

# PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO \*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Princípios. 3. Licitação. 4. Princípios Constitucionais da Licitação. 5. Princípios Infraconstitucionais da Licitação. 6. Outros Princípios Doutrinários. 7. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A importância dos princípios jurídicos ascende à medida em que a evolução da Ciência do Direito se desvencilha da pura dogmática e passa a incorporar novas dimensões finalísticas (teleológicas) e valorativas (axiológicas)

Uma nítida comprovação dessa evolução enriquecedora dá-nos o Direito Constitucional contemporâneo, que cada vez mais se vale da expressão de princípios para estabelecer os fundamentos, as diretrizes e os valores cardiais irradiadores para toda a ordem jurídica.<sup>1</sup>

O dogmatismo, desenvolvido nos séculos dezoito e dezenove, trouxe ao Direito inegável segurança conceptual e sistemática, mas, coerente com o espírito racionalista, geometrizou-o em demasia, distanciando-o da realidade. Ao aperfeiçoar-se tecnicamente, afrouxou, ao mesmo tempo, seus importantíssimos laços com os  **fatos sociais**  e com os  **valores** , aproximando-se do que seria uma Ciência pura do Direito. O final do século dezenove e todo o século vinte trouxeram essas correções: de um lado, a chamada jurisprudência sociológica renovou e reforçou a inserção fática do Direito e, de outro, a novíssima jurisprudência dos valores restabeleceu-lhe o sentido teleológico e axiológico.<sup>2</sup>

Ocorre que a abundante utilização dos princípios como expressão de finalidades e de valores na ordem jurídica vem exigindo um novo tipo de trabalho sistemático: o de ordená-los corretamente, segundo sua abrangência (valência), sua hierarquização (positiva ou lógica) e sua compatibilidade. Isso é necessário não só para a sua adequada  **compreensão**  quando tomados em conjunto, como para sua  **aplicação**  equilibrada.

\* Tese apresentada ao XX Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Fortaleza, Ceará, Outubro de 1994.

É sob esta perspectiva, portanto, que se desenvolve esta pequena experiência tética de construção de **um modelo sistemático interpretativo para os princípios da licitação**.

Escolheu-se o tema da **licitação** por dois motivos: primeiro, por apresentar nada menos que dezesseis princípios constitucionais e infraconstitucionais expressos e, segundo, pela importância prática do procedimento licitatório na administração pública contemporânea.

Em desenvolvimento ao Sumário em epígrafe, o presente trabalho seguirá, assim, a seguinte metodologia expositiva: iniciar-se-á com um discurso sobre os princípios e sua natureza jurídica, examinará brevemente o conceito de licitação, apresentará uma sistematização lógico-dogmática dos princípios incidentes sobre este instituto e, por derradeiro, a conclusão tética.

## 2. PRINCÍPIOS

### 2.1. GENERALIDADES

Em Ciência, denominam-se **princípios** as abstrações de segundo grau induzidas de **leis** que, por sua vez, são abstrações de primeiro grau induzidas de **fenômenos**.

Com efeito, os fenômenos da natureza, tanto quanto os do espírito, como na classificação de W. DILTHEY, apesar de aparentemente caóticos, se submetidos a correta metodologia de estudo, revelam **regularidades causais** que permitem reduzi-los a **leis**. Do mesmo modo, um conjunto de leis, também metodicamente considerado, apresentará outras distintas regularidades passíveis de serem grupadas e enunciadas como leis de leis, ou seja, como **princípios**.

No Direito, embora Ciência Normativa, que trabalha no plano abstrato do **dever ser**, à semelhança do que ocorre com as Ciências Descritivas, que se debruçam sobre o plano real do **ser**, as leis são abstrações construídas sobre a realidade dos fatos sociais, só que não indicam regularidades reais, necessariamente existentes, mas regularidades desejadas, cuja existência se pretende impor. Do mesmo modo, é possível dessumir princípios normativos de leis normativas, ou seja, abstrações de segundo grau que exprimam as amplíssimas regularidades desejadas de todo um sistema normativo.

Desde que identificadas e enunciadas, seja doutrinária seja positivamente, essas amplíssimas regularidades erigem-se em características fundamentais do ordenamento jurídico, como um todo, ou de seus vários segmentos disciplinares.

A formulação adequada dos princípios proporciona, uma vez expressa, uma superior percepção da **ordem jurídica** da qual foram derivados, facilitando o seu desdobramento (nomopolese) e a sua compreensão (exegese).

Isso é ainda mais certo no caso da ordem jurídica contemporânea que ultrapassa os tradicionais referenciais éticos da **legalidade**, que fundaram o Estado de Direito, e absorve os referenciais da **legitimidade**, que baseiam o Estado Democrático e, mais recentemente, assimila os referenciais de **licitude**, que abrem caminho para a realização do Estado de Justiça.

### 2.2. NATUREZA JURÍDICA

No que toca à sua natureza jurídica, é pacífico, graças à contribuição tedesca e italiana, que os princípios são **normas jurídicas**, tanto quanto o são os **preceitos**. Coexistem, portanto, as **normas-princípio** ao lado das tradicionais **normas-preceito** (ou normas-regra, como alguns preferem).

Às duas categorias o constitucionalismo contemporâneo veio acrescentar uma terceira - as **normais gerais**, consideradas por HANS NAWIASKI como um caso derivado pela técnica concorrencial da repartição de poderes federativos<sup>3</sup> para definir o espaço legislativo de competência federal, restrito a generalidades, respeitando o espaço de competência legislativa dos entes federados para editar normas específicas.

Abandonada, portanto, a peculiaridade desse **tertium genus**, de limitada aplicação, ainda porque já o tratamos em outro trabalho<sup>4</sup>, cabe estabelecer aqui as distinções entre as **normas-princípio** e as **normas-preceito**, tomando como critério o seu **conteúdo**.

1º - Quanto à **abstração**. Conforme o já exposto, a norma-preceito contém uma abstração de primeiro grau, enquanto a norma-princípio, uma abstração de segundo grau, generalizando generalizações preexistentes.

2º - Quanto à **densificação**. Ou, no seu sentido oposto, quanto à **rarefação** do conteúdo, encontra-se no preceito um maior grau de determinabilidade para a aplicação ao caso concreto, enquanto que, no princípio, necessita-se de maior número de elementos caracterizadores de seu conteúdo normativo que só advirão através de manifestações de vontade complementares e integrativas, necessariamente intermediárias, para a concretização de seu comando.

3º - Quanto à **fundamentalidade**. A referência do princípio é a todo o sistema jurídico ou parte significativa dele, para dar-lhe coerência e articulação, ao passo que a referência do preceito está limitada a uma

hipótese, como um fato ou uma situação especificamente considerados, de modo que sua ausência não afeta a integridade e a coerência do sistema.

4º - Quanto à **situação epistemológica**. Os princípios estão mais próximos dos grandes conceitos metajurídicos que influenciam todo o Direito, como a própria idéia do direito (LARENZ) ou os **standards** de justiça (DWORKIN), ao passo que os preceitos realizam a aplicação casuística desses valores.

5º - Quanto à **nomopoiese**. Os princípios têm uma necessária eficácia nomopoética, isso é, têm a vocação de se reproduzirem em preceitos ou, mesmo, em subprincípios que lhes conservam o sentido, a raiz, em suma, o comando essencial, sem esgotá-lo, ao passo que os preceitos se exaurem em si mesmos, admitindo, apenas, a eventual integração de espaço normativo discricionário e a regulamentação operativa que se fizer necessária, a nível administrativo.

### 2.3. FUNÇÕES

Em virtude dessas características e com fundamento nelas, pode-se afirmar que a distinção prática mais evidente entre ambas as categorias normativas está na **multifuncionalidade** do princípio em cotejo com o preceito, em regra, unifuncional. Com efeito, considere-se a multiplicidade de funções que os princípios podem desempenhar no Direito segundo essa lista exemplificativa:

1º - **Função axiológica**. Por ela, os princípios definem, na ordem jurídica, os valores que a informam.

2º - **Função teleológica**. Ou finalística, por ela, os princípios orientam a ordem jurídica em direção a determinadas finalidades.

3º - **Função sistêmica**. Por ela, os princípios dão ordem e coerência a toda a ordem jurídica ou segmentos disciplinares expressivos; valendo, neste caso, como os próprios critérios classificatórios.

4º - **Função Integrativa**. Por ela, os princípios preenchem as lacunas deixadas pelos preceitos, dando continuidade e consistência a toda a ordem jurídica.

5º - **Função nomogenética**. Por ela, os princípios se reproduzem em outros princípios derivados ou em normas de maior densidade conteúdoística.

6º - **Função irradiante**. Por ela, os princípios informam não apenas os subprincípios e preceitos deles diretamente derivados, mas comunicam

o seu conteúdo valorativo e finalístico a todo o sistema jurídico de que fazem parte.

7º - **Função provocativa**. Por ela, os princípios estimulam a produção dos preceitos que os densificarão e, até mesmo, a dos atos concretos que aplicarão os seus comandos.

8º - **Função inibidora**. Por ela, ao revés da função provocativa, os princípios impedem a produção de normas e atos concretos que lhes violem o conteúdo, impedindo-lhes a eficácia.

9º - **Função limitativa**. Por ela, à semelhança da função inibidora, os princípios impedem parcialmente ou condicionam a produção de preceitos ou a prática de atos concretos que interfiram em seu conteúdo, restringindo de algum modo a sua eficácia.

Em suma, por serem **plurissignificativos**, princípios são também **multifuncionais**, atendendo, de maneiras distintas, os inúmeros comandos que sintetizam em seus enunciados.

Dotados de tais características e capazes de desempenhar tantas funções, não é de se estranhar que a exploração de sua utilidade esteja ainda incipiente e, por isso, os princípios constituam uma categoria em expansão no arsenal teórico-dogmático do Direito. Isso os torna merecedores da maior atenção por parte dos profissionais que desejam flexibilizar a interpretação preceitual da ordem jurídica, sem romper, contudo, com as conquistas dogmáticas milenarmente incorporadas.

Seu estudo é ainda mais útil para os profissionais que, como é o caso no Brasil, ficaram impregnados de excessivo racionalismo em razão de anos de estudo nas cartilhas do positivismo jurídico, acostumados, quando não fascinados, com a aparente simplicidade geométrica que proporcionava, mas hoje se vêem diante de novos imperativos sociológicos e éticos a considerar em seu trabalho interpretativo.

Viciados pela simplicidade elusiva do uniconceptualismo e sempre à busca da tranquilizadora univocidade, ainda persistimos em procurá-los na ordem jurídica positiva, cada vez mais pletórica e cada vez mais caótica e, por isso, sem as âncoras dos princípios, arriscamo-nos a vogar à deriva nesse oceano de leis que, no Brasil, despejam-nos quase diuturnamente os sessenta mil legisladores existentes no País.

Realmente, ao trabalhar com princípios, tudo se ordena melhor e adquire consistência mas, para isso, é necessário estar atento às suas **características operativas**, que são bem distintas daquelas do labor tradicional, a nível preceitual:

1º - Estar atento à **amplitude** do conteúdo do princípio, que lhe possibilita a realização através de inúmeras opções. No caso da norma preceitual, de conteúdo estrito, a característica é o verbo de ação: faz, organiza, impõe, permite, delega, proíbe, faculta, outorga, condiciona, altera, confirma, dispõe, determina, etc.

2º - Estar atento à **gradualidade** de peso do conteúdo do princípio, que possibilita aplicá-lo com maior ou menor intensidade, sem tocar na validade. No caso do preceito, só se considera a validade, jamais o peso ou a importância do conteúdo da norma, quando de sua aplicação.

3º - Estar atento, redobradamente, à **conflitualidade** no conteúdo do princípio. Em razão de suas funções sistêmicas e irradiantes, os princípios podem-se contradizer quanto a seu conteúdo. Isso é tanto mais freqüente quanto mais plurissignificativo for pelo menos um dos princípios confrontados e nada há a estranhar que isso ocorra, pois é uma possibilidade lógica a ser sempre considerada, exigindo-se um trabalho exegético criativo e lúcido, tanto por parte do legislador, quanto por parte do aplicador concreto, para harmonizá-los convenientemente. No caso dos preceitos, ao revés, os preceitos não admitem conflitos entre si: normas preceituais mutuamente incompatíveis são excludentes uma da outra, segundo regras precisas de validade. Acrescente-se ainda que o conflito a nível de princípios é sempre fecundo e desejável pela utilidade que tem para a evolução do Direito.

## 2.4. CLASSIFICAÇÃO

Os princípios podem ser classificados segundo vários critérios. Para efeitos práticos, visando a esta exposição, adotar-se-ão as seguintes caracterizações classificatórias:

1º - Conforme a **amplitude** (plurissignificação): **gerais e especiais**.

2º - Conforme sua **expressão**: **doutrinários e positivos**.

3º - Conforme a **hierarquia positiva**: **constitucionais e infraconstitucionais**.

4º - Conforme a **função prevalecente**: **conformadores, impositivos ou garantidores**.

5º - Conforme a **abrangência** (todo o ordenamento jurídico ou determinado segmento): **fundamentais, gerais e setoriais**.

6º - Conforme a **utilidade funcional** em destaque: **capitais e operativos**.

Essa tipologia ficará mais adequadamente explicada no próprio desenvolvimento do trabalho, quando será usada para articular os princípios da licitação no direito brasileiro.

## 3. LICITAÇÃO

De modo geral, como convém a este trabalho, que se pretende ater aos princípios, o conceito de licitação, embora dependendo da ênfase que se quer atribuir a determinado aspecto particular, pode ser assim enunciado: **procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de contratantes habilitados que ofereçam as propostas mais vantajosas**.

Não é uma conceituação exaustiva e, muito menos, perfeita e acabada, mas tem a virtude de não conter elementos polêmicos. Todos os comentaristas do instituto - e existem em razoável número - concordam que se trata de uma série de atos coordenados visando a um ato final (procedimento) que vem a ser a declaração de uma ordem seletiva de candidatos à contratação que, havendo comprovado sua capacidade especial (habilitação), tenham oferecido as propostas mais vantajosas (segundo critérios objetivos).

Há, todavia, destaques de alguns elementos conceptuais segundo a óptica do doutrinador, como se pode observar pelos exemplos que se seguem.

O eminente e saudoso HELY LOPES MEIRELLES dá destaque à presença da Administração Pública<sup>5</sup> o que já não nos parece importante, com o advento da extensão do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que passou a abranger não só os entes da administração pública como as **entidades controladas** direta ou indiretamente pelo Estado, tal como, aliás, se previu na própria Constituição, no artigo 22, XXVII, que as menciona.

MARCELLO DA SILVA também se refere à Administração e acrescenta um rol de objetos: obras, serviços, compra de materiais e gêneros e alienações de bens. Como toda particularização pode ser, como ficou, incompleta, ainda porque é dispensável esse arrolamento<sup>6</sup>.

LUCIA VALLE FIGUEIREDO sublinha a unilateralidade e, também, discrimina o objeto, embora o faça de modo mais geral<sup>7</sup>.

Outro especialista, ADILSON DALLARI, qualifica o procedimento como unilateral e discricionário<sup>8</sup>. Com a devida vênia do ilustre autor temo-lo como vinculado, entendendo que a discricção se circunscreve a aspectos preliminares, como contratar ou não, definir o objeto e valer-se ou não de uma faculdade de dispensa.

Por fim, o chamado **conceito legal** é o que se depreende dos dispositivos enunciativos da Lei nº 8.666/93: um procedimento (art. 38) destinado a selecionar a proposta mais vantajosa (art. 3º) como condição para contratar com as entidades subordinadas ao regime daquela Lei (art. 1º e seu parágrafo).

Como se pode observar, há coincidência quanto aos elementos essenciais ao conceito de licitação, podendo-se, portanto, partir para a identificação dos princípios que a regem, segundo a tipologia anunciada<sup>9</sup>.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO

A nível constitucional onze princípios informam o instituto da licitação, dispostos em três níveis de abrangência: **fundamental, geral e setorial**.

A distinção desses três níveis é feita no próprio Texto Constitucional de 1988, estabelecendo uma hierarquia axiológica interna de grande importância na técnica de interpretação: os **princípios fundamentais**, que informam toda a Constituição e se situam na cúspide do ordenamento jurídico, como os estabelecidos no Título I; os **princípios gerais**, que informam Títulos ou Capítulos inteiros, como os relacionados no art. 37, **caput**, dirigidos à Administração Pública (Título III, Capítulo VII) ou os do art. 170, referentes à Ordem Econômica (Título VII, Capítulo I), e os **princípios setoriais**, informativos de determinados institutos ou conjunto de institutos, como, por exemplo, os que se destinam à magistratura (art. 95) ou os que se voltam à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221).

No que toca à licitação, **cinco** dos princípios constitucionais fundamentais são sobre ela diretamente influentes; **cinco** princípios constitucionais gerais e **um** princípio constitucional setorial, específico, embora desdobrado em dois dispositivos distintos.

##### 4.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Têm direta influência sobre o instituto da licitação **cinco** princípios fundamentais: o da **legalidade**, o da **legitimidade**, o da **moralidade**, o da **isonomia** e o da **livre iniciativa**.

###### 4.1.1. LEGALIDADE

O **princípio da legalidade**, consagrado no artigo 1º, **caput**, da Constituição, sintetiza a grande conquista juspolítica do Estado de Direito, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico e, em especial, sobre a atividade administrativa do Estado (art. 37, **caput**). Este princípio delimita a ação do Estado não só em termos do que pode fazer (substantivo), como em termos do **como** pode fazer (instrumental).

Com efeito, a Administração não é livre para agir; ela só age **secundum legis**, com o conteúdo e sob as formas previstas em lei. A legalidade se descobre em dois momentos distintos: o da **submissão do agir à lei** e o do **controle dessa submissão**. No primeiro momento importa a **natureza derivada** da atuação da administração pública ao complementar, seja com preceitos normativos secundários, seja com comandos concretos, a normatividade legal. No segundo momento o que importa é o controle dessa submissão, seja por parte dela própria, seja por parte de órgãos competentes para **exercê-lo nos demais** Poderes do Estado, manifestado **ex officio** ou provocado por quem a lei reconheça legitimidade para fazê-lo.

O princípio da legalidade, no caso da licitação, pareceu ao legislador infraconstitucional de tal forma importante que veio a ser reproduzido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, considerando-se justificada a redundância por motivos pedagógicos, uma vez que a aplicação, em todos os níveis da Administração Pública, é feita por servidores leigos.

###### 4.1.2. LEGITIMIDADE

O **princípio da legitimidade**, também consagrado no art. 1º, **caput**, da Constituição, a par do princípio da legalidade, que é a magna conquista do Estado de Direito, complementa-o como a expressão jurídica máxima do Estado Democrático. A legitimidade, concebida como a vontade geral da sociedade, é recolhida pelos processos democráticos de participação política abertos pela ordem jurídica, sejam diretos, semidiretos e indiretos, produzindo a permanente definição soberana dos interesses públicos e de como devem ser satisfeitos pela ação do Estado, notadamente pela atuação administrativa a seu cargo.

O princípio da legitimidade informa precípua e diretamente a criação da norma legal, constitucional ou ordinária, e, indiretamente, a sua integração, sempre que houver sido autorizado o exercício da **discricionariedade** administrativa ou judiciária.

###### 4.1.3. MORALIDADE

O **princípio da moralidade**, extraído do dever de construir no País uma sociedade justa, expressa no art. 3º, I, da Constituição, é, ao mesmo tempo, a inspiração e o balizamento da legalidade e da legitimidade, pois nada terá validade se não respeitar os mais profundos valores da convivência social, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sua liberdade e seus bens (art. 5º, **caput**).

Este áureo princípio, tradicionalmente incorporado ao Direito, mas hoje, mais que nunca, explicitado positivamente, sinaliza a realização, no tempo, do ideal do Estado de Justiça que, sem prescindir dos travejamentos legais e políticos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas, na verdade, trabalhando sobre eles, proporcionará a plenitude ética da ordem jurídica, no seu mais amplo e elevado sentido, ou seja, como expressão não apenas do direito posto, mas dos elevados valores que a inspiram e a validam.

Este princípio informa diretamente o princípio geral da **impessoalidade**, como adiante se exporá, e também foi **reproduzido infraconstitucionalmente** na Lei nº 8.666/93 (art. 3º, **caput**) igualmente com propósitos pedagógicos.

#### 4.1.4. ISONOMIA

O **princípio da isonomia** é a máxima expressão da igualdade dos seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, e de sua idêntica dignidade perante a sociedade, a lei e o Estado (art. 1º, III, e art. 5º, **caput**). Assim como todos entre si se devem respeito, também todos devem ser tratados com igual respeito pela ordem jurídica e pelo Estado, que é o instrumento máximo da sociedade para realizar este valor.

Em sua mais elevada expressão, o princípio isonômico se expressa como um comando ao legislador ordinário (art. 5º, **caput**) bem como ao legislador constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV): é a **igualdade na lei**.

Como decorrência, ele também se impõe aos Poderes executores da ordem jurídica, o administrador e o juiz, manifestando-se com uma série de princípios corolários, gerais e setoriais, constitucionais e infraconstitucionais, todos voltados à garantia do igual tratamento a todos que se encontrem em igualdade de situação, proibindo-se distinguir onde a lei não houver feito distinção: aqui temos a **igualdade perante a lei**.

Este princípio fundamental, como adiante melhor se exporá, informa diretamente a enunciação do princípio **infraconstitucional capital da igualdade**, encontrado no art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93.

#### 4.1.5. LIVRE INICIATIVA

O princípio da **livre iniciativa**, expresso no art. 1º, IV, da Constituição, está para a vida social e econômica assim como o princípio da liberdade, contemplado no art. 3º, I, está para toda a vida em sociedade. É um princípio fundamental que reconhece a cada indivíduo e a todas as associações que

hajam por bem de constituir, sejam transitórias, sejam permanentes, a liberdade de atuar em todos os campos da atividade humana, respeitados os limites que a própria Constituição prevê.

Assim, a livre iniciativa se estende à manifestação do pensamento (art. 5º, IV), ao exercício de cultos religiosos (art. 5º, VI), à expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), à reunião pacífica (art. 5º, XVI) e à associação de qualquer natureza (art. 5º, XVII).

De modo inequívoco, este princípio reserva à sociedade a iniciativa de qualquer atividade, até mesmo a que se volte à modificação, extinção ou fusão do Estado ou à alteração dos poderes (iniciativas) que lhe foram cometidos, pois tal é o alcance da reserva expressada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal e também no seu art. 14, que afirmam e conceituam a "soberania popular", uma evolução dos conceitos limitativos de "soberania estatal" ou, mesmo, de "soberania nacional", com profundos reflexos nas teorias contemporâneas do poder constituinte.

## 4.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS

Dos princípios constitucionais gerais, pertinentes à licitação, destacam-se também cinco: o da **publicidade**, o da **impessoalidade**, o da **moralidade administrativa**, o da **iniciativa econômica** e o da **livre concorrência**.

### 4.2.1. PUBLICIDADE

O **princípio da publicidade**, expresso no artigo 37, **caput**, da Constituição, é uma decorrência instrumental do princípio da legalidade tomado em seu momento ou acepção de controle. De fato, a realização prática da legalidade se tornaria impossível se não fosse aberto a todos, particularmente aos próprios Poderes do Estado, tomar conhecimento dos atos praticados por qualquer deles.

Encarada sob outro ângulo, a publicidade, além de dever do Estado, é um poder reservado pela sociedade, que se exprime, na própria Constituição, como um direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII), assegurando-se a todos a obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse geral (art. 5º, XXXIV, "b").

O princípio assegura a necessária **visibilidade** sobre o agir do Estado ou de quem por ele atue, o que hoje já se incorporou aos **mores** públicos com a denominação, algo imprópria, de "transparência", em vez de visibilidade (o que, obviamente, contém uma alusão implícita ao que se possa interpor ao conhecimento dos atos do Poder Público).

Observe-se, por derradeiro, que, da mesma forma que ocorreu com os princípios constitucionais fundamentais da legalidade e da moralidade, o princípio constitucional geral da publicidade também foi reiterado e reafirmado redundantemente na Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, **caput**, obviamente com idênticos propósitos pedagógicos.

#### 4.2.2. IMPESSOALIDADE

O **princípio da impessoalidade**, também arrolado no art. 37, **caput**, da Constituição deriva-se diretamente do princípio da legitimidade, referido aos serviços de interesse público, que é geral, distinto dos serviços de interesse pessoal. Prende-se, também, ao princípio da moralidade, pois visa a proscrever o favoritismo e o tratamento privilegiado, o que também o aproxima, no particular, do princípio isonômico, já que não cabe à Administração fazer quaisquer outras discriminações que não aquelas que tenha feito a lei (art. 5º, **caput**, da Constituição).

São, portanto, dois aspectos que se complementam: a proibição de prosseguir interesses outros que os que a lei haja definido e a proibição de prosseguir interesses do próprio ente estatal (interesses públicos secundários) como se foram todos, por terem o Estado como titular, necessariamente ou do mesmo modo, legítimos.

O **princípio da impessoalidade** também se encontra repetido na Lei nº 8.666/93, no art. 3º, **caput**, com os propósitos pedagógicos referidos, já que não seria o caso de considerar a reiteração sequer reforçativa do princípio constitucional geral.

#### 4.2.3. MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O **princípio da moralidade administrativa**, igualmente expresso no art. 37, **caput**, da Constituição, é uma derivação imediata do princípio fundamental da moralidade, voltado, embora, de modo especial, ao comportamento da Administração Pública, a cargo de seus órgãos e, em última análise, de seus **agentes**.

Este princípio, assim expresso, enfatiza o dever ético da Administração Pública através de seus agentes. Caracteriza-se a

imoralidade administrativa - a ilicitude específica do agir do Estado administrador - quando há um desvio das regras dispostas para a produção de efeitos benéficos à sociedade, para atingir resultados estranhos à finalidade que deve nortear sua ação.

Este princípio também põe em evidência o dever da boa administração, o que vem a ser uma aplicação da teoria weberiana da moral de resultados, em oposição à moral das intenções, importante na atividade privada, mas irrelevante no caso da atividade administrativa pública.

#### 4.2.4. INICIATIVA ECONÔMICA

O **princípio da iniciativa econômica**, expresso no art. 173, **caput**, da Constituição, afirma a reserva social da iniciativa econômica, especializando, neste campo, da produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, o princípio da livre iniciativa, o que significa a exclusão, em regra, da atuação concorrencial ou monopolista do Estado no domínio econômico.

Uma vez posto em nível constitucional, o princípio só admite ser excepcionado rigorosamente dentro das previsões da própria Carta e, em decorrência, o Estado deve buscar no setor privado os bens e serviços de que necessita, o que se exprime no princípio constitucional setorial matriz das licitações.

#### 4.2.5. LIVRE CONCORRÊNCIA

O **princípio da livre concorrência**, encontrado no art. 170, IV, da Constituição, consagra a competição econômica, beneficiando a sociedade pela redução dos custos e pela melhoria da qualidade dos bens e serviços que lhe são ofertados, tudo segundo a lei da oferta e da procura.

Este princípio, não obstante, é temperado pela intervenção regulatória, deferida ao Estado para definir padrões mínimos a serem observados, e pela intervenção sancionatória, para punir o abuso do poder econômico, que falseia e subverte a livre economia de mercado.

#### 4.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SETORIAL

O **princípio constitucional setorial da licitação** se encontra em dois dispositivos constitucionais: o art. 37, XXI, e o art. 175, **caput**.

A dicção mais ampla do princípio licitatório está no art. 37, XXI, submetendo as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ao processo da **licitação pública**, admitindo, embora, exceções legais.

A dicção mais restrita do **princípio licitatório** encontra-se no art. 175, **caput**, com escopo específico e dirigido às concessões e permissões de serviço público, sem admitir, contudo, exceções ("sempre através de licitação").

Com essa dupla previsão, não só ficou proscrito o afastamento da licitação nas concessões e permissões de serviços públicos, como se estendeu o certame obrigatório à permissão, que não tem natureza contratual, e à concessão, que para alguns autores tampouco é considerada um contrato, mas um ato complexo.

## 5. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO

A partir dos princípios constitucionais examinados, a **lei nacional** que regula o instituto para União e, a nível de normas gerais, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, editada no exercício da competência privativa da União (art. 23, XXVII, da Constituição Federal), a Lei nº 8.666, de 20 de junho de 1993, explicita **nove princípios**: o da **isonomia**, o da **legalidade**, o da **impressoalidade**, o da **moralidade**, o da **igualdade**, o da **publicidade**, o da **probidade administrativa**, o da **vinculação ao Instrumento convocatório** e o do **juízo objetivo**, com menção, ainda "aos que lhes são correlatos" (art. 3º, **caput**).

Desses nove princípios, já se indicou que **cinco** deles têm assento constitucional, explicando-se a repetição redundante pelo interesse pedagógico do legislador em tê-los bem firmados em benefício dos aplicadores; são eles: o da **isonomia**, o da **legalidade**, o da **impressoalidade**, o da **moralidade** e o da **publicidade**. Restam, portanto, **quatro** outros princípios puramente infraconstitucionais: o da **igualdade**, o da **probidade administrativa**, o da **vinculação ao Instrumento convocatório** e o do **juízo objetivo**, aos quais se deve acrescentar um quinto, e mais importante de todos, que está expresso, embora implicitamente, no mesmo art. 3º, **caput**, o **princípio da competição**, ao estabelecer a finalidade do procedimento, de "selecionar a proposta mais vantajosa".

Esses cinco princípios infraconstitucionais da licitação apresentam, ainda, uma hierarquização evidente. Dois deles, o da **competição** e o da **igualdade**, são embasamento substantivo de todo o procedimento licitatório,

ao passo que os demais três, o da **probidade administrativa**, o da **vinculação ao Instrumento convocatório** e o do **juízo objetivo**, são seu alicerce operativo. Por isso, distinguem-se, a seguir, os **princípios infraconstitucionais capitais** e os **princípios infraconstitucionais operativos**.

### 5.1. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS CAPITAIS

São, como se distinguiu acima, aqueles que presidem a todo o procedimento, embora com ênfases diferentes conforme as suas fases. O princípio da competição se dirige à satisfação do interesse da sociedade integralmente considerada, ao passo que o princípio da igualdade se volta à proteção dos licitantes. Não há como preceder, axiologicamente a igualdade à competição, uma vez que a **competição**, para obter a proposta mais vantajosa, é **finalística**, ao passo que a **igualdade** rege apenas o **meio** de execução.

#### 5.1.1. COMPETIÇÃO

O **princípio da competição**, expresso no art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, embora de modo implícito, na expressão já referida "selecionar a proposta mais vantajosa", orienta e justifica todo o processo, desde sua instauração à adjudicação, prosseguindo durante a execução do contrato decorrente, bem como se aplica à declaração de dispensa e de inexigibilidade e, ainda, à anulação e à revogação.

A finalidade de identificar o administrado que ofereça a proposta mais vantajosa é, na verdade, a **legítima**, pois é a que atende aos interesses da sociedade, que deverá arcar com os ônus e, por isso, deverá auferir o máximo de vantagens. A competição se estabelece para favorecer a sociedade, detentora dos interesses primários, e não o administrador público, que tem interesse derivado.

Este princípio é alçado ao primeiro plano pela doutrina mais moderna e autorizada, em resposta à seguinte indagação retórica: **para que** se quer um certame licitatório público?

#### 5.1.2. IGUALDADE

O **princípio da igualdade**, expresso e explícito no art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, é uma clara derivação do princípio isonômico, voltado a garantir a igualdade dos licitantes perante a lei e, em decorrência, a igualdade

perante as normas administrativas diretamente aplicáveis ao processo licitatório, inclusive e principalmente o seu instrumento convocatório.

As especificações normativas que versem sobre a **pessoa** dos candidatos à contratação e ao **objeto** do contrato não podem ter outra justificativa que o interesse público específico a ser satisfeito pela prestação contratual a que se obriga o administrado, de modo que a "proposta mais vantajosa" estará **pré-definida** em termos gerais e necessariamente **contida** no objeto do contrato a ser licitado.

Este princípio, que é moderador e limitativo do princípio da competição, responde à indagação retórica: **como se quer** um certame licitatório público?

## 5.2. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS OPERATIVOS

Os restantes três princípios relacionados no art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório** e do **juízo objetivo**, são necessários para orientar o procedimento licitatório, em especial em suas fases executivas, daí a denominação de **princípios operativos**.

### 5.2.1. PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da **probidade administrativa**, do art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, deriva diretamente do **princípio da moralidade administrativa**, visando à personalização dos agentes administrativos relacionados ao processo licitatório e à sua responsabilização penal, civil, administrativa e política pelos atos praticados que se desviem da legalidade, da legitimidade e da licitude, valores esses hoje tutelados amplamente pela ordem jurídica constitucional (art. 5º, LXXIII, CF).

Essa onímoda responsabilização, que vai até à suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo das demais formas penais, civis e administrativas previstas em lei, foi prevista pelo legislador constitucional (art. 37, § 4º, CF).

### 5.2.2. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, do art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, é consectário do próprio princípio capital da

licitação. É a partir da fidelidade absoluta de todo o processo ao instrumento que convida os administrados interessados ao certame licitatório que se pode garantir a dispensa de igual tratamento a todos, sem quaisquer diferenciações ou discriminações que não aquelas **previstas**, levadas em conta exclusivamente para garantir a seleção das qualidades subjetivas e objetivas pretendidas, consideradas necessárias para atender ao interesse público visado.

Por outro lado, se todas as exigências subjetivas, concernentes aos licitantes, e objetivas, relacionadas às ofertas, devem se conter nos termos do instrumento convocatório, nada mais poderá vir a ser exigido pela Administração, nem, tampouco, ser por ela aceito como elemento discriminatório, por mais razoáveis que possam parecer. Tal o alcance, **peremptório**, do que se contém no instrumento convocatório.

### 5.2.3. JULGAMENTO OBJETIVO

O **princípio do julgamento objetivo**, do art. 3º, **caput**, da Lei nº 8.666/93, se apresenta também como uma conseqüência dos dois princípios capitais da licitação. Na ocasião da apreciação das melhores condições oferecidas, somente as previstas (princípio da vinculação ao instrumento convocatório) serão levadas em conta para **desigualar** os licitantes. Em outros termos: as "melhores condições" serão sempre aquelas predeterminadas em tese pela autoridade licitatória, para serem consideradas nas hipóteses oferecidas pelos licitantes, mesmo que de fato pudessem ser consideradas mais vantajosas para a Administração outras condições.

O julgamento objetivo há de ser o que se funda em premissas possíveis, consistentes com o objeto a ser alcançado e suscetíveis de quantificação ou **qualificação**, e que prescindam de estimativas, conjeturas, suposições ou preferências **Intuitu personae**. Toda subjetividade deve ser afastada pelo emprego de dois instrumentos: a **pontuação** dos elementos relevantes, previamente escolhidos, e a **justificação da decisão** com suporte na pontuação adotada.

## 6. OUTROS PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS

O método utilizado neste trabalho prestigiou a derivação e o entrosamento de princípios, partindo dos mais abrangentes aos de menor amplitude. Mas, além desses examinados, outros há, doutrinários e positivos, que têm alguma referência informativa sobre a licitação. A doutrina

brasileira, por exemplo, oferece outras expressões principiológicas que merecem destaque.

HELLY LOPES MEIRELLES refere-se aos princípios do **procedimento formal**, do **sigilo na apresentação das propostas** e de **adjudicação compulsória ao vencedor**<sup>10</sup>, todos auto-explicativos.

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, trata também do **princípio da fiscalização pelo disputando**<sup>11</sup>, dando ênfase ao sistema de controle que, a rigor, deve ser muito mais aberto, para legitimar até os profissionais e empresas que, embora não tenham disputado, têm interesse na juridicidade das licitações, pois tantas vezes terão desistido de concorrer em razão de condições que acabam não sendo respeitadas.

Para encerrar esses exemplos, que visam a demonstrar a riqueza com que se pode examinar certos institutos sob o prisma principiológico, vale mencionar um dos mais lúcidos administrativistas da nova geração, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, que alinha, além dos já estudados, o do **procedimento formal** (como HELLY LOPES MEIRELLES), e mais o da **universalidade**, que veda cláusulas ou condições que restrinjam, comprometam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, o da **realidade**, que exige a possibilidade fática de satisfazer o objeto licitado, e o da **razoabilidade**, que demanda a adequada proporcionalidade entre meios e fins<sup>12</sup>.

A lista poderá ser ampliada, por suposto, se a ela acrescentarmos o elenco dos princípios gerais do Direito Administrativo que, de maneira direta ou indireta, terão significação no processo licitatório. Nas sucessivas edições de meu "Curso", tenho procurado aprimorá-lo, em benefício do bom **estudo sistemático da matéria**<sup>13</sup>. Surgem, assim, o princípio da **finalidade**, o da **razoabilidade** (como MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO), o da **executoriedade** e, com maior importância, o da motivação, hoje positivado constitucionalmente.

## 7. CONCLUSÃO

Procurou-se ter demonstrado a importância e, até, a necessidade da dogmática dos princípios no direito contemporâneo, usando, como estudo de caso, a licitação.

É possível retirar-se algumas conclusões objetivas atinentes, no caso, à licitação, mas, o que é mais importante, atinentes a qualquer instituição sobre a qual se verifique uma incidência múltipla de princípios, em níveis hierárquicos escalonados.

1º) A **metodologia utilizada** pode ser aplicada a quaisquer outros institutos, especialmente no Direito Público, com grandes benefícios para o intérprete.

2º) É inegavelmente útil e elucidativa, além de estimulante, a **abordagem principiológica dos institutos jurídicos**, notadamente por dar ênfase aos fins e aos valores da norma, sem os quais ela deixa de ter expressão valiosa no mundo do direito.

3º) **No caso da licitação**, tomado como base do estudo, o alcance prático do método sobressai claramente da derivação constitucional que se pode construir dos princípios adotados explícita e implicitamente na Lei nº 8.666/93.

4º) O estudo do caso licitatório torna também visíveis as **relações interprincipiológicas**, em linha e colaterais, uma vez dispostas sistematicamente.

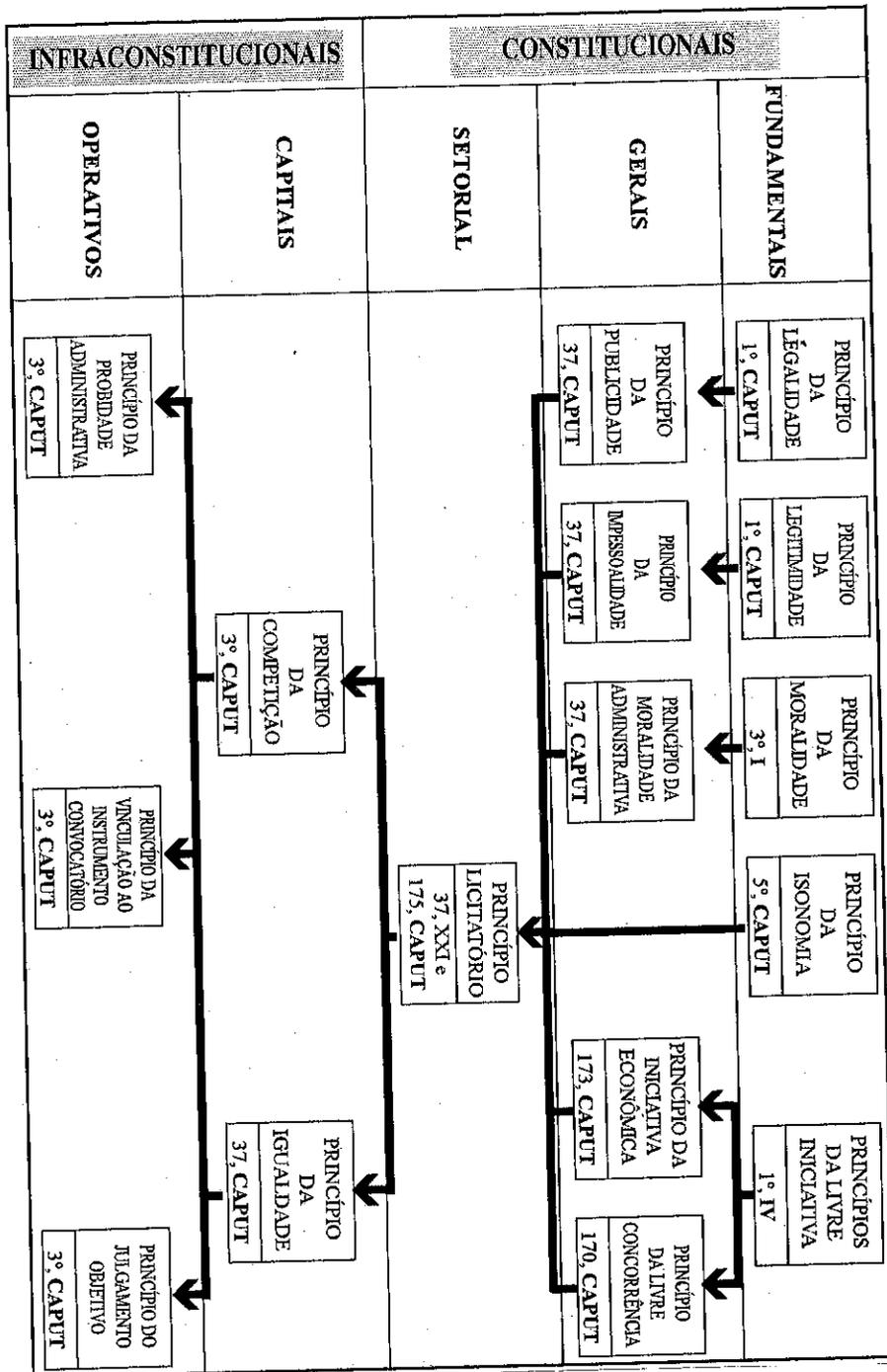
5º) Cabe ao intérprete-aplicador examinar, nessas relações interprincipiológicas, as **funções** que cada princípio deve desempenhar, ponderando-as e destacando a que se deva considerar dominante.

6º) Deve, ainda, o intérprete-aplicador estar atento para dar a solução aos aparentes **conflitos interprincipiológicos** de modo que, harmoniosamente considerados, seja possível retirar-se uma resultante coerente com todo o sistema jurídico.

A importância crescente dos princípios, longe de ser um modismo acidental ou um preciosismo inútil, é o resultado de uma longa evolução do Direito que, partindo das concepções dogmáticas, absorveu os conceitos sociológicos e, por fim, os axiológicos, em processo de permanente enriquecimento e sem perda das conquistas técnicas sedimentadas, tornando, ao cabo, mais nítidos os valores matriciais do ordenamento jurídico e as finalidades sociais que o justificam.

Essa nitidez paira acima das dificuldades e inconsistências da pleora de normas que caracteriza os ordenamentos jurídicos contemporâneos para lhes proporcionar ordem e sentido, graças à eficácia integrativa e interpretativa que é própria aos princípios<sup>14</sup>.

Hoje, por fim, sem suporte na técnica dos princípios, os ordenamentos jurídicos e os seus respectivos institutos não são mais que aglomerados caóticos e descompassados de normas em crescente abundância, que desafiam o melhor da criatividade, da ciência, quando não da paciência dos intérpretes.



## NOTAS

- (1) Este fenômeno vem sendo observado desde o término da Segunda Guerra Mundial e examinado em profundidade como, por exemplo, por VEZIO CRISAFULLI, na obra *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi* (Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1952).
- (2) A respeito, recomenda-se a leitura da preciosa obra filosófica de MIGUEL REALE, *A Nova Fase do Direito Moderno* (Ed. Saraiva, S. Paulo, 1990).
- (3) Ao anotar a lição de HANS NAWIASKI, "Mann kam daher die Rahmen vorschriften als einen Unterfall der Konkurrierenden Gesetz betrachten", ALCINO PINTO FALCÃO afirma a identidade de sentido de norma geral entre o Direito alemão e o brasileiro (*Constituição Anotada*, Rio, Konfino, 1955, Vol. I, p. 61).
- (4) In *Constituição e Revisão*, Forense, Rio, 1991, pp. 129 a 171.
- (5) *Licitação e Contrato Administrativo*, R. dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 6.
- (6) *Contratações Administrativas*, 1971, p. 53.
- (7) *Direitos dos Licitantes*, Malheiros, 1992, 3ª ed., p. 17.
- (8) *Aspectos Jurídicos da Licitação*, S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 110.
- (9) *Idem* 2.5 - Classificação supra.
- (10) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, R.T., 14ª ed., 1989, pp. 242 e ss.
- (11) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1994, p. 272.
- (12) MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Esplanada, 1993, pp. 44 e ss.
- (13) N/Curso de *Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio, Ed. Forense, 1994.
- (14) VEZIO CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di Principi*, Milão, Ed. Giuffrè, 1952, pp. 40 e 41.