

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

RENATA HELENA CEZE CARAM ZUQUIM

O DIREITO DE LICITAR COMO PODER JURÍDICO

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

RENATA HELENA CEZE CARAM ZUQUIM

O DIREITO DE LICITAR COMO PODER JURÍDICO

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do título de especialista em Direito
Administrativo no curso de Pós-Graduação Latu
Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público
- IDP

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

RENATA HELENA CEZE CARAM ZUQUIM

O DIREITO DE LICITAR COMO PODER JURÍDICO

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Administrativo no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Brasília, 26 de Agosto de 2016.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Ao meu marido, sempre presente.

RESUMO

A atividade estatal está voltada para a proteção da coisa pública e a satisfação do interesse da coletividade, de acordo com os preceitos do Direito e da Moral, e em conformidade com os princípios que norteiam seu exercício. Nesse contexto, a Administração Pública tem o dever de licitar e, às pessoas, físicas e jurídicas, que preencham os requisitos estabelecidos na lei e no instrumento convocatório, é garantido o correlato direito de licitar, consubstanciado em um direito subjetivo público, assistindo-lhe, ainda o poder jurídico de decidir fazê-lo. Este trabalho busca demonstrar o direito de licitar como um poder jurídico, fundamentado nos princípios aplicáveis à Administração Pública consagrados no art. 37 da Constituição Federal/88, em especial no princípio da moralidade administrativa, decorrente do princípio republicano e que embasa o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Licitação. Direito de Licitar. Direito subjetivo público. Poder jurídico. Princípio da moralidade administrativa

ABSTRACT

The state activity is focused on the protection of public assets and the satisfaction of the community of interest, according to the precepts of Law and Morals, and in accordance with the principles that guide its exercise. In this context, the Public Administration has the duty to bid and, people, individuals and companies, that meet the requirements established by law and in the invitation, it is guaranteed the correlative right to bid, embodied in a public subjective right, watching him, still the legal power to do so decider. This paper stresses the right to bid as a legal power, based on the principles applicable to public administration inserted in art. 37 of the Federal Constitution/88, in particular the principle of administrative morality, stemming from the republican principle which underlies the democratic rule of law.

Keywords: Bidding. Right to bid. Public subjective right. Legal power. principle of administrative morality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	08
1.1 Princípio da Moralidade Administrativa	16
1.2 Relação entre o princípio da moralidade e os princípios da eficiência, impessoalidade, igualdade e legalidade	21
1.3 Aplicação do Princípio da Moralidade Administrativa no procedimento licitatório	23
2 DIREITO SUBJETIVO	25
2.1 Direito subjetivo público	29
2.2 Direito subjetivo, ação e pretensão	31
2.3 Direito subjetivo e direito potestativo	32
2.4 Direito subjetivo e poder jurídico	33
3 O DEVER E O DIREITO DE LICITAR	35
3.1 O Dever de Licitar	35
3.2 O Direito de Licitar	37
3.2.1 Objeto do direito de licitar	41
3.2.2 Sujeito do direito de licitar	42
4 O DIREITO DE LICITAR COMO PODER JURÍDICO FUNDAMENTADO NO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	45
4.1 O direito de licitar como poder jurídico	45
4.2 O princípio da moralidade administrativa como fundamento do direito de licitar .	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A licitação é o procedimento administrativo por meio do qual o Estado seleciona a proposta mais vantajosa para aquisição de bens e serviços de seu interesse, estando consagrada a sua obrigatoriedade na Constituição Federal/88.

Dessa forma, no exercício de sua função, a Administração Pública tem o dever de licitar e ao particular assiste o correlato direito de licitar, que se configura como um direito subjetivo público, desde que preencha as condições necessárias para tanto; assiste-lhe, assim, o poder jurídico de decidir fazê-lo.

A relevância do tema consiste em caracterizar o administrado como sujeito ativo do direito de licitar, uma vez que detém o referido poder jurídico, fundamentado nos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, em especial no princípio da moralidade administrativa, desdobramento do princípio republicano. Resta afastada, portanto, a discricionariedade do administrador público, tão questionada nos dias de hoje.

O problema de pesquisa deste trabalho, em suma, é investigar em que medida o direito de licitar pode se configurar como um poder jurídico.

Assim, o tema será explorado partindo-se da análise dos princípios constitucionais a que está submetido o ordenamento jurídico administrativo, especialmente o mencionado princípio da moralidade, em seguida trazer os conceitos de direito subjetivo, do dever de licitar e do direito de licitar, discorrendo, com relação a esse último, sobre seus sujeitos e objeto, de poder jurídico e, ao final, demonstrar a relação entre o direito de licitar e o poder jurídico.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o sentido objetivo da Administração Pública consiste “na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa”.¹

Ainda em consonância com os ensinamentos de Carvalho Filho, entende-se por função administrativa:

Trata-se de própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública (res publica), é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltada para os indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar.²

Nessa mesma esteira, Fernanda Marinela refere-se à natureza da atividade administrativa como “um múnus público, de encargo, para quem a exerce, caracterizando-se como um dever de defesa, conservação e aprimoramento de bens, serviços e interesses da coletividade, não se admitindo a liberdade para a perseguição de outros interesses.”³

Em razão de a atividade estatal estar voltada para o cumprimento da mencionada finalidade pública, consoante os preceitos do Direito e da Moral, a Administração Pública sujeita-se aos princípios administrativos que norteiam suas atividades e limitam o seu poder-dever.

De acordo com a lição de Miguel Reale “princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a aplicação e integração, quer para a elaboração de normas novas”.⁴ E ensina, ainda, o doutrinador, que princípios

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.11

² CARVALHO FILHO, op.cit., p.11

³ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010, p.20

⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.304

são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.⁵

Para Bertoncini⁶, os princípios são “as regras fundamentais de qualquer ciência” e “deve cada ciência apoiar-se em princípios, pois este são, sempre, ponto de partida”. Sob o ponto de vista jurídico, que não se diferencia do sentido laico, o doutrinador cita os termos “preceito, norma de conduta e base” para dar significado aos princípios.⁷

Quanto aos princípios administrativos, Carvalho Filho posiciona-se da seguinte forma:

Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Bem observa Cretella Júnior que não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios.⁸

Há que se considerar, ainda, a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello citada por Pazzaglini Filho nos termos seguintes:

‘Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra, Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada’.⁹

De fato, os princípios constitucionais são normas de valor superior em relação às demais regras do ordenamento jurídico, caracterizados pela autoexecutoriedade, eficácia imediata e imperatividade, além de serem vinculantes e coercitivos para a sociedade e para o Poder Público. Nessa esteira, Paulo Bonavides qualifica os princípios constitucionais como normas-chaves de todo o sistema jurídico.¹⁰

⁵ REALE, op.cit., p. 303

⁶ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.20.

⁷ BERTONCINI, op.cit., p.29

⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p.18

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.10

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 292

Em um primeiro momento é importante destacar que somente em 1988 foram constitucionalizados os princípios jurídicos atinentes à Administração Pública, vez que as constituições brasileiras anteriores eram omissas em relação à essa matéria, apesar de nelas constarem normas relacionadas aos servidores e à responsabilidade do Estado. A principiologia relativa à Administração Pública encontrava-se precipuamente na doutrina, o que não lhe conferia, por óbvio, status de norma constitucional.¹¹

Assim, a Constituição Federal/88 dedicou seu Capítulo VII às normas aplicáveis à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, já no início desse capítulo, o *caput* do art. 37¹² estabeleceu de forma expressa os princípios a que todos esses entes administrativos estão sujeitos, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ressalte-se que não se trata de rol exaustivo, haja vista que ao longo do texto constitucional e em normas infraconstitucionais outros princípios são consagrados expressamente, além daqueles implícitos, que decorrem dos primeiros e do próprio regime constitucional, tais como os princípios da proporcionalidade, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Considerando que o presente trabalho busca demonstrar que o direito de licitar, como um poder jurídico, decorre diretamente do princípio da moralidade administrativa, ao qual será destinado um capítulo específico, os princípios da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e da legalidade serão tratados aqui apenas de forma sucinta.

O princípio da publicidade consiste na transparência dos atos da Administração Pública com relação aos cidadãos, cujo exercício confere aos particulares o acesso às informações estatais não sensíveis, ou sigilosas, nos termos de lei própria. Pode-se dizer que é um princípio regulador da eficiência dos atos administrativos, na medida em que garante a participação e controle de tais atos pelos cidadãos.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, citado por Pazzaglini, leciona que:

¹¹ BERTONCINI, op. cit., p. 83-85

¹² “Art. 37 da CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte: (...)”.

‘No plano jurídico-formal o princípio da publicidade aponta para a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia, até porque os agentes estatais não atuam para a satisfação de interesses pessoais, nem sequer da própria Administração, que, sabidamente, é apenas um conjunto de pessoas, órgãos, entidades e funções, uma estrutura, enfim, a serviço do interesse público, que, este sim, está acima de quaisquer pessoas. Prepostos da sociedade, que os mantém e legitima no exercício das funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação/publicidade dos seus atos’.¹³

O Ministro Carlos Ayres Britto, em voto proferido como relator nos autos da Suspensão de Segurança nº 3902, defende que

de um lado faz-se presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (*caput* do art 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da “coisa pública”(República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro, as exceções também constitucionalmente abertas, que são aquelas “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”¹⁴ (inciso XXXIII do art. 5o). (...)”

Porém, a publicidade dos atos e informações relativas à Administração Pública deve se dar conforme os limites impostos pelas leis e pela Constituição Federal, bem como pelos demais princípios constitucionais.¹⁵

Por fim, sem que tenha sido esgotado o assunto, importante concluir que, com relação ao procedimento licitatório, o princípio da publicidade reflete o dever de a Administração Pública permitir o amplo acesso dos interessados ao edital, possibilitar a verificação da regularidade dos atos praticados, bem como divulgar as informações relativas aos resultados dos certames e aos contratos firmados.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, traduz, em um primeiro momento, a ideia de que a Administração Pública deve conferir igualdade de tratamento aos indivíduos que

¹³ PAZZAGLINI, op. cit. p. 22

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo AgRg na Suspensão de Segurança nº 3902. Tribunal Pleno. Julgado em 09/06/2011. DJe 03/10/2011

¹⁵ “ No contexto do controle das atividades estatais, tem-se dado muito destaque à ideia publicidade como instrumento poderoso e ensejador da legitimação democrática estatal, a viabilizar conhecimento dos atos estatais em geral por parte dos cidadãos. (...) Porém, isso não significa, necessariamente, a exigência de uma “casa de vidro” totalmente translúcida, mas apenas que deve haver relativa opacidade dos atos do Estado, de acordo com os limites e exigências impostos pela Constituição e leis de determinado país”. MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Controle via publicidade e o mérito do Tema 483 da Repercussão Geral. **Revista Consultor Jurídico**. 02/05/2015. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 05/07/2015.

se encontrarem em uma mesma situação jurídica, sendo vedado nessa circunstância o favorecimento de uns em detrimento de outros. Isto porque a atividade estatal está voltada para a busca do interesse público.¹⁶

A segunda vertente do princípio da impessoalidade está relacionada à ideia de vedação de vincular as atividades da Administração Pública às pessoas dos administradores, mediante a promoção do agente público¹⁷, tendo sido a mesma consagrada no parágrafo 1º. do art. 37 da CF, *in verbis*:

Art. 37. (...)

§1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Segundo entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade insere-se no âmbito dos princípios da isonomia e da finalidade:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.¹⁸

Nessa mesma esteira, Marçal Justen Filho leciona que

a impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanções da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indicam vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação).¹⁹

Quanto ao princípio da eficiência administrativa, introduzido expressamente na Carta Magna em razão da Emenda Constitucional 19/98, trata-se de mandamento que impõe à Administração Pública exercer suas atividades com presteza, rendimento, perfeição, qualidade

¹⁶ CARVALHO FILHO leciona que “aqui reflete a aplicação do princípio da finalidade, sempre estampado na obra de tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.” CARVALHO FILHO, *op.cit.*, p. 20-21.

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p.193-194

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.114

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2014. p.87

e economicidade, visando obter os melhores resultados com a melhor relação custo-benefício e, conseqüentemente, a proteção do interesse público.²⁰

Importante observar que o conteúdo do referido princípio já existia, não como norma constitucional, mas constava na doutrina e em normas infraconstitucionais, como no art. 6º da Lei 8987/95, o qual reza sobre concessão e permissão de serviços públicos e define o conceito de serviço público adequado. Assim, não há que se falar que o advento da Emenda Constitucional 19/98 trouxe alterações no regime jurídico-administrativo, relativamente ao postulado da eficiência.

Bertoncini, escorado nas lições de Hely Lopes Meirelles, Aurélio Buarque de Holanda e Maria Helena Diniz, sintetiza as características do princípio da eficiência: “a virtude de produzir efeito pela ação; seu caráter finalístico, na busca de um resultado almejado pela Administração Pública; que esse resultado seja qualificado pela perfeição e atualidade de seu objeto; e, por derradeiro, um dever do seu administrador público – eficiência funcional”.²¹

Ressalte-se, por fim, segundo o posicionamento de alguns doutrinadores, entre eles Marinela²² e Carvalho Filho²³, que apesar de a EC 19/98 ter inserido expressamente na Carta o princípio da eficiência, bem como alguns mecanismos para viabilizar sua aplicação, falta a devida regulamentação, o que enfraquece o referido mandamento.

Versando agora sobre a legalidade, trata-se de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito; encontra-se exposto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal/88, o

²⁰ SILVA, Gustavo Scatolino; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodium, 2012. p.71

²¹ BERTONCINI, op.cit., p. 120

²² “O princípio da eficiência é algo muito desejado. Contudo, é juridicamente fluido e tão difícil o seu controle que, apesar de todas as regras ditas acima, mais parece um simples adereço, um enfeite agregado ao art. 37, ou até, como preferem alguns, trata-se de um mero extravasamento de uma aspiração dos membros do Poder Constituinte Reformador. Na verdade, de que vale a sua prescrição expressa e os instrumentos constitucionais para sua efetivação, se eles dependem de regulamentação e até agora as regras não vieram, se dependem de ações práticas e de investimentos e até agora pouco foi feito. Dessa forma, a eficiência não deixa de ser uma mera utopia, um sonho...” MARINELA, op.cit. p. 44

²³ “Incluído em andamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, §3º, da Constituição Federal que, mesmo antes da alteração introduzida pela Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regulamentar as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta.” CARVALHO FILHO, op.cit. p.31

qual reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

De forma mais específica, o princípio da legalidade aplicado ao regime jurídico da Administração, está consagrado no art. 37, *caput*, CF/88, já transcrito. Porém, diferentemente do comando do inciso II antes mencionado, por meio do qual, para o cidadão, o que não é proibido é permitido, a Administração Pública e os seus agentes somente poderão agir em conformidade com o prescrito na lei, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal. Fernanda Marinela leciona que na primeira hipótese, estabelece-se uma “relação de não contradição à lei”, enquanto que no segundo caso, institui-se um “critério de subordinação à lei”.²⁴ Por isso, inclusive, pode-se dizer que a legalidade administrativa é um fundamento da atuação da Administração Pública.

Dessa forma, o princípio da legalidade pode ser entendido por seu sentido estrito, que significa atuar em conformidade com as disposições legais, bem como pelo sentido amplo, que impõe à Administração Pública obedecer ao comando da lei e também aos demais princípios administrativos, como o da moralidade e do interesse público.

A jurisprudência dos tribunais pátrios atualmente reflete essa ideia, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A indicada afronta dos arts. 128, 269, II, 302, 460, 515, § 1º, 516 e 535, II, do CPC não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. É importante registrar a inviabilidade de o STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, "a".

4. O STJ teve oportunidade de decidir que a assistência à saúde do servidor será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, conforme preceitua o art.

²⁴ “Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal”. MARINELA, op.cit., p.31

230 da Lei 8.112/1990, podendo a administração pública prover, em caráter suplementar, essa assistência, de forma direta ou através de convênios com operadoras de planos de saúde. Precedente: MS 14.511/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 21/6/2012.

5. Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifo nosso)²⁵

Verifica-se, então, que o princípio da legalidade não abrange somente as leis em seu sentido estrito; o referido postulado abarca, inclusive, os mandamentos constitucionais.

Por essa razão, considerando que os atos da Administração Pública somente terão validade se respaldados na lei, em seu sentido amplo, o princípio da legalidade representa uma situação de segurança jurídica, que estabelece limites para a atuação do administrador, e, via de consequência, confere garantia para os administrados.

Como não poderia deixar de ser, no procedimento licitatório, da mesma forma, o princípio da legalidade administrativa deve orientar todas as suas fases e, portanto, qualquer providência adotada pela Administração Pública na tramitação do certame deve estar autorizada na legislação, ainda que de forma implícita, e calcada nos princípios e regras constitucionais, sob pena de nulidade da contratação pretendida.

Todavia, apesar de a licitação ser rigorosamente vinculada à lei, esta permite, em casos específicos, a discricionariedade do administrador, haja vista a variedade de situações concretas, com suas características próprias, com as quais se depara. Assim, a lei estabelece limites a serem observados pelo administrador, que em sua discricionariedade definirá, por exemplo, as condições da contratação, o objeto, condições de pagamento, formas de execução, etc. A partir do momento que tais condições forem sendo definidas, a discricionariedade se restringe.²⁶

Sobre o assunto, Justen Filho leciona que:

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.341.775 – PR. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJe 18/05/2016

²⁶ JUSTEN FILHO, op.cit. p. 83-85

O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de qualquer decisão subjetiva do administrador. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais conveniente para concretização dos interesses coletivos e supraindividuais, segundo os critérios objetivos. A liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para uma decisão discricionária. Isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria que ser a mesma.²⁷

Portanto, resta claro que a Administração Pública sujeita-se ao princípio da legalidade, que limita a atuação de seus administradores, garantindo segurança ao procedimento licitatório.

1.1. Princípio da moralidade administrativa

Em um primeiro momento, cumpre destacar a diferença entre a moralidade comum e a moralidade administrativa. Aos olhos de um leigo, a diferença entre tais conceitos é equivocadamente bastante sutil.

A palavra moral está associada à moralidade, sendo que “moral é o conjunto de regras adquiridas através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano, e que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade. Etimologicamente, o termo moral tem origem no latim *morales*, cujo significado é *relativo aos costumes*”.²⁸

Por seu turno, moralidade significa “atributo, particularidade ou característica do que é ou possa estar relacionado à moral; que se pauta ou pratica os fundamentos e/ou ensinamentos da moral; reunião dos fundamentos morais (a virtude, a moral, os bons costumes, a honestidade etc)”.²⁹ Trata-se aqui da moral comum.

A moralidade administrativa está relacionada ao dever da Administração Pública e seus agentes de agirem em conformidade com os princípios éticos, de boa-fé e lealdade, os quais retratam a ideia de honestidade, bem como de acordo com as regras de boa administração. E, considerando que é dotada de imperatividade, sua inobservância gera sanções.

Verifica-se, então, que a noção de moralidade comum está vinculada à ideia básica de distinguir entre o bem e o mal, o justo e o injusto. Diferentemente, a moralidade

²⁷ JUSTEN FILHO, op.cit. p. 85

²⁸ Definição de moral encontrada no site www.significados.com.br. Acesso em 29/07/2016.

²⁹ Definição de moralidade encontrada no site www.dicio.com.br. Acesso em 29/07/2016.

administrativa está ligada à ideia de boa-fé e de probidade administrativa³⁰, e integra não apenas as regras de boa administração e correção de atitudes, mas também a noção de proteção do bem comum e de interesse da coletividade.³¹

Mello leciona que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa; na verdade, referido mandamento será tido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado.³²

Devido à relevância da moralidade administrativa, a Constituição Federal/88 a consagrou em seu já transcrito art. 37, *caput*, como norma jurídica de observância obrigatória por toda a Administração Pública, direta e indireta. Adicionalmente, a Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, estabeleceu para os agentes públicos de qualquer esfera ou hierarquia a obrigatoriedade de obediência ao referido mandamento, sob pena de caracterização de improbidade administrativa.³³

Importante observar, ainda, que a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, reconhece expressamente em seu art. 31³⁴ a relevância do princípio da moralidade, ao discipliná-lo como mandamento obrigatório nos procedimentos licitatórios em que figurem tais entes.

O Ministro Celso de Mello, relator do Ag.Reg. na Ação Cautelar nº 3585/RS, ao proferir seu voto, tratou sobre a relação entre a moralidade e a probidade administrativas, citando os ensinamentos do Ministro Velloso:

³⁰ “A moral administrativa liga-se à ideia de probidade e boa-fé. A Lei 9784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, refere-se a tais conceitos nestes termos: ‘nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’” ALEXANDRINO; PAULO, *op.cit.* p.190.

³¹ MARINELA, *op.cit.*, p. 38

³² MELLO, *op.cit.*, p.119-120

³³ “Art. 11, *caput*: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade e lealdade”.

³⁴ “Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo”.

Daí a (procedente) observação feita pelo eminente Ministro Carlos Velloso, em voto proferido no julgamento da Reclamação 2.138/DF:

‘O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. ‘Então’, escreve Marcelo Figueiredo, ‘a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa’ (Marcelo Figueiredo, ‘ob. e loc. cit.’). A Lei no 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, que tem sua gênese na Constituição Federal, art. 37, § 4o, é, portanto, instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa.

Dispõe o § 4o do art. 37 da Constituição da República:

Art. 37.

§ 4o Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.’

.....
A lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador ímprobo é, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa. Assim, a interpretação desta, que tem por finalidade, vale repetir, realizar o princípio constitucional, há de ser a mais larga, a fim de se conferir a máxima eficácia a este³⁵

Importante destacar que ao longo do texto constitucional observam-se outros dispositivos que resguardam o princípio da moralidade administrativa, como o § 4º do art. 37³⁶,

³⁵ E M E N T A: “MEDIDA CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL” – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGENTE POLÍTICO – COMPORTAMENTO ALEGADAMENTE OCORRIDO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – POSSIBILIDADE DE DUPLA SUJEIÇÃO TANTO AO REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA, MEDIANTE “IMPEACHMENT” (LEI Nº 1.079/50), DESDE QUE AINDA TITULAR DE REFERIDO MANDATO ELETIVO, QUANTO À DISCIPLINA NORMATIVA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) – EXTINÇÃO SUBSEQUENTE DO MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – EXCLUSÃO DO REGIME FUNDADO NA LEI Nº 1.079/50 (ART. 76, PARÁGRAFO ÚNICO) – PLEITO QUE OBJETIVA EXTINGUIR PROCESSO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DE, À ÉPOCA DOS FATOS, A AUTORA OSTENTAR A QUALIDADE DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO – LEGITIMIDADE, CONTUDO, DE APLICAÇÃO, A EX-GOVERNADOR DE ESTADO, DO REGIME JURÍDICO FUNDADO NA LEI Nº 8.429/92 – DOCTRINA – PRECEDENTES – REGIME DE PLENA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ESTATAIS, INCLUSIVE DOS AGENTES POLÍTICOS, COMO EXPRESSÃO NECESSÁRIA DO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA – O RESPEITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DOS ATOS GOVERNAMENTAIS – PRETENSÃO QUE, SE ACOLHIDA, TRANSGREDIRIA O DOGMA REPUBLICANO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO À AÇÃO CAUTELAR – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA POR SEU IMPROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 3585AgR/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. DJe 28.10.2014

³⁶ “Art. 37. (...) §4º: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

que trata sobre os atos de improbidade administrativa e o art. 85, inciso V³⁷, que define como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade administrativa.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal/88, preocupada em adotar mecanismos de proteção ao princípio em tela, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, revela entre outros instrumentos, a ação popular como remédio constitucional para impugnar os atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso).³⁸

O presente trabalho não poderia deixar de mencionar as lições de Bertoncini³⁹ que se posiciona no sentido de que, no seu entender, o Decreto 1.171/94 – que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – explicitou o conceito de moralidade administrativa criado pelo jurista francês Hariou, ao estabelecer que a moralidade na Administração Pública não se limita a distinguir o bem do mal, mas deve trazer a ideia de que o bem comum é o fim perseguido.⁴⁰

³⁷ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V- a probidade na administração”.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 29/07/2016.

³⁹ BERTONCINI, op.cit. p. 105-106

⁴⁰ “Foi Hauriou, êsse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, IH, 20), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da "boa administração", determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa. (...) Só na 10. edição da citada obra, de passagem, indicou finalmente o que por moralidade administrativa entendia: ..conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Nação que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à "disciplina interna da Administração.

Segundo Hauriou, qualquer sêr capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Sêr atuante, a Administração pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral: "nDII omne quod licet honestum est", dizia já Paulo. Se os particulares podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente,

Hely Lopes Meirelles afirma que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública e ensina que

cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.⁴¹

Outrossim, considerando a importância do postulado da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a Suprema Corte já se posicionou no sentido de o mesmo decorrer do princípio republicano inscrito no art. 1º da Constituição Federal/88⁴², sendo este o mandamento regente de todo ordenamento jurídico brasileiro e do qual, não se pode deixar de reconhecer, decorrem vários outros princípios fundamentais.

Nesse sentido vale transcrever os ensinamentos do Ministro Celso de Mello, ao proferir despacho nos autos do Mandado de Segurança nº 27141/DF:

Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos – legisladores, magistrados e administradores – são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos.

A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo.

Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais:

‘A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da

também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica”. BRANDÃO, Antonio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, nº 25. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho-setembro 1951. p. 457.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.90.

⁴² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais⁴³.

Assim, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa é um mandamento ético-jurídico, decorrente do próprio princípio republicano, que se relaciona com o cuidado com a coisa pública e traz em seu âmago os princípios da igualdade e impessoalidade, norteando a atividade da Administração. Além disso, possui três elementos intrínsecos, quais sejam a legalidade da norma, a moral, representada pela boa-fé, honestidade e ética, bem como a finalidade de satisfação do interesse público.

Cumpra observar, por fim, que o princípio da moralidade deve ser observado não apenas pela Administração Pública e seus agentes, mas também pelos particulares que com eles se relacionam.⁴⁴ A boa-fé, a ética e a lealdade devem permear os atos praticados por ambos.

1.2. Relação entre o princípio da moralidade e os princípios da eficiência, impessoalidade, igualdade e legalidade

Com relação a este tópico, os doutrinadores se posicionam em duas principais correntes. Uma que entende que “o princípio da moralidade condensa em seu âmago o sentido atribuído aos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade”⁴⁵, e, uma segunda que, como Carmem Lúcia Antunes Rocha, perfilha o entendimento no sentido de que o teor da moralidade administrativa está inserido nos três antes referidos princípios constitucionais.

O preceito da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. Assim, o que se exige no sistema de

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.141/DF. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. DJe 27/02/2008

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 78

⁴⁵ “O princípio da moralidade como elemento norteador da configuração do nepotismo na Administração Pública”, de autoria de Quitéria Tamanini Vieira Peres in CARLIN, Volnei Ivo (organizador). **Grandes temas de Direito Brasileiro: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009, p. 701-716

Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.⁴⁶

Como dito linhas atrás, os princípios constitucionais são os valores primordiais de todo o ordenamento jurídico, além de simbióticos em condições de igualdade, sendo dispiciendo entender que um esteja inserido no outro e vice-versa.

De fato, do ponto de vista estritamente jurídico, não há hierarquia entre eles, ainda que se afirme que a essência do princípio da moralidade esteja inserida em todo sistema jurídico. O que deve ocorrer, na verdade, é a conciliação das diretrizes dos princípios constitucionais, em especial ao se tratar da gestão do interesse público, voltado para a proteção da coisa pública.

Como ensina Gustavo Binbenbojm, “um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico”.⁴⁷

Quanto à relação existente entre os princípios da moralidade e da legalidade administrativa, para alguns doutrinadores, o primeiro princípio derivou do segundo. Nesse sentido se posiciona Fernanda Marinela:

Enquanto previsão expressa, esse princípio representa uma novidade na Constituição de 1988, art. 37, *caput*, caracterizando-se como uma evolução do princípio da legalidade, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, apesar de não ter conteúdo definido, preciso; representa um conceito jurídico indeterminado, vago. Esse fato constitui um obstáculo para o poder judiciário aceitar a possibilidade de invalidação de um ato por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria dos julgados a admite como uma agravante da ilegalidade e não como um vício autônomo.⁴⁸

Sem razão, com o devido respeito. É inegável a importância do princípio da moralidade, vez que a Administração, seus agentes e os administrados devem sempre se pautar pela boa-fé, honestidade e ética, independentemente da legalidade da qual se reveste os atos administrativos, sob pena de invalidação de tais atos.

⁴⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 213-214.

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 8

⁴⁸ MARINELA, op.cit. p.38

Justen Filho trata sobre o assunto nos seguintes termos:

Ademais, é obrigatório o respeito à probidade administrativa e à moralidade. Em nenhuma hipótese a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. 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.⁴⁹

Nessa mesma esteira são os ensinamentos de Di Pietro:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁵⁰

Por outro lado, o fato de a moralidade haver sido inserida pelo constituinte no texto da Carta Magna como princípio constitucional juntamente, no mesmo artigo, com a legalidade, afasta o questionamento sobre a sua autonomia em relação à esse segundo mandamento.

Conclui-se, dessa forma, que a moralidade é princípio constitucional autônomo, que deve ser aplicado em conjunto com os demais princípios, inclusive o da legalidade. A Administração Pública não pode orientar suas atividades somente em razão dos ditames prescritos na lei; o seu poder-dever, outrossim, deve estar consubstanciado nas regras de boa administração, lealdade e boa-fé, objetivando atingir a finalidade para a qual se propõe, qual seja, a garantia do bem comum e de interesse da sociedade.

1.3. Aplicação do Princípio da Moralidade Administrativa no procedimento licitatório

Para Carvalho Filho, a licitação é

o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.⁵¹

⁴⁹ JUSTEN FILHO, *op.cit.*, p. 87-88

⁵⁰ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 78

⁵¹ CARVALHO FILHO, *op.cit.* p. 238

Sendo uma atividade estatal, a Administração Pública deve, portanto, observância, além de outros, ao princípio da moralidade administrativa ora examinado durante todas as fases do procedimento licitatório. A Lei 8.666/93, que regulamenta as normas para a licitação e contratos públicos, inclusive reforça em seu art. 3º, *caput*, a obrigatoriedade de aplicação de tal princípio, já antes consagrado no texto constitucional:

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. (grifo nosso)⁵²

Ademais, a referida Lei 13.303/16 – Lei das Estatais, de caráter especial, recentemente publicada, também traz em seu texto, segundo art. 31 já transcrito, a necessidade de observar tal postulado nas licitações realizadas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

Conforme anteriormente mencionado, o postulado da moralidade administrativa deve também ser respeitado pelos interessados em participar do procedimento licitatório e contratar com a Administração.

Justen Filho salienta a necessidade de os licitantes prestarem observância ao princípio em tela da seguinte forma:

O princípio da moralidade também se refere à conduta dos próprios participantes da licitação. A disputa deve ser honesta entre eles. Devem guardar postura moralmente correta perante os demais competidores e a Administração. A imoralidade de sua conduta acarretará seu afastamento. Por isso é necessária a própria disputa. Havendo colúio ou composição entre os licitantes, estarão frustrados os princípios da moralidade e da probidade. Deverá invalidar-se o certame, punindo-se os responsáveis.⁵³

Conclui-se, portanto, que, em razão de mandamento constitucional, o princípio da moralidade deve permear todos os atos dos procedimentos licitatórios, tanto pelos agentes públicos quanto pelos particulares que com eles se relacionam.

⁵² BRASIL. Lei 8666, de 21 de junho de 1993. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 04/08/2016

⁵³ JUSTEN FILHO, op.cit., p.88

2. DIREITO SUBJETIVO

Considerando que a sociedade ocidental tem como um de seus pressupostos basilares o respeito ao indivíduo como portador de direitos e obrigações próprios e com liberdade para exercitá-los de acordo com sua conveniência, a evolução social estabeleceu regras para compatibilizar os diversos interesses e propiciar uma convivência harmônica. São as regras jurídicas, portanto, que estabelecem o exercício dos mais diversos direitos, dos mais diversos indivíduos, nas mais diversas situações.

Cretella Junior leciona que esse conjunto de regras jurídicas obrigatórias, vigentes em uma determinada época, denomina-se direito objetivo. Ou seja, o direito objetivo são as normas juridicamente estabelecidas e positivadas, as quais devem ser obedecidas pelos sujeitos a que estão vinculadas, e o seu descumprimento gera sanção.⁵⁴

De acordo com o professor Goffredo Telles Júnior, o direito objetivo trata-se do conjunto de imperativos autorizantes, ou seja, complexo de normas socialmente aceitas por determinada comunidade em determinado período histórico e que autorizam ou não comportamentos individuais.⁵⁵

Analisando, ainda, o direito objetivo, Telles Júnior comenta que

O direito na acepção *objetiva* – o direito como norma ou como conjunto de normas – exerce um papel semelhante ao das setas, nas encruzilhadas dos caminhos. “*Siga por este caminho*”, diz a seta. A seta é o símbolo de um mandamento, a expressão visual de uma norma. Ora, as setas são *objetos*: acham-se colocadas *diante* dos olhos do viajante.⁵⁶

Assim, tratando da liberdade de agir do particular, pela norma geral a ele é facultado realizar tudo o que não lhe for vedado, o que, na ótica deste trabalho, denota a relação de correspondência entre os chamados direito subjetivo e direito objetivo – considerando que o direito objetivo corresponde ao conjunto de textos normativos que compõem o ordenamento jurídico positivado e o direito subjetivo consubstancia-se, resumidamente, na faculdade que o ordenamento jurídico positivo confere ao titular do direito para exercitá-lo. Ou seja, é clara a ideia de que o direito subjetivo está relacionado a uma permissão conferida pela norma jurídica

⁵⁴ “No primeiro sentido, que é o sentido objetivo, o direito é o conjunto de normas jurídicas proclamadas pelo governo de um grupo social. É a lei” CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 31 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.18.

⁵⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105

⁵⁶ TELLES JUNIOR, op.cit., p. 105-106

válida e, portanto, trata-se de uma permissão jurídica, conforme também ensina o referido doutrinador.⁵⁷

Importante observar que, segundo os ensinamentos de Miguel Reale

a palavra faculdade não é, porém, sinônimo de direito subjetivo, mas designa as *modalidades de seu exercício*, como se dá, por exemplo, quando dizemos que o titular do direito subjetivo de propriedade *tem faculdade* de dispor de seu bem, alugá-lo, doá-lo, legá-lo, etc. *Faculdade, em sentido estrito, é, pois, uma forma de exercício do direito subjetivo.*⁵⁸

Pontes de Miranda segue nessa mesma direção ao assentar que:

O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses. Na ilha deserta, sem ordenamento jurídico, o naufrago dá a outro naufrago o fruto que colher; não doa. Doação é categoria jurídica. Se esse naufrago diz a outro que encontrou caverna, em que poderiam, sem perigo, dormir, não fez nenhuma declaração de vontade que o obrigue a irem os dois dormir na caverna. Há, aí, faculdade, e não há direito subjetivo. Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirma-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo.⁵⁹

O conceito de direito subjetivo é o elemento basilar da sistemática jurídica atual que, ao longo do tempo e desde a época dos textos romanos, sofreu diversas adaptações.

Analisando as fontes romanas, constata-se que o direito subjetivo já era negado por alguns estudiosos, assim como por Kelsen, mais adiante, que defendia a ideia de que a norma jurídica é a essência do direito e, assim, em relação ao Estado, que dita as normas, não poderia haver prerrogativas individuais. Porém, muitas vezes verificava-se a aplicação da palavra *jus* como o poder decorrente da norma jurídica apta a exigir de outrem um determinado

⁵⁷ “O termo *Direito Subjetivo* designa uma *permissão*. Designa uma permissão para o uso de faculdades humanas. Mas é uma permissão *específica*, estritamente *qualificada*. É também o nome coletivo do conjunto de tais permissões. Os Direitos Subjetivos se definem: PERMISSÕES DADAS POR MEIO DE NORMAS JURÍDICAS. São *autorizações* fundadas no Direito Objetivo, para o uso das faculdades humanas. O que os caracteriza e os distingue é, precisamente, o *meio* pelos quais as permissões são dadas. Por serem dadas *por meio de normas jurídicas*, essas permissões são *permissões jurídicas*. Logo, os Direitos Subjetivos podem também ser definidos com estas precisas palavras: PERMISSÕES JURÍDICAS. TELLES JUNIOR, op.cit., p.255

⁵⁸ REALE, op.cit., p. 250

⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado De Direito Privado. Parte Geral. Tomo V.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 271.

comportamento. Dessa forma, ainda que negado, já se vislumbrava o conceito moderno de direito subjetivo, desde então.

Posteriormente, a teoria do direito subjetivo passa a ser desenvolvida de forma clara com base nas posições de Windscheid, de Ihering e das Teorias Mistas.

Para Windscheid, representante dos pandectistas⁶⁰, o direito subjetivo é a expressão da vontade, como uma faculdade psicologicamente calçada pela norma jurídica. Importante observar que naqueles tempos prevalecia o individualismo e, conseqüentemente, era de suma importância a vontade do indivíduo. Assim, para o referido jurista, o direito subjetivo é a vontade protegida juridicamente pelo ordenamento jurídico.

Porém, essa concepção de direito subjetivo sofreu críticas, dando ensejo à teoria defendida por Ihering, jurista alemão. Para ele, o poder da vontade existe mesmo contra ou independentemente da vontade do indivíduo, como por exemplo no caso dos incapazes, que são titulares de direitos e não podem exercer a sua vontade, bem como na hipótese dos herdeiros que desconhecem o falecimento da pessoa cujos bens lhe serão sucedidos e, conseqüentemente, a titularidade do seu direito em virtude desse fato.⁶¹

Assim, a corrente doutrinária conduzida por Ihering defendia que o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido, ou seja, o interesse é o conceito nuclear do direito subjetivo.

⁶⁰ Segundo Miguel Reale, “os pandectistas eram assim denominados por terem se inspirado, em seus estudos de Direito Privado, no Direito Romano, ou, mais precisamente, naquilo que se chamou “Direito Romano Atual”. Não se esqueça que a Alemanha só a começar deste século tem um Código Civil próprio, tendo sido antes governada por um complexo de regras constituído com base no Direito Romano modificado e completado por leis e costumes regionais ou locais. Esse Direito Romano, em vigor na Alemanha ainda no século passado, era chamado de “Direito Romano Atual”, que é, alias, o nome da obra fundamental de Savigny – *Sistema de Direito Romano Atual*.” REALE, op.cit., p. 251

⁶¹ Nelson Nery Jr. e Georges Abboud sustentam que “segundo Ihering, ter um direito significa que: há algo para nós, e o poder estatal dá o seu reconhecimento, protegendo-nos e este algo pode existir ainda de quatro formas: 1. Algo que cabe a nós mesmos: nesse sentido ganham corpo a noção de *direito de personalidade*, sendo fundamento ético deste conceito a máxima: *o homem é um fim em si mesmo*; 2. Algo que nos cabe como uma *coisa*: nesse caso temos expressamente a noção de *propriedade* em sentido ampl; 3. Alguma pessoa: seja em sua totalidade e com reciprocidade da relação vinculante (as relações jurídicas da família), seja em relação a prestações avulsas (a exigência), e por fim, pode se referir ao 4. *estado*. NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito da pretensão para compreensão dos direitos fundamentais do processo civil. **Revista de Processo**: RePro, v. 39, n. 231, p. 89-107, maio 2014. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 06 de julho de 2015.

O jurista italiano Giuseppe Lumia igualmente defende a importância do interesse na caracterização do direito subjetivo nos seguintes termos:

O direito subjetivo é atribuído pelo ordenamento jurídico ao titular no momento em que um interesse desse último é julgado particularmente merecedor de proteção, e na medida em que possa ser satisfeito, no modo mais completo, deixando-se àquele titular uma esfera de liberdade dentro da qual lhe seja lícito agir (*agere licere*) conforme a sua livre determinação. A ligação entre interesse e direito subjetivo é tão estreita que se pode divisar, no primeiro, o substrato material daquele conjunto de pretensões, poderes formativos, faculdades e imunidades, que constituem o segundo.⁶²

Verifica-se, assim, que num conceito amplo, o direito subjetivo é a figura jurídica que no ordenamento jurídico confere ao indivíduo autonomia e poder de iniciativa.

A teoria de Ihering também sofreu contraposições e, a partir daí, surgiram teorias mistas que reuniram elementos das duas teorias anteriormente mencionadas: vontade, interesse e a norma jurídica, dando origem a uma nova concepção de direito subjetivo, qual seja, o poder da vontade para satisfazer interesse conforme a norma jurídica.

Ao longo do tempo o conceito de direito subjetivo foi objeto de vários estudos e, atualmente, a Teoria Geral do Direito houve por bem manter aquela conceituação adotada pelas teorias mistas, acrescida de um dever correspondente ao direito e da tutela do Estado, que é o outorgante do poder conferido ao indivíduo.

Nessa esteira, Moreira Alves conceitua o direito subjetivo como “um poder, atribuído pela norma jurídica e tutelado pelo ordenamento jurídico, de exigir de outrem um determinado comportamento”⁶³

Vicente Raó conceitua o direito subjetivo da seguinte forma:

Direito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social.⁶⁴

⁶² LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3ed. Tradução com adaptações e modificações do professor Alcides Tomasetti Jr, versao revista e alterada em abril de 1999. Milano: Giuffrè, 1981, p. 10 da tradução.

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito subjetivo, pretensão e ação**. Revista de Processo nº 47. Ano XII, julho-setembro 1987

⁶⁴ RAÓ, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. Volume 2, Tomo I. 2 ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 103

Importante registrar, ainda, que o direito subjetivo não se confunde com o interesse legítimo, conforme nos ensina a Ministra Maria Isabel Galotti, ao relatar o Recurso Especial no. 1.371.834/PR:

A doutrina distingue os conceitos de direito subjetivo e interesse legítimo, contrapondo-os ao de mero interesse econômico. Recorro, dentre todos, à lição de Roberto de Ruggiero:

‘É pois a tutela jurídica, concretizada na possibilidade da coação, o critério de distinção e caracterização do direito subjetivo: onde este exista, não pode faltar a garantia do direito objetivo e a garantia dada pela ação, mercê da qual o particular faz valer em juízo coativamente a faculdade que tem desde que alguém a desconheça ou a conteste. E, vice-versa, onde falta a garantia poderá haver um simples interesse mas não um direito subjetivo. Isto não significa no entanto que o direito objetivo não reconheça todo o interesse que não seja garantido por ação, mas apenas que entre os vários interesses que têm os caracteres supra-referidos há alguns que são elevados à categoria de direitos subjetivos, visto estarem protegidos por uma ação, ao passo que outros não são por ela tutelados.

Entre os vários e infinitos interesses, há alguns que se distinguem de todos os outros porque são protegidos, mas não da mesma forma e com a mesma intensidade com a qual se tutelam os direitos subjetivos. Devem assim distinguir-se os interesses puros ou simples, privados de tutela, e os interesses legítimos que tem proteção, não na ação judiciária mas no recurso aos órgãos da justiça administrativa. A contraposição entre direito subjetivo e interesse legítimo é da maior importância no campo do direito administrativo (Instituições de Direito Civil Book Seller, Campinas-SP, 1ª ed., 1999, vol. I, p. 269-70)’.⁶⁵

Em suma, o direito subjetivo é a possibilidade de pretender, de forma garantida – uma vez que é dever do Estado tutelar esse poder -, que gera para outrem um dever jurídico, em virtude de norma devidamente prevista pelo ordenamento jurídico.

2.1. Direito subjetivo público

O reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos é condição essencial de legitimidade de qualquer sistema jurídico. Das necessidades do indivíduo e da sociedade, seja a coletividade ou do Estado que em última instância a representa, é que efetivamente decorrem as normas jurídicas, as quais devem abranger, além das relações entre os sujeitos privados, as relações entre aqueles e os sujeitos de direitos públicos.

Durante muito tempo alguns doutrinadores, em especial os alemães, negaram a existência dos direitos subjetivos públicos, sob o entendimento de que o Estado, criador das

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.371.834/PR. Quarta Turma. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. DJe 14/12/2015

normas jurídicas, não pode estar subordinado à uma ordem criada por ele próprio, ou seja, que não caberiam aos indivíduos direitos contra ou perante o Estado.

Todavia, percebeu-se que o Poder Público, como titular de direitos e deveres, mantém relações jurídicas com os cidadãos e, portanto, dessas relações decorrem direitos dos indivíduos e dos grupos sociais. E aqui, o Estado também se sujeita à ordem jurídica, ainda que por ele criada.

Nesse sentido, Chiovenda se posiciona sobre a questão:

Relações jurídicas podem estabelecer-se, não só entre indivíduos, como entre indivíduos e o Estado. Em primeiro lugar, pode o Estado procurar os bens de que necessita para a objetivação de seus fins entrando com o particular em relações idênticas as que os próprios particulares firmam entre si (compra e venda, empréstimos, locações e semelhantes). De longo tempo se consideraram essas relações como jurídicas. Distinguiu a doutrina, no Estado, duas pessoas: uma que age como um particular (*iure gestionis*), outra que age como autoridade, exercitando o direito de império (*iure imperii*). Com essa distinção, conseguiu-se, inclusive nos regimes absolutos, submeter o Estado ao direito comum e aos tribunais ordinários por uma porção de relações. No moderno Estado constitucional todavia, que se apresenta como unidade organizada de todos os cidadãos para fins de interesse geral, e no qual os poderes públicos são, nem mais nem menos, os órgãos dessa unidade, o sentimento público acabou por sobrepor a lei ao próprio Estado, que, entretanto, lhe é a fonte, considerando como atividade regulada e vinculada à lei também a atividade meramente pública.⁶⁶

Verifica-se, então, que os direitos subjetivos de ordem pública emanam das normas jurídicas de direito público, partindo daqui a diferença entre a natureza dos direitos subjetivos: da natureza da norma, privada ou pública, decorre o direito subjetivo respectivamente privado ou público.

Importante ressaltar que há estudiosos que defendem que as pessoas, individual ou coletivamente, ocupam uma posição desigual em relação ao Estado, haja vista que por esse são impostas prestações unilaterais, como por exemplo a obrigatoriedade do serviço militar. Porém, observa-se que nesses casos não existe uma relação jurídica, mas tão-somente uma relação de subordinação, em que aos indivíduos compete o dever de obediência.

⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 1. 2 ed italiana traduzida por J. Magalhães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 6

Resta concluir que as relações jurídicas podem ser estabelecidas entre as pessoas físicas e as jurídicas, tanto as de direito privado quanto as de direito público; ou seja, indivíduos e o Estado podem firmar relações jurídicas, sendo reconhecida expressamente a existência de direitos subjetivos públicos.

Dessa forma, o direito subjetivo público é aquele que assiste ao particular com relação ao Estado, desde que cumpridas as condições legalmente estabelecidas para seu exercício.

2.2. Direito subjetivo, ação e pretensão

O direito subjetivo não deve ser confundido com a pretensão e tampouco com o direito de ação. Para Fabio Gomes e Ovídio Batista da Silva, citados por Nery Jr. e Abboud, o direito subjetivo corresponde a uma situação favorável na qual se encontra determinada pessoa em relação à outra por força da incidência do direito objetivo na relação por elas mantida'.⁶⁷

Assim, verifica-se que as relações jurídicas surgem a partir do direito material e por meio delas os indivíduos adquirem direitos subjetivos. A pretensão é o fenômeno pelo qual ao titular de um direito não atendido permite-se buscar junto ao Estado, seja judicialmente ou perante os contenciosos administrativos, um provimento declaratório, condenatório ou constitutivo com relação ao sujeito passivo do direito não atendido.

A pretensão surgirá somente no momento em que o direito subjetivo passa a ser exigível e, exigida a pretensão e não sendo ela atendida pelo sujeito passivo, surgirá para o titular do direito subjetivo o direito de ação, que o permitirá a buscar a proteção do Estado para o cumprimento da obrigação.

Nesse sentido são as lições de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, segundo as quais a exigibilidade é característica fundamental para que seja evidenciada a pretensão que, em regra, contém a ação. Ademais, para ele a ação processual é o *poder* de provocar a máquina jurisdicional estatal, sem que se consubstancie em direito subjetivo.⁶⁸

⁶⁷ NERY JR, Nelson; ABBOUD, Georges, op. cit. p 93

⁶⁸ “Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe então a ação. Não se diga que a coação caracterize os dois, a ação e o direito subjetivo; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não-subjetivado

2.3. Direito subjetivo e direito potestativo

O ordenamento jurídico reconhece os direitos potestativos como situação jurídica, ou seja, aquela abstratamente prevista na norma, sem, contudo, se confundir com o direito subjetivo.

Isto porque no direito potestativo há o exercício da vontade de apenas uma das partes – o titular do direito - que sujeita cogentemente a outra parte, não lhe conferindo qualquer outra opção; assim, não se trata de dever, mas de sujeição à uma ordem, como por exemplo, a demissão de um empregado, ao qual não resta outra opção senão aceitar a vontade do seu empregador.

No direito subjetivo há um poder necessariamente correlato a um dever; é um poder violável porque, para ser satisfeito, necessita da colaboração do titular do dever.

O Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.216.568 – MG, manifesta a importância de distinguir direitos subjetivos e potestativos, nos seguintes termos:

(...)Tratando especificamente do objeto do presente apelo especial, e lembrando quanto ao instituto da prescrição o que já afirmei em outros julgados, avulta-se de importância a distinção entre direitos potestativos e subjetivos. Muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre prescrição e decadência.

A doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia com precisão direito subjetivo e direito potestativo.

Direito subjetivo é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse, cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Por sua vez, encapsulados na fórmula poder-sujeição, estão os chamados direitos potestativos, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), mas uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina.⁶⁹

e aos direitos subjetivos”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Vol I, Campinas: Bookseller, 1998. p. 49-50.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.216.568/MG. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJe 29/09/2015

Consequentemente ao entendimento ora exposto, no sentido de que apenas os direitos subjetivos são sujeitos a violações e, na hipótese de verificadas tais violações, ao titular do direito subjetivo é conferido o poder de exigir que o outro cumpra ou deixe de cumprir determinada prestação, resta evidente que a pretensão relaciona-se somente com o direito subjetivo. Nessa esteira, Orlando Gomes leciona que

a pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado. Nas ações para o exercício de um direito potestativo, o autor não exige prestação alguma do réu, querendo apenas que o juiz modifique, por sentença, a relação jurídica que admite a modificação pretendida, como, por exemplo, a ação do foreiro para resgatar a enfiteuse e converter em propriedade plena a propriedade até então restrita.⁷⁰

Em suma, no direito potestativo há, de um lado o poder do titular do direito e, de outro, a sujeição de outrem ao exercício desse direito, o que não ocorre na hipótese de direito subjetivo, que sugere a ideia de um poder de agir de um indivíduo relacionado ao dever a ser prestado por outra pessoa, nos termos de uma norma jurídica.

2.4. Direito subjetivo e poder jurídico

A existência de poder jurídico é elemento intrínseco à concepção de direito subjetivo.

Como antes mencionado, o direito subjetivo consubstancia-se no poder conferido pelo ordenamento jurídico ao titular de um determinado direito, pelo qual pode exigir o cumprimento de um dever por parte de outrem, correspondente àquele direito que lhe assiste. Trata-se, esta faculdade de exigir o atendimento de seu direito, do poder jurídico.

Bobbio, seguindo essa linha de raciocínio, assevera que:

Uma relação jurídica, como visto, é uma relação entre dois sujeitos, dentre os quais um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma relação direito-dever. Ora, o que significa ter um direito? Significa como veremos melhor em seguida ter o poder de realizar determinada ação. Mas, de onde deriva este poder? Não pode derivar senão de uma regra, a qual no mesmo momento em que me atribui este poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter um dever? Significa estar obrigado a comportar-se de um certo modo, quer essa conduta consista em um fazer, quer em um não-fazer. Mas

⁷⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84-85

de onde deriva essa obrigação? Não pode derivar senão de uma regra, a qual ordena ou proíbe. Em essência, o direito não passa do reflexo subjetivo de uma norma permissiva, o dever não é senão o reflexo subjetivo de uma norma imperativa (positiva ou negativa).⁷¹

Ou seja, em resumo, no direito subjetivo, o *poder jurídico* está intrinsecamente relacionado ao *dever jurídico*. Nesse sentido, o poder e o dever jurídicos são correlatos, ambos emanados da ordem jurídica e por isso, ao estabelecer o direito a um sujeito é forçoso atribuir-se a um outro o dever de fazer, se abster ou qualquer outra consequência que lhe imponha o exercício da norma.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2005, p. 42

3. O DEVER E O DIREITO DE LICITAR

A atividade da Administração Pública deve sempre estar orientada para a satisfação do interesse público e, considerando as inúmeras tarefas a serem cumpridas para tal fim, é necessário que ela se valha da celebração de contratos diversos, em conformidade com as normas e os princípios que a regem.

Nesse sentido, ao administrador foram impostas regras para a escolha das pessoas a serem contratadas, dentre elas a observância ao procedimento licitatório, cuja sistemática cria o dever de licitar para o administrador público, bem como, paralelamente, resguarda o direito de licitar de todos os interessados em contratar com a Administração que preenchem os requisitos necessários para tanto, como se demonstrará a seguir.

3.1. O dever de licitar

A Constituição Federal/88, em seu art. 37, inciso XXI⁷², estabelece, ressalvados os casos especificados na lei, a necessidade de instaurar processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, sendo assegurada aos concorrentes igualdade de condições.

A necessidade da adoção do procedimento licitatório também é observado nos arts. 173, §1º, inciso III e 175 da CF/88, *in verbis*:

Art. 173. (...)

§1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

(...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (grifos nossos)

⁷² “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”.

Ademais, a obrigatoriedade de adoção do processo licitatório pela administração pública direta e indireta, em consonância com os princípios constitucionais e outros a eles correlatos, consta na Lei 8666/93⁷³ – Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que regulamentou o referido art. 37 da CF/88.

Vale mencionar, ainda, que o parágrafo único do art. 1º da Lei 8666/93⁷⁴ reza que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, 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, sujeitam-se às suas disposições. Da mesma forma, apesar das mudanças ocorridas nos artigos 22, inciso XXVII e 173 da CF, em razão da EC 19/98, as empresas estatais subordinam-se ao regime da referida lei. E, sendo, assim, salvo as exceções disciplinadas no art. 17 – licitação dispensada, no art. 24 – licitação dispensável e no art. 25 – licitação inexigível, os contratos firmados entre a Administração Pública e terceiros devem ser precedidos de licitação.⁷⁵

Como anteriormente exposto, recentemente foi publicada a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que disciplina o estatuto antes mencionado no art. 173, §1º da Carta. Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar que a referida legislação, apelidada de Lei das Estatais, apresentou poucas inovações, ao se comparar com as normas já aplicáveis à Administração Direta; trouxe, na verdade, disciplina atinente em relação ao Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e algumas alterações quanto à contratação direta e vigência dos contratos.

Portanto, resta claro que o *dever de licitar* impõe-se, por excelência, à Administração Pública.

⁷³ “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

“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”.

⁷⁴ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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

⁷⁵ CAPELLA, Eduardo Goeldner. **Licitações: Instruções Didáticas. Lei de Licitações Comentada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 42

3.2. O direito de licitar

A licitação é um procedimento anterior ao próprio contrato, disciplinado pela Lei 8666/93, que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, como já exposto.

Hely Lopes Meirelles define licitação nos seguintes termos:

Procedimento Administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de moralidade nos negócios administrativos.⁷⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, no exercício da função administrativa, oferta a todos os interessados que possuam as condições estabelecidas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem suas propostas, dentre as quais selecionará a mais vantajosa para a celebração do contrato.⁷⁷

Segundo Sundfeld

licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.⁷⁸

A doutrina brasileira é rica em relação ao conceito de licitação, mas, como se verifica, sempre estão presentes as duas finalidades: a escolha da proposta mais vantajosa e a oferta para participar do procedimento licitatório e apresentar suas propostas a todos aqueles que preencham os requisitos exigidos no edital. À essa faculdade dá-se o tratamento de *direito de licitar*, que é a pedra de toque de alguns preceitos aplicáveis à licitação, entre eles o princípio da ampla competição.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2004. p.52

⁷⁷ DI PIETRO, op.cit., p. 350

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 15

Em virtude desse princípio, a Administração Pública está obrigada a permitir, com ampla divulgação e mediante ampla disputa, a participação do maior número possível de licitantes aptos a celebrar com ela o contrato e, dentre esses, escolher a proposta mais vantajosa, em conformidade com os critérios objetivos previamente estabelecidos.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou seu entendimento nesse sentido quando do julgamento da ADI 2716-6, cuja ementa transcreve-se a seguir:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 16 e 19 da Lei nº 260, do estado de Rondônia. Serviço público. Transporte coletivo de passageiros. Possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal. Discriminação arbitrária entre licitantes. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Afronta ao disposto nos artigos 5o, caput, 175 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil. (...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, **a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.** 4. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade --- artigo 5o ---, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. 5. Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 8. Ação direta julgada procedente para declarar

inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia. (grifo nosso)⁷⁹

O princípio da universalidade, ainda que não esteja previsto textualmente na Constituição Federal/88 e na Lei 8666/93, é reconhecidamente um mandamento que conforma a atividade da Administração, defendendo o *direito de licitar*, uma vez que possibilita a participação de quaisquer interessados no procedimento licitatório na modalidade concorrência, independentemente de registro cadastral nos órgãos públicos.

A recente Lei 13.303/16, Lei das Estatais, também objetivando ampliar a participação dos interessados nos certames, reiterou de forma expressa o comando da Lei 8.666/93 quanto ao parcelamento do objeto a ser contratado, quando possível.⁸⁰

Importante ressaltar ainda que, em observância ao princípio da igualdade, independentemente da natureza jurídica do licitante, o direito de licitar está condicionado ao preenchimento das condições previstas no instrumento convocatório e na lei. Dessa forma, o referido princípio não faz distinção entre os administrados, mas não protege aqueles que não demonstrem ter condições de efetivamente contratar com a Administração Pública.

Portanto, restringindo-se às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia das obrigações, ao administrador público é permitido definir no edital de licitação os requisitos necessários ao certame, tanto em relação ao licitante como à proposta, entendimento do qual se conclui que o *direito de licitar* pressupõe o atendimento das exigências previstas na lei e no referido instrumento.

Ressalte-se, ademais, que a própria sistemática do procedimento licitatório prevista na Lei 8.666/93 resguarda o exercício do direito de licitar. Isto porque a Administração somente pode ter acesso ao conteúdo das propostas após verificar se os licitantes preencheram as condições previamente estabelecidas, ou seja, as condições do direito de licitar.⁸¹

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.716-6/RO. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 20.11.2007. DJ 07.03.2008

⁸⁰ “Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...)III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;”

⁸¹ “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo

Outra questão importante para discorrer no presente trabalho é o ensinamento de Marçal Justen Filho que faz distinção entre duas situações usualmente confundidas: direito de licitar e direito de contratar com a Administração Pública. Para o jurista, a afirmativa no sentido de que todos têm direito de contratar com o poder público deve ser restringida, pois somente terá esse direito aquele que tiver sido selecionado como vencedor, após ultrapassadas todas as fases do procedimento licitatório. Por outro lado, todos têm o direito de participar da licitação, mediante a apresentação de suas propostas, conforme antes mencionado.⁸²

Por todo o exposto, conclui-se que o procedimento licitatório deve resguardar o direito de licitar, ou seja, o direito de participação dos interessados no certame e de formular uma proposta de contratação; na verdade, de todos aqueles que tenham interesse em contratar com os entes públicos e preencham as condições previamente estabelecidas na lei e no instrumento convocatório, comprobatórias da capacidade de executar o contrato.

Por fim, é relevante informar que, recentemente, a Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – ADI nº 5338 – para questionar dispositivos da Lei nº 2.548/2012 e do Decreto 4.929/2012 que a regulamentou, do Estado do Acre, por meio dos quais foi restringida a participação no certame de interessados que não possuem indústrias instaladas naquele estado, em afronta ao princípio da isonomia e do próprio direito de licitar.

sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

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

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

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

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão”.

⁸² JUSTEN FILHO, op.cit., p. 533-534

Em suma, a Requerente, no aspecto que concerne ao presente artigo, alega o seguinte em sua petição inicial:

II.2 Restrição de Licitantes por Critério Arbitrário e Anti-isonômico.

A exigência constitucional de licitação, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição da República, pressupõe, como requisito essencial de validade, “igualdade de condições entre todos os concorrentes”. Licitação é, portanto, procedimento administrativo regido, necessariamente, pelo princípio da isonomia, o qual, segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia”

MARÇAL JUSTEN FILHO assinala que “isonomia significa o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a **invalidade de restrições** abusivas, desnecessárias ou injustificadas”.

Pondera, doutrinariamente, o Ministro EROS GRAU:

Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes **não estiver previamente circunscrito**, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-se que a competição, de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

(...) A norma, além de impedir participação de interessados que não possuam indústria no território daquele Estado, cria discriminação arbitrária, infundada e inconciliável com os princípios constitucionais de igualdade e isonomia federativa.⁸³

O processo encontra-se concluso ao Relator, Ministro Celso de Mello, aguardando a análise do pedido de medida cautelar para suspensão da eficácia da norma em questão.

3.2.1. Objeto do direito de licitar

Como se vê, o objeto do direito de licitar consiste em permitir que todos aqueles que preencham as condições e requisitos estabelecidos no certame licitatório e na lei, bem como comprovem idoneidade e capacidade técnica para contratar com a Administração Pública, apresentem suas propostas, as quais devem ser avaliadas em condição de igualdade com os demais participantes.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5338. Petição inicial, datada de 02/06/2015. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 12/07/2015

Ademais, o objeto do direito de licitar abarca a possibilidade de o ente público escolher a proposta mais vantajosa entre as ofertadas pelos diversos interessados, que lhe garantirá o melhor produto ou serviço pretendido, visando a satisfação do interesse coletivo. Isto porque, conforme anteriormente destacado, a Administração tem o dever de adotar a proposta mais eficiente para explorar seus recursos econômicos, que são escassos.⁸⁴

Carvalho Filho se posiciona no sentido de que o objetivo a que se preordena a licitação constitui a sua própria *ratio essendi*⁸⁵; da mesma forma, o objeto do direito de licitar retrata a própria essência desse direito.

3.2.2. Sujeito do direito de licitar

Conforme antes exposto, a licitação é um procedimento administrativo, instituído com o fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, em observância aos princípios a ela aplicáveis, permitindo a participação de todos os interessados que preencherem os requisitos estabelecidos no certame licitatório e na lei.

Sendo assim, cai por terra a afirmativa de que quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, têm o direito de licitar, pois somente são sujeitos desse direito aquelas que preencham as condições estabelecidas no instrumento convocatório e demonstrem idoneidade e capacidade para executar o contrato com o ente público.

Justen Filho leciona, inclusive, que é possível que a Administração Pública estabeleça condições discriminatórias, com o objetivo de selecionar, de fato, um contratante idôneo, cuja proposta seja a mais vantajosa, ou para alcançar fins juridicamente relevantes.⁸⁶

Importante mencionar que a estrita vinculação ao edital é princípio basilar do procedimento licitatório e consta na própria Lei 8.666/93, em seus arts. 3º, 41, 43, inciso V.⁸⁷

⁸⁴ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 71

⁸⁵ “Para conceituar-se a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a natureza jurídica do instituto, ou seja, como esse se insere dentro do quadro jurídico. O segundo consiste no *objetivo* a que se preordena, o que alias, constitui a própria *ratio essendi* desse instrumento”. CARVALHO FILHO, op.cit., p. 238.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p.533

⁸⁷ “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.

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

O edital é a lei interna da licitação, faz lei entre as partes e vincula tanto a administração pública quanto os licitantes.⁸⁸

Em relação às condições para participar no procedimento licitatório, cujo preenchimento confere aos interessados a titularidade do direito de licitar, Maria Sylvia Zanello Di Pietro sustenta que:

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento a essa convocação implica na aceitação dessas condições por parte dos interessados.⁸⁹

A lei 8.666/93 estabelece a habilitação como fase procedimental para avaliar as condições necessárias para participar da licitação, definidas de acordo com o seu objeto. Tais condições podem ser genéricas – aquelas fixadas na referida lei – e específicas, aquelas exigidas no certame licitatório em virtude de características da contratação.⁹⁰

O art. 27 da lei 8.666/93⁹¹ traz como condições genéricas a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal-trabalhista e o

vinculada.

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

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

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

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”.

⁸⁸ “O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece.” CARVALHO FILHO, op.cit., p.226

⁸⁹ DI PIETRO, op.cit., p.351

⁹⁰ JUSTEN FILHO, op.cit p. 535-536

⁹¹ “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

regularidade fiscal e trabalhista;

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

cumprimento no disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.⁹²

De outro modo, as condições específicas são fixadas no instrumento convocatório pela Administração Pública, que deve analisar a natureza e a extensão do objeto a ser contratado, sendo que tais condições somente são admitidas se comprovadamente necessárias e adequadas à existência do direito de licitar em questão.⁹³

Portanto, constata-se que são sujeitos do direito de licitar as pessoas, físicas e jurídicas, que preencham as condições estabelecidas no certame e na lei, bem como demonstrem idoneidade e capacidade para contratar com a Administração Pública.

⁹² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

⁹³ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 536

4. O DIREITO DE LICITAR COMO PODER JURÍDICO FUNDAMENTADO NO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Como se verifica ao longo deste trabalho, procedeu-se a análise dos princípios constitucionais aplicados à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, dos conceitos de direito subjetivo, do dever de licitar, bem como do direito de licitar, e do próprio poder jurídico. Assim, a partir de então, será demonstrada a relação existente entre o direito de licitar e o poder jurídico, que decorre do referido princípio da moralidade administrativa.

4.1. O direito de licitar como poder jurídico

Já restou comprovado anteriormente que o direito subjetivo é a possibilidade de pretender algo, de forma garantida – uma vez que é dever do Estado tutelar esse poder -, que gera para outrem um dever jurídico, em virtude de norma devidamente prevista pelo ordenamento jurídico.

Constatou-se, também, que direito subjetivo pode ser privado ou público, a depender da natureza da norma da qual emana e que direito subjetivo público é aquele que assiste ao particular com relação ao Estado, desde que cumpridos os requisitos legalmente estabelecidos para seu exercício.

Outra constatação, e agora de natureza mais prática, foi que de acordo com a Constituição Federal a Administração tem o dever de licitar e ao particular assiste o correlato direito de licitar e que este é um direito subjetivo público, na medida em que lhe confere um poder de pretender participar como interessado do processo licitatório, mediante o preenchimento das condições previstas na lei e no instrumento convocatório. A Administração é o sujeito passivo desse direito.

Eis uma relação jurídica clara de poder-dever entre o particular e a Administração.

Mais uma vez colaciona-se o ensinamento de Justen Filho, que reflete a conclusão ora adotada:

O direito de licitar é um direito público subjetivo de natureza abstrata, em acepção semelhante à utilizada pela doutrina processualista. Afirma-se no campo do direito processual civil, que o direito de ação se caracteriza como um direito de natureza abstrata. Com isso se indica que todos possuem direito de provocar o Estado para exercício da jurisdição. Esse direito é indisponível

e insuprimível, subordinado ao regime de direito público (por isso um direito público subjetivo). Porém, é um direito abstrato porque se distingue entre o direito de provocar a jurisdição e o direito de obter uma sentença favorável. Passa-se de modo semelhante na licitação. O licitante, quando apresenta a sua proposta exercita um direito abstrato de agir. Tem direito de comparecer à Administração Pública e formular a sua proposta. E esse direito não pode ser suprimido. O direito de licitar assegura a qualquer pessoa a formulação de uma proposta de contratação dirigida à Administração Pública, sujeito passivo do direito de licitar reconhecido aos particulares, segundo as condições fixadas na lei e no ato convocatório.⁹⁴

Considerando também que, como antes mencionado, o ordenamento jurídico confere ao titular de um determinado direito o poder jurídico de exigir o cumprimento de um dever por parte de outrem, correspondente àquele direito que lhe assiste, não resta dúvida de que o direito de licitar é um poder jurídico referente a um direito subjetivo público.

O titular do direito de licitar, que é o interessado em contratar com o Poder Público, tem o direito subjetivo público de, preenchidos os requisitos legais para tanto, apresentar sua proposta à Administração no bojo de um procedimento licitatório, assistindo-lhe o poder jurídico de decidir fazê-lo e receber do Estado a resposta correlata. Esse é um direito conferido a todas as pessoas, jurídicas ou físicas, que preencham as condições necessárias para tanto.

Por fim, ressalte-se que o exercício do poder jurídico vai ao encontro da aplicação dos princípios da ampla competição, da isonomia e da universalidade, e outros que lhe são correlatos, cuja observância é obrigatória à Administração Pública.

4.2. O princípio da moralidade administrativa como fundamento do direito de licitar

O Direito Administrativo é um ramo do Direito que sempre se suportou em princípios estabelecidos nas leis para nortear as atitudes da Administração Pública. Porém, após a promulgação da CF/88, o direito administrativo passou por um processo de constitucionalização, por meio do qual as regras e os princípios constitucionais assumem papel preponderante na condução das atividades administrativas. Assim, pode-se dizer que, em razão disso, os institutos e as estruturas do Direito Administrativo passam a ser revisitados especialmente com enfoque na perspectiva constitucional.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, *op.cit.* p. 534

Gustavo Binembojm ensina que “a constitucionalização do direito administrativo convola legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”.⁹⁵

E complementando o assunto, o mesmo doutrinador leciona que:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. O antigo mérito dos atos administrativos sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais.⁹⁶

Isto se deu em virtude do reconhecimento de que os fins buscados precipuamente pela Administração Pública, quais sejam a gestão da coisa pública e a proteção dos interesses da coletividade, estão inseridos no próprio sistema de direitos fundamentais e no regime democrático, cujo alicerce é a Constituição Federal.

Justen Filho bem conceituou o direito administrativo levando-se em conta a sua vinculação com os direitos fundamentais:

O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.⁹⁷

Importante observar que os direitos fundamentais englobam um conjunto de valores, entre os quais liberdade, igualdade e segurança, relacionados à noção de dignidade da pessoa humana; esse fundamento, inclusive, é o principal parâmetro para a interpretação e aplicação das normas estabelecidas no texto constitucional.

Ademais, as concepções de direitos fundamentais são elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que influenciam todas as suas instituições, políticas e jurídicas, inclusive a Administração Pública. Portanto, o agir administrativo, que deve estar direcionado para a realização dos direitos fundamentais, encontra respaldo e limites nas regras e princípios disciplinados na Constituição Federal, de maneira direta.⁹⁸

⁹⁵ BINENBOJM, op.cit., p. 26

⁹⁶ BINENBOJM, op. cit p. 49

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1

⁹⁸ BINENBOJM, op.cit. p. 47-49

A Carta, além de expressamente prever os direitos fundamentais em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, logo em seu preâmbulo, manifesta o cuidado com tais prerrogativas:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.⁹⁹

Ressalte-se, ainda, que o §2º do artigo 5º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.”¹⁰⁰

Partindo da disposição do comando do referido parágrafo 2º antes transcrito, e por tudo quanto foi exposto neste trabalho, não se pode olvidar que o dever de licitar, imposto por excelência à Administração Pública, é um direito fundamental dos cidadãos, apesar de não estar insculpido no Título II da CF/88. Trata-se de prerrogativa fundamental inserida no ordenamento jurídico, destinada à proteção da coisa pública e do interesse da coletividade.

Por seu turno, considerando a paralelidade com o dever de licitar, é também direito fundamental constitucionalmente protegido o correspondente direito de licitar, consubstanciado em um direito subjetivo público, que confere ao interessado em contratar com o Poder Público, preenchidos os requisitos legais para tanto, apresentar sua a sua proposta à Administração no bojo de um procedimento licitatório, assistindo-lhe o poder jurídico de decidir fazê-lo e receber do Estado a resposta correlata.

Como se vê, o direito de licitar como um poder jurídico nasce justamente da necessidade de proteção do bem comum, que é um das vertentes do princípio da moralidade administrativa, conforme já anteriormente mencionado.

Além disso, o direito de licitar é garantido aos indivíduos interessados em participar do procedimento licitatório na medida em que a Administração Pública deve observância aos

⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22/08/2016.

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22/08/2016.

mandamentos da impessoalidade e da isonomia, que estão inseridos no próprio sentido do princípio da moralidade. Ressalte-se ser desnecessário tratar novamente sobre as noções trazidas por tais postulados, haja vista já terem sido trazidas aludidas considerações acerca do assunto nos capítulos anteriores deste trabalho.

Conclui-se, portanto, que o dever de licitar, bem como o seu correlato direito de licitar como um poder jurídico, é direito fundamental da coletividade, tendo seu principal fundamento o princípio da moralidade, que condensa o sentido atribuído aos mandamentos da igualdade e da isonomia, em busca da satisfação do interesse público.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito existe precipuamente para a tutela do bem comum e o atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos, como consagrados na Carta Magna. Nesse sentido, assumem suma importância para o atingimento dos fins essenciais do Estado, bem como para nortear sua conduta no exercício das atividades administrativas, os princípios da isonomia, moralidade, legalidade, impessoalidade e eficiência, entre outros.

A Constituição Federal/88, além de trazer expressos no *caput* de seu art. 37 os referidos princípios como balizadores das contratações firmadas pelo Poder Público, estabeleceu para o Estado o dever de licitar, consubstanciado na obrigação de a Administração realizar procedimento licitatório para contratar, salvo as exceções legalmente previstas.

O processo licitatório está vinculado à ideia de boa gestão pública e de proteção dos interesses da coletividade, inseridos no próprio sistema de direitos fundamentais e no regime democrático, ou seja, é fruto e carrega em si os valores do próprio Estado Democrático de Direito.

Como dito ao longo deste trabalho, a obrigatoriedade de o Estado licitar tem como objetivo a satisfação do interesse público, mediante a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de seu interesse, permitindo a participação do maior número possível de interessados, desde que preencham as condições previamente estabelecidas na lei e no instrumento convocatório, comprobatórias da capacidade de executar o contrato. Estes elementos configuram o direito de licitar como um direito subjetivo público que assiste aos administrados, vez que, desde que preencham os requisitos legais, passam a ter o poder de pretender participar como interessado do processo licitatório.

Deste entendimento nasce a conclusão de que o direito de licitar é um poder jurídico dos administrados referente a um direito subjetivo público, haja vista que o ordenamento confere ao titular de um determinado direito o poder jurídico de exigir o cumprimento de um dever por parte de outrem, correspondente àquele direito que lhe assiste.

O titular do direito de licitar, seja pessoa física ou jurídica, tem o direito subjetivo público de, preenchidos os requisitos legais para tanto, apresentar sua proposta à Administração no bojo de um procedimento licitatório, assistindo-lhe o poder jurídico de decidir fazê-lo e receber do Estado a resposta correlata.

Conclui-se, por fim, que o direito de licitar, como poder jurídico, é direito fundamental da coletividade, tendo seu principal fundamento no princípio da moralidade, decorrente do princípio republicano, que condensa todo o sentido constitucional atribuído aos mandamentos da igualdade e da isonomia, em busca da satisfação do interesse coletivo e da proteção da coisa pública.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito subjetivo, pretensão e ação. **Revista de Processo**, nº 47. Ano XII. Julho-Setembro 1987
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional- artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRANDÃO, Antonio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 25, julho-setembro 1951.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRASIL. Lei 8666, de 21 de junho de 1993. Disponível no site www.planalto.gov.br . Acesso em 01 de julho de 2015.
- BRASIL. Lei 8.429, 02 de junho de 1992. Disponível no site www.planalto.gov.br . Acesso em 01 de julho de 2015.
- BRASIL. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível no site www.planalto.gov.br . Acesso em 01 de julho de 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br . Acesso em 06 de julho de 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.stj.com.br. Acesso em 20 de julho de 2016.
- CAPELLA, Eduardo Goldner. **Licitações: Instruções Didáticas**. Lei de Licitações Comentada. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008.
- CARLIN, Volnei Ivo (organizador). **Grandes Temas de Direito Brasileiro: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Milano, Giuffrè, 1981.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Controle via publicidade e o mérito do Tema 483 da Repercussão Geral. **Revista Consultor Jurídico**. 02/05/2015. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 05 de julho de 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Vol I. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito de pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. **Revista de Processo: RePro**, v. 39, n. 231, p. 89-107, maio 2014. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 06 de julho de 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Vol 2. Tomo I. 2ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Trad. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Capítulo “Poderes. Potestades”.

SILVA, Gustavo Scatolino; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodium, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.