tolheu a possibilidade de apresentação de recursos pelos participantes"**. Destacou, ainda, não ter sido identificada qualquer referência aos critérios de apresentação das amostras, aos parâmetros técnicos de aferição dos produtos, como aspectos visuais, formas de acondicionamento e limites de variação aceitáveis, haja vista a utilização de **termos imprecisos para fundamentar as análises**, tais como, com relação a certos produtos, "pesando aproximadamente" e "no mínimo". Noutra giro, o relator consignou em seu voto ter acontecido a desclassificação de produtos **fundamentada apenas na qualidade imprópria** para o consumo ou na ausência de acondicionamento e refrigeração corretos. Todavia, **não teriam sido apontadas quais as características do produto encontravam-se divergentes e que supostamente haveriam sido determinadas pela instituição contratante, evidenciando, de novo, a ausência de transparência na análise das amostras**. Contudo, considerando que as falhas nos critérios de avaliação das amostras não teriam sido constatadas em todas as desclassificações e que o encaminhamento final a ser conferido ao processo seria pela anulação da ata de registro de preços, tendo em conta a gama de outros fatos irregulares verificados, considerou suficiente dar ciência à Prefeitura de Manaus das irregularidades relativas às amostras, para que, em futuros editais de licitações, quando do estabelecimento de tal exigência, **sejam estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação de amostras, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões**, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1168/2009 e 1512/2009, ambos do Plenário.(TCU, Plenário, Processo nº TC-004.835/2011-5, Acórdão n.º 2077/2011, Relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, Julg.: 10/08/2011, Pub.: 19/08/2011). (grifo nosso)

Furtado (2012, p. 344) acrescenta que a motivação, nas licitações, também demonstra-se útil ao próprio gestor público:

Essa motivação demonstra-se, não poucas vezes, útil ao administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se não tiver o administrador justificado por que não realizou a licitação, por que impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou por que exigiu determinada especificação no produto ou serviço seria a sua atitude certamente considerada fraudulenta e sujeitando o responsável punível.

Aos gestores públicos, por diversas vezes, são aplicadas multas por parte dos Tribunais de Contas, decorrentes de procedimento licitatório irregular ou, até mesmo, de ausência de licitação exigível ou não dispensável. Várias são as causas de irregularidades, podendo-se citar: os conluíus; as contratações menos vantajosas, com consequente dano ao erário público; ausência imotivada de licitação, ausência de pesquisa de preço, fraudes, entre outras hipóteses.

Objetivando exemplificar o afirmado, destaca-se que, conforme jurisprudência do TCU, a restrição do caráter competitivo do certame pode ensejar multa:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES DO PAC (CONCORRÊNCIA Nº 013/2007 E CONTRATO Nº 034/2008). RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. CARTA DE FIANÇA INIDÔNEA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. AUDIÊNCIAS. JUSTIFICATIVAS REJEITADAS. MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. AUSÊNCIA DA DEFINIÇÃO DO PRAZO NA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA EMPRESA. MANDADO DE SEGURANÇA JUNTO AO STF. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO DO PEDIDO DO MP/TCU. ANULAÇÃO DOS ACÓRDÃOS Nº 1.432/2010-P E 586/2011-P. DEVOLUÇÃO AO RELATOR A QUO. FIXAÇÃO DO PRAZO DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. MANUTENÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR. CIÊNCIA

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, com fundamento no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acolher, parcialmente, as razões de justificativa apresentadas pelos Senhores Silvio Leão e Denildon Domingos Carvalho e pela Senhora Marília Sousa Moreira, membros da Comissão Permanente de Licitação de Obras Públicas e Serviços do Estado do Tocantins (CLOPS), já que não lograram êxito em afastar parte das irregularidades que lhes foram imputadas nestes autos;

9.3. rejeitar integralmente as razões de justificativa apresentadas pelo Senhor Luiz Mário Ranzi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Obras

Públicas e Serviços do Estado do Tocantins (CLOPS), tendo em vista que não lograram êxito em afastar as irregularidades que lhes foram imputadas nestes autos;

9.4. rejeitar integralmente as razões de justificativa apresentadas pelo Senhor José Edmar Brito Miranda, ex-Secretário Estadual de Infraestrutura do Tocantins, tendo em vista que não lograram êxito em afastar as irregularidades que lhes foram imputadas nestes autos;

9.5. aplicar, individualmente, aos responsáveis abaixo indicados, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 268, inciso II, do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do RI/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente a partir da data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor: Denilson Domingos Carvalho (Membro da CLOPS) – R\$ 5.000,00; Marília Sousa Moreira (Membro da CLOPS) – R\$ 5.000,00; Silvio Leão (Membro da CLOPS) – R\$ 5.000,00; Luiz Mário Ranzi (Presidente da CLOPS) – R\$ 10.000,00; José Edmar Brito Miranda (ex-Secretário de Infraestrutura de Tocantins) – R\$ 10.000,00. (TCU, Plenário, Processo nº 018.944/2008-0, Acórdão nº 397/2013, Relator Ministro Valmir Campelo, Julg.: 06/03/2013, Pub.: 14/03/2013)

A dispensa irregular de licitação também é razão que acarreta multa ao administrador, consoante jurisprudência do TCU:

DENÚNCIA. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. RETIRADA DA CHANCELA DE SIGILOSO DOS AUTOS. ARQUIVAMENTO

(...)

2. De acordo com a denúncia, a Prefeitura Municipal de Carlos Chagas realizou contratação direta (fls. 154-158) da empresa URB - Topo Engenharia e Construções Ltda. - CNPJ 17.462.219/0001-05 pelo valor de R\$ 4.891.407,53, mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, apesar de posição contrária da Comissão Permanente de Licitação (fl. 133) e de Parecer Jurídico (fls. 138-145).

(...)

3. No curso da investigação feita pelo TCU, em atendimento à diligência, o prefeito de Carlos Chagas, Sr. Milton José Tavares de Quadros, elidiu algumas das irregularidades que foram apontadas na Denúncia. Apesar disso, não apresentou elementos que pudessem afastar a dispensa irregular de licitação pública e a contratação de empresa com certidões vencidas

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2 rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Milton José Tavares de Quadros;

9.3 aplicar ao Sr. Milton José Tavares de Quadros (CPF 512.169.736-87) a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor. (TCU, Plenário, Processo nº 028.006/2010-0, Acórdão nº 2403/2013, Relator Ministro Raimundo Carreiro, Julg.: 04/09/2013,

Pub.: 10/09/2013)

Nesse tom, a exposição das razões de fato e de direito do ato administrativo por parte do administrador público, pois, constitui ferramenta capaz de ensejar o julgamento regular de Tomada de Contas e a improcedência de processos de Denúncia e Representação, perante os Tribunais de Contas, eximindo o gestor de culpa e consequente imputação de débito e/ou multa ao mesmo.

Assim, diante do já exposto, pode-se afirmar que a motivação possui diversas finalidades.

Cintra (1979, p. 112) elenca as finalidades que atribui serem inerentes à motivação do ato administrativo. De acordo com o autor a obrigação legal de motivar força o agente público a ter um cuidado maior no exame de questões como legalidade ou conveniência e oportunidade do ato a ser editado, evitando-se, pois, precipitações e negligências por parte da Administração Pública. Assim, reduz o risco da prática de arbitrariedades e acarreta maior proteção da liberdade individual diante da autoridade pública.

Outra finalidade apontada por Cintra consiste no fato de que a motivação facilita tanto o controle interno do ato administrativo, feito pelo mesmo órgão que o editou, quanto o controle externo, exercido por órgão distinto e competente.

Na visão de França (2007, p. 104), por sua vez, as finalidades básicas da motivação são: a melhoria da qualidade dos atos administrativos e outorga de legitimidade a essas decisões, haja vista a relevância que a fundamentação do ato tem para a ponderação dos interesses por ele afetados e para a aceitação da decisão pelos seus destinatários; garantir a efetividade e eficiência ao controle de juridicidade dos atos administrativos; e ampliar a publicidade da atividade administrativa.

Assim, a motivação das decisões nas licitações assegura a racionalidade, a fiscalização e o controle dos atos administrativos, evitando-se, além de arbitrariedades, o desvio de poder por parte dos gestores públicos. Serve, também, como instrumento a ser utilizado em benefício do próprio gestor público, eximindo-o de possíveis irregularidades apontadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho visou estudar a importância da Motivação enquanto instrumento necessário a ser utilizado no contexto das Licitações Públicas, a fim de que esta atinja sua finalidade principal, qual seja, o atendimento do interesse público, mediante seleção da proposta mais vantajosa.

Para tal, primeiramente, foram apresentadas as bases teóricas relacionadas ao instituto da Licitação Pública. Em seguida, discorreu-se acerca dos princípios licitatórios explícitos, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Posteriormente, discutiu-se a respeito do Princípio Administrativo da Motivação na Licitação Pública. Por fim, foi analisada a obrigatoriedade de obediência ao princípio administrativo da motivação por parte do gestor público na condução dos certames licitatórios, e o seu caráter instrumental à construção do ato e à validade das decisões.

Realizou-se pesquisa bibliográfica, mediante consulta às legislações correlacionadas ao tema, jurisprudências, trabalhos acadêmicos e principais doutrinas existentes.

Diante da problemática levantada este trabalho concluiu que a motivação é instrumento indispensável à validade dos atos licitatórios, uma vez que é corolário do Estado Democrático de Direito, e que sua ausência, insuficiência ou intempestividade consubstancia vício, capaz de ensejar a nulidade do ato.

Tal instituto demonstra-se útil à observância dos demais princípios licitatórios, estando a estes correlacionados. Pode-se ir além e afirmar que a motivação é instrumento essencial ao adimplemento de todos os princípios administrativos.

Ela assegura, pois, que todos os atos, bem como as fases do procedimento licitatório estejam em conformidade com o ordenamento e com o interesse público, oferecendo tanto aos licitantes como aos demais cidadãos a oportunidade de contestar as decisões tomadas no processo que antecede as contratações públicas. Dessa forma, serve como instrumento de legitimação do ato licitatório dentro do ordenamento

jurídico.

Observou-se ainda que a fundamentação é instrumento relevante no combate à limitação de competitividade nos certames, às desclassificações arbitrárias de concorrentes, aos tratamentos anti-isonômicos entre os licitantes, às contratações que não atendam o interesse público e que visem apenas ao interesse particular do administrador e/ou do licitante. É, pois, o escudo maior à disposição da cidadania contra as arbitrariedades e os desvios de poder, entre outras hipóteses.

A motivação demonstra-se útil também ao próprio gestor público, diante das constantes acusações de fraudes, favorecimentos em procedimentos licitatórios, dano ao erário em razão de contratações irregulares, conluíus, entre outras irregularidades no procedimento licitatório, para que o mesmo possa comprovar a legitimidade das decisões tomadas.

Ademais, o instituto da fundamentação auxilia os controles interno, externo e social, no resguardo do interesse público e na materialização do valor proclamado pelo Estado Democrático de Direito.

No que concerne às limitações encontradas na elaboração deste estudo, cita-se a escassa bibliografia e trabalhos acadêmicos acerca do instituto da motivação no âmbito das Licitações Públicas.

Por fim, espera-se que o presente trabalho sirva como base e fonte de estudo para futuras pesquisas acerca da problemática da instrumentalidade da motivação nas licitações públicas.

Deseja-se também que o mesmo sirva como meio de informação para a população no que tange a relevância da motivação como instrumento a ser utilizado na defesa dos interesses pessoais e coletivos dos cidadãos, em face das possíveis arbitrariedades nos procedimentos licitatórios, bem como de advertência para os administradores públicos acerca da necessidade da fundamentação para a consecução de legitimidade em suas decisões.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª edição. São Paulo: Método, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Os Direitos Fundamentais Sociais dos Servidores Públicos Ante os Novos Paradigmas do Direito Administrativo.** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará - UFC, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Lucas Furtado. **Curso de Direito Administrativo.** 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.