



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SAULO GABRIEL SOUZA QUEIROZ**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 22 DO DECRETO FEDERAL  
Nº 7.892/2013.**

Salvador

2016

**SAULO GABRIEL SOUZA QUEIROZ**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 22 DO DECRETO  
FEDERAL Nº 7.892/2013.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Andrade Soares Neto

Salvador  
2016

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**SAULO GABRIEL SOUZA QUEIROZ**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 22 DO DECRETO  
FEDERAL Nº 7.892/2013.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

A Deus por me conceder a graça de mais um dia.

Aos meus pais, Paulo e Estelita, que abdicaram de uma próspera juventude e ingressaram na mais importante missão desta vida, que é ter um filho. Espero que estejam contentes com tudo que aconteceu, pois, ao dizer que sou filho de vocês, o orgulho em mim transborda. Mais uma vez muito obrigado!

A Samuel, que além de ser meu irmão, é meu melhor amigo, e que apesar de muito mais novo, é um exemplo de homem.

Aos “Queiroz”, “Félix de Souza”, “Oliveira” e “Cain’água”, assim como todos os “agregados”, que formam a melhor família que qualquer pessoa poderia ter. Em especial meus avôs, Juca e Fausto, que, junto ao meu pai, sempre foram meus exemplos, mostrando o quão bom eu posso ser.

A Erica, a minha maior crítica, melhor amiga, companheira, meu amor.

A todos os meus amigos, a “família que a gente escolhe”, que são de importância ímpar em minha vida.

Eu não gosto de deixar passar a oportunidade de dizer o quanto são especiais em minha vida, e assim, aproveitando mais uma, passo a dizer: eu amo muito todos vocês!

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.*

*(Martin Luther King)*

## RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre a Adesão à Ata de Registro de Preços, também chamada de “efeito carona”. Serão abordados inicialmente os aspectos circundantes da matéria, tais como o papel da Constituição no ordenamento jurídico, passando pelo controle de constitucionalidade, atribuições do chefe do Poder Executivo até chegar na licitação, onde é restringido o objeto tratado até chegar no cerne da questão. É feita a exposição de todas as circunstâncias que dão ensejo à adesão, mostrando de quem é a competência para tratar da instituição deste mecanismo, assim como quem é o responsável por tratar dos problemas provenientes da sua utilização. Por derradeiro, são apontadas as principais inconsistências deste instrumento, fazendo posteriormente sua análise à luz dos princípios constitucionais balizadores da Administração Pública, bem como expondo o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União – TCU ao tratar a matéria, concluindo pela inconstitucionalidade do art. 22, do Decreto 7.892/13.

Palavras-chave: Constituição. Regulamento. Licitação. Inconstitucionalidade. Adesão.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>1. INTRODUÇÃO</b> .....  | 11 |
| <b>2. CONSTITUIÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL</b> .....  | 14 |
| 2.1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....  | 17 |
| 2.1.1. <b>Constituição em Sentido Material</b> .....  | 17 |
| 2.1.2. <b>Constituição em Sentido Formal</b> .....  | 18 |
| 2.2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CARÁTER VINCULANTE E IMPERATIVO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS..... | 18 |
| <b>3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....   | 21 |
| 3.1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE.....   | 22 |
| 3.1.1. <b>Conceito de Inconstitucionalidade</b> .....   | 22 |
| 3.1.2. <b>Espécies de Inconstitucionalidade</b> .....   | 23 |
| 3.1.2.1. Inconstitucionalidade Formal.....  | 23 |
| 3.1.2.2. Inconstitucionalidade Material.....  | 24 |
| 3.1.2.3. Inconstitucionalidade por Ação.....  | 25 |
| 3.1.2.4. Inconstitucionalidade por Omissão.....   | 25 |
| 3.2. CONCEITO.....  | 26 |
| 3.3. PRESSUPOSTOS.....  | 27 |
| 3.4. MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....  | 28 |
| 3.4.1. <b>Controle Político e Jurídico</b> .....  | 28 |
| 3.4.2. <b>Controle Difuso de Constitucionalidade</b> .....  | 29 |
| 3.4.3. <b>Controle Concentrado de Constitucionalidade</b> .....                                       | 30 |
| 3.4.4. <b>Demais Modalidades de Controle de Constitucionalidade</b> .....                             | 31 |
| 3.5. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....                                       | 31 |

|   |    |
|---|----|
| <b>4. O PODER EXECUTIVO FEDERAL E SUAS ATRIBUIÇÕES</b> .....            | 33 |
| 4.1.O PODER EXECUTIVO NO BRASIL E O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....        | 34 |
| 4.2.ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....                         | 35 |
| <b>4.2.1. Visão Geral</b> .....   | 35 |
| <b>4.2.2. Direção da Administração Federal</b> .....                    | 36 |
| 4.2.2.1. Expedição de Regulamento.....                                  | 37 |
| 4.2.2.2. Decreto Autônomo e Regulamento “Autorizado”.....               | 38 |
| <br>  |    |
| <b>5. DA LICITAÇÃO</b> .....  | 40 |
| 5.1.CONCEITO.....   | 41 |
| 5.2.PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO NO ESTADO PÓS MODERNO.....        | 42 |
| <b>5.2.1. Princípio da Obrigatoriedade de Licitação</b> .....           | 42 |
| <b>5.2.2. Princípio da Legalidade</b> .....                             | 43 |
| <b>5.2.3. Princípio da Isonomia</b> .....                               | 44 |
| <b>5.2.4. Princípio da Impessoalidade</b> .....                         | 45 |
| <b>5.2.5. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório</b> ..... | 45 |
| <b>5.2.6. Princípio da Objetividade do Julgamento</b> .....             | 46 |
| <b>5.2.7. Princípio da Publicidade</b> .....                            | 47 |
| <b>5.2.8. Princípio da Competitividade</b> .....                        | 48 |
| <b>5.2.9. Princípio da Moralidade e da Probidade</b> .....              | 48 |
| <b>5.2.10. Princípio da Adjudicação Compulsória</b> .....               | 48 |
| <b>5.2.11. Princípio da Ampla Defesa</b> .....                          | 49 |
| <b>5.2.12. Princípio da Licitação Sustentável</b> .....                 | 50 |
| 5.3.ASPECTOS GERAIS SOBRE A LICITAÇÃO.....                              | 51 |
| <b>5.3.1. Modalidades de Licitação</b> .....                            | 51 |
| 5.3.1.1. Concorrências.....   | 52 |
| 5.3.1.2. Tomada de Preços.....  | 52 |
| 5.3.1.3. Convite.....   | 53 |

|   |           |
|---|-----------|
| 5.3.1.4. Concurso.....  | 54        |
| 5.3.1.5. Leilão.....  | 55        |
| 5.3.1.6. Pregão.....  | 55        |
| <b>5.3.2. Regime Diferenciado de Contratação – RDC.....</b>                             | <b>56</b> |
| <b>5.3.3. Dispensa e Inexigibilidade.....</b>   | <b>57</b> |
| <br>  |           |
| <b>6. DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.....</b>   | <b>59</b> |
| 6.1. CONCEITO.....  | 59        |
| 6.2. PRINCIPAIS ASPECTOS SOBRE O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS..                        | 60        |
| <b>6.2.1. Evolução do Sistema de Registro de Preços e o Decreto 7.892/13.....</b>       | <b>60</b> |
| <b>6.2.2. Características e Procedimento.....</b>                                       | <b>61</b> |
| <b>6.2.3. Hipóteses que Permitem a Utilização do Sistema de Registro de Preços.....</b> | <b>62</b> |
| <b>6.2.4. Modalidades Licitatórias Pertinentes à Matéria.....</b>                       | <b>63</b> |
| 6.3. A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.....   | 64        |
| <b>6.3.1. Conceito.....</b>   | <b>64</b> |
| <b>6.3.2. Principais Aspectos.....</b>  | <b>64</b> |
| <br>  |           |
| <b>7. DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.....</b>                                    | <b>66</b> |
| 7.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....  | 66        |
| 7.2. CONCEITO.....  | 66        |
| 7.3. REQUISITOS NECESSÁRIOS.....  | 67        |
| 7.4. QUANTITATIVO MÁXIMO A SER UTILIZADO.....   | 68        |
| 7.5. LIMITES À ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO.....                                   | 68        |
| 7.6. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA.....  | 69        |
| 7.7. NATUREZA JURÍDICA.....   | 71        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>8. INCONSTITUCIONALIDADE DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.....</b> | <b>73</b> |
| 8.1. PRINCIPAIS CRÍTICAS.....  | 73        |
| 8.2. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....                           | 75        |
| <b>8.2.1. Agravo ao Princípio da Legalidade.....</b>                       | <b>75</b> |
| <b>8.2.2. Agravo ao Princípio da Isonomia.....</b>                         | <b>76</b> |
| <b>8.2.3. Agravo ao Princípio da Economicidade.....</b>                    | <b>78</b> |
| <b>8.2.4. Agravo ao Princípio da Vinculação ao Edital.....</b>             | <b>79</b> |
| <b>8.2.5. Agravo aos Princípios da Moralidade e Impessoalidade.....</b>    | <b>81</b> |
| 8.3. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....                      | 83        |
| <b>9. CONCLUSÃO.....</b>   | <b>86</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

Para que a Administração Pública possa funcionar adequadamente, assim como atender todas as necessidades da sociedade, precisou desenvolver mecanismos que dessem os subsídios necessários para o exercício de suas funções. E é nesse sentido que instrumentos como a licitação e as modalidades de contratação direta – dispensa e inexigibilidade – sempre se destacaram, permitindo que fossem realizadas as contratações mais diversas.

Todavia, hodiernamente nenhum engendramento jurídico vem ganhando tanta relevância quanto a Adesão à Ata de Registro de Preços. Este instituto nada mais é do que a utilização de uma ata de registro de preços por órgão não participante do Sistema de Registro de Preços do qual este documento é resultado, para fins de contratação do objeto licitado.

De forma geral, o grande aumento na utilização da Adesão é cada vez mais recorrente se dá graças a celeridade que esse procedimento possui, bem como em virtude da vantagem econômico-financeira que o seu uso desse teoricamente confere ao Poder Público. Com isso, o ente estatal se vê mais livre para contratar, por meio de um processo simples e com regulamentação enxuta, podendo contratar de modo quase tão aberto quanto nos tipos de contratação direta.

Diante das dificuldades que a Administração encontra para exercer suas funções, valer-se de procedimento célere, mais baratos que os métodos comuns e que o ente estatal tem ampla liberdade de celebrar acordos, é medida de salutar, principalmente quando é levado em consideração a nova realidade pública, pautada pelo princípio da eficiência.

Embora esse quadro pareça o melhor possível para o Poder Público, cumpre ressaltar, de outra banda, que este mecanismo deve ser visto não só pelas vantagens que pode gerar, mas também ser analisado de acordo com os parâmetros constitucionais e legais, assim como os seus reflexos práticos decorrentes desta avaliação. Portanto, buscou-se reunir informações pertinentes à matéria com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: A Adesão à Ata de Registro de Preços é constitucional?

A análise deste mecanismo à luz dos princípios da Administração Pública é medida salutar para a resolução deste questionamento. Isto, porque são essas normas que vão balizar o funcionamento e a produção dos atos públicos, constatando a sua adequação ou não ao ordenamento. Ademais, o exame acerca das competências do chefe do Poder Executivo Federal torna-se indispensável, visto que o Decreto 7.892/13 – Regulamento do Sistema de Registro de Preços – é o único texto legislativo em âmbito federal que fala sobre a Adesão e no exercício dessa função institui os parâmetros para a sua utilização.

Tendo em vista os grandes escândalos vinculados às repartições públicas noticiados diariamente pela grande mídia, bem como o crescimento de casos de corrupção que são descobertos a cada dia em nosso país, infere-se que o presente trabalho se faz cada vez mais relevante, seja porque trata de um mecanismo que pode lograr grande eficiência para o Poder Público, ou seja pela constatação de um instrumento que só corrobora com a realidade atualmente vivida.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas e estudo de casos. A bibliografia teve foco em alguns dos principais doutrinadores sobre o Direito Constitucional e Administrativo do nosso país e fora dele, assim como em publicações científicas voltadas ao tema em questão. Como não poderia ser diferente, alguns julgados do Tribunal de Contas da União – TCU também foram objeto de exame por esse trabalho, em especial a sua visão acerca da matéria.

O presente trabalho é dividido em sete capítulos, sendo que o primeiro é voltado para a análise da Constituição, conceituando-a e demonstrando o seu lugar de destaque no ordenamento jurídico, bem como o seu caráter imperativo face as normas hierarquicamente inferiores. No segundo capítulo, o exame se dá sobre o controle de constitucionalidade e as diversas formas que esse julgamento pode se dar, indicando todos os seus pressupostos e principais modalidades. O terceiro capítulo visa distinguir com precisão quais são as atribuições do Poder Executivo Federal, notadamente acerca da direção da Administração. No quarto capítulo são tratados os principais aspectos sobre a licitação, passando pelos princípios aplicáveis à matéria, modalidades licitatórias, entre outros. É no quinto capítulo que o assunto se restringe ao examinar o Sistema de Registro de Preços, analisando os seus

principais aspectos e destacando a figura da Ata de Registro de Preços. O capítulo seis aprofunda ainda mais no problema, discorrendo sobre os principais aspectos da Adesão à Ata de Registro de Preços, destacando, por fim, a natureza deste mecanismo. No capítulo sete é examinado a questão como um todo, indicando as principais críticas a respeito do tema, bem como faz sua avaliação à luz dos princípios constitucionais e é evidenciado o entendimento do Tribunal de Contas da União, com vistas à constatação da constitucionalidade ou não da Adesão.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Dizer que a ideia de uma Constituição é algo moderno, instituída há pouco tempo, é um erro grave. Com efeito, a ideia de uma “norma fundamental” que disciplinaria direitos básicos, bem como o funcionamento do Estado e os seus limites, em suas mais diversas formas, remete a tempos longínquos, como se pode denotar da distinção que Aristóteles fazia entre as normas que organizavam e fixavam os fundamentos do Estado e as demais normas, que eram elaboradas e interpretadas consoante as primeiras.

Quem melhor sintetiza tal ideia é Ferdinand Lassalle, em seu texto “A Essência da Constituição”, quando sustenta que uma “Constituição *real e efetiva* a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.” (1863, p. 14). Nesta linha, é certo afirmar que todos os Estados possuem e sempre possuíram, no decorrer de sua história, uma Constituição que expressava o real e verdadeiro momento em que vivia e o quanto almejavam.

Por conseguinte, deu-se início ao movimento denominado “Constitucionalismo”. Objetivando a busca de uma organização política da comunidade, fundada na limitação do poder absoluto do governante, sua origem remonta à antiguidade clássica, notadamente ao povo hebreu, onde o seu regime teocrático se caracterizou a partir da ideia de que o detentor do poder estava limitado pela *lei do Senhor*, que sujeitava igualmente os governantes e governados (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 33).

Seu conceito, segundo o professor Dirley da Cunha Júnior, “está vinculado à noção e importância da Constituição”, na medida em que é através dela que se pretende realizar o “*ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar” (2011, p. 33).

Cabe ressaltar que, em um primeiro momento, este movimento não preconizava a elaboração de uma Constituição escrita, partindo da premissa de que onde havia uma sociedade civil politicamente organizada, ter-se-ia também sua lei maior, que trariam um complexo de normas fundamentais que tratariam da estrutura, organização e atividade do Estado.

Entretanto, com o conseqüente avanço do constitucionalismo e diante da sua grande adesão, os avanços já logrados ainda eram insuficientes aos olhos de alguns idealistas, sendo necessário, em um segundo momento, a positivação de tais direitos, com vistas a gerar uma maior segurança a todos os tutelados, em detrimento do poder absoluto do governante.

Lassalle traz isso como característica da modernidade, proveniente de uma alteração dos elementos reais de poder imperantes dentro do estado, senão vejamos:

De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente.

Qual é o ponto de partida desta aspiração própria dos tempos modernos?

[...]

Vejamos. Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais do poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional. (2008, p. 16)

Desta forma, levando em consideração as alterações fáticas ocorridas naquele momento, fez-se necessária abrir mão daquele modelo de sistematização imaterial, muitas vezes com base apenas na vontade do soberano, e passou-se a sistematizar e materializar todos aqueles mandamentos, com vistas a dar um mínimo de segurança jurídica, mesmo que em uma de suas formas mais primitivas.

Passou-se, assim, ao chamado constitucionalismo moderno, que ganhou força com as Constituições escritas dos Estados Unidos, em 1787, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, com escopo de limitar o poder do soberano, afirmando a existência de leis que seriam anteriores e superiores a eles. Teve como principais marcas a organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2012, p. 01).

Tal entendimento permaneceu forte até o advento da Segunda Guerra Mundial, quando Hitler e suas tropas cometeram uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo socialista alemão, provocando o holocausto, que exterminou milhões de judeus. A Lei e o Princípio da Legalidade

tornaram-se as únicas fontes de legitimação do Direito, uma vez que uma norma jurídica não estaria sujeita à legitimidade, ou ao ideal de justiça, mas, exclusivamente, por ter sido imposta por uma autoridade dotada de competência normativa.

Destarte, visto que o quanto logrado até o momento já não servia mais para a segurança dos direitos básicos inerentes a cada sujeito, originou-se na Europa um novo pensamento acerca do constitucionalismo. Agora, o pensamento estava voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, dotando o seu conteúdo de imediata aplicação, condicionando a validade e a compreensão de todo o Direito aos seus ditames, bem como estabelecendo deveres de atuação para os órgãos de direção política (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 40).

A partir daí estava dado início ao chamado Neoconstitucionalismo, fundando o Estado Constitucional de Direito. Em que pese à sua aplicação prática esteja bem difundida no mundo jurídico hodierno, é forçoso reconhecer que não se trata de teoria já perfeitamente consolidada, mas algo que vem se construindo ao longo do tempo e que cada vez mais ganha aceitação.

Hoje, como principal teoria acerca do ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange ao Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo provocou profundas mudanças na organização do sistema, encarando a lei como secundária na sua ordem hierárquica, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, tendo, esta, eficácia normativa vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. Neste sentido vejamos:

Assim, com a implantação do Estado Democrático de Direito opera-se subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da contabilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 40).

Dadas tais circunstâncias, podemos aferir a importância dessas normas que, carregadas dos valores mais essenciais de cada sociedade, hoje, mais do que nunca, têm seu valor reconhecido e sua aplicabilidade ao caso concreto é cada vez mais recorrente.

## 2.1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Como é sabido, a tarefa de conceituar determinado instituto é árdua, notadamente quando nos deparamos com noções plurívocas, podendo gerar uma imprecisão técnica ao fim da sua edição.

Não trataremos aqui da Constituição em seu sentido amplo, como sendo aquilo que remete a organização de alguma coisa, mas como texto normativo justificador de uma doutrina jurídica específica.

Dito isto, poder-se-á reconhecer que não há como deixar de lado a ideia do movimento do constitucionalismo, como sendo um sistema com vistas a assegurar os direitos fundamentais como um todo, bem como instituir o papel do Estado face a sociedade, e é neste sentido que lecionam os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de ser carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição. (2015, p. 55).

A doutrina divide o conceito de Constituição em dois sentidos: a) Sentido Substancial ou Material e; b) Sentido formal. Leva-se em consideração para essa separação a matéria que é tratada na Constituição e a forma em que ela é editada, respectivamente.

### 2.1.1. Constituição em sentido material

Esta forma de conceituar a Lei Maior pode ser concebida, ainda, em sentido amplo ou estrito.

No primeiro caso refere-se à organização do Estado como um todo, especialmente no que tange ao seu regime político. Já em sentido estrito, determina as normas positivadas ou costumeiras, pertencentes ou não a um documento escrito, que

prescrevem a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e, principalmente, os direitos fundamentais (SILVA, 2015, p. 42).

Note-se que esta forma de conceituar a Constituição tem relação com a matéria que a ela cumpre tratar, sendo que, por mais que estas normas estejam amalgamadas a regras de outra natureza no mesmo texto normativo, estas sempre possuirão maior importância.

Diante disto, remontando novamente à ideia trazida por Lassalle, não há Estado sem Constituição, visto que toda sociedade politicamente organizada possui uma estrutura mínima e direitos básicos, por mais rudimentares que sejam, dando, por conseguinte, mais importância a essas normas (BONAVIDES, 2004, p. 81).

### **2.1.2. Constituição em Sentido Formal**

Noutra banda, no que concerne ao sentido formal da Constituição, há uma tendência a desconsiderar o conteúdo da norma, privilegiando a forma como ela foi introduzida no sistema jurídico. Neste sentido, o preceito constitucional deve ser inserido no ordenamento através de um processo mais dificultoso, diferenciando das demais normas do ordenamento (LENZA, 2012, p. 74).

Dessarte, tendo em vista que essas normas possuem procedimento de elaboração mais penoso que o das leis, dentro da estrutura escalonada proposta por Kelsen, impende dar lugar de destaque a essas normas, figurando, por consequência, em posição hierárquica superior àquelas (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 31).

Assim, infere-se que em uma mesma Constituição, pode-se ter normas material e formalmente constitucionais, bem como normas que sejam apenas formalmente constitucionais, não tendo, sua matéria, natureza constitucional.

## **2.2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CARÁTER VINCULANTE E IMPERATIVO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Antes de qualquer coisa, faz-se necessário ressaltar que o estudo aqui empregado leva em consideração apenas as Constituições rígidas, ou seja, aquelas que, para poder figurar como paradigma de validade das demais normas, possuem processo de elaboração e alteração diferente e mais complexo do que aquele utilizado pelas normas infraconstitucionais.

Nesta senda, não obstante a diversidade de tipos e funções das normas constitucionais, bem como a variação do alcance da sua eficácia, não podemos dizer que há em seu texto normas não jurídicas ou destituídas de eficácia. Pelo contrário, independentemente de seu conteúdo, dada a sua estrutura e natureza, são normas providas de juridicidade, ou melhor, que determina a obrigatoriedade de um comportamento a quem esteja subordinado. Isso se dá graças ao seu caráter imperativo.

Quando se trata de norma constitucional, a imperatividade assume a feição de supremacia em face das demais regras infraconstitucionais, e é neste sentido que a doutrina vem entendendo:

Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material). Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas, advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstâncias que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a ideia de que a Constituição é suprema em razão da *natureza de suas normas*, na medida que em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 33).

Corroborando com este entendimento, Kelsen, em seu livro “Teoria Pura do Direito”, sistematiza o ordenamento jurídico em níveis, de forma escalonada. Na cúspide dessa ordem encontra-se a Constituição, sendo considerada como fundamento supremo de validade das normas hierarquicamente inferiores a ela (KELSEN, 1998, p. 139).

Como visto, o Neoconstitucionalismo trouxe profundas transformações à estrutura hierarquia do nosso ordenamento jurídico, uma vez que, dentro da sua forma escalonada, a Constituição é levada ao nível mais elevado, tornando-se fundamento de validade de todas as demais normas. Com efeito, para que qualquer outra norma

possa subsistir validamente, esta deverá estar em conformidade com a Lei Maior (BARROSO, 2012, p. 23).

Considerando o quanto disposto alhures, resta claro que a Constituição possui lugar de destaque no nosso ordenamento jurídico, sendo base fundante para todas as demais normas, que têm, por oportuno, obrigação de estar em conformidade com aquela, tanto material quanto formal. Casos que divergem desta realidade deverão ser rechaçados, aplicando, pelos meios adequados, a inconstitucionalidade da regra, sendo banida do ordenamento.

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A supremacia da Constituição não é algo aplicado apenas no âmbito teórico, nem se restringe apenas à verificação de validade das normas que a elas estão subordinadas. Trata-se de base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, assegurando o respeito à ordem jurídica e proporcionando a efetivação dos valores sociais.

Neste sentido, a Lei Maior deve fazer parte de um ordenamento jurídico, sendo este dotado de ordem e unidade, onde as suas partes deverão coexistir em harmonia. Todavia, diante das constantes alterações normativas, nem sempre a *novatio legis* estará perfeitamente adequada aos preceitos constitucionais, seja por uma questão material ou por uma questão formal, gerando, em consequência, uma profunda inconsistência no sistema.

Por óbvio, considerando o quanto disposto até o momento, tal situação não se sustenta, podendo gerar consequências práticas das mais diversas. E é nesta linha que foram desenvolvidos mecanismos de correção destinados a reestabelecer a harmonia do ordenamento, tendo como principal meio o controle de constitucionalidade.

Este instrumento teve sua primeira aplicação no início do século XIX, sob o nome de *Judicial Review*, pelo juiz John Marshall, então chefe da Suprema Corte Americana. Tal entendimento foi dado no âmbito do famoso caso *Marbury vs Madison*, e como bem destaca Dirley da Cunha Júnior, mudou a história do Direito Constitucional:

Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que MARSHALL faz, no sentido de que quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode muda-la ao seu gosto através de lei ordinária.

[...]

Como cediço, a Corte, influenciada por Marshall, optou pela primeira alternativa, consolidando o sistema judicial do controle da constitucionalidade das leis, que entrou para a história do direito constitucional, servindo de modelo e referencial obrigatório para muito países da América e, inclusive, da Europa.

Hodiernamente, este instrumento prevê um conjunto de medidas destinadas a superar tal imprecisão, restaurando a unidade ameaçada. Deveras, uma vez

declarada a inconstitucionalidade de uma norma, esta será considerada inválida e sua eficácia será paralisada (BARROSO, 2012, p. 23).

Antes de uma análise mais detida acerca deste mecanismo, imperioso se faz tecer alguns comentários a respeito da inconstitucionalidade, qualidade que será apurada no controle de constitucionalidade.

### 3.1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

É certo que a supremacia da Constituição irradia efeitos sobre todos aqueles que estão a ela subordinados. “Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza” (BARROSO, 2012, p. 33).

Nesta senda, entende-se que as condutas privadas violadoras da Lei Maior devem ser igualmente passíveis de sanção, mas não por meio da inconstitucionalidade. Isso quer dizer que apenas as leis e os demais atos normativos estão diretamente ligados ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, é forçoso destacar ainda que, além da situação descrita acima, também subsistirá inconstitucionalidade quando da omissão na aplicação de norma constitucional em que demande sua imediata utilização (SILVA, 2015. p. 45).

#### 3.1.1. Conceito de inconstitucionalidade

Para que a determinação do conceito de inconstitucionalidade seja o mais claro possível, não basta apenas analisar apenas a adequação da norma à Constituição, mas indagar também acerca dos efeitos da sua decretação. Assim Gilmar Mendes assevera:

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que a constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será

o ato que incorrer – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional (2015, p. 1055).

Deste modo, observa-se que este fenômeno é a desconformidade da norma com os ditames constitucionais, qualificada por incorrer em nulidade ou anulabilidade.

### **3.1.2. Espécies de Inconstitucionalidade**

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diversos critérios. Assim, com vistas a tornar mais didática a análise da matéria, considerando a sua complexidade, imprescindível se faz a sua divisão em espécies.

#### **3.1.2.1. Inconstitucionalidade Formal**

Assim como na definição do conceito de Constituição em sentido formal, aqui a inconstitucionalidade está ligada à formação do ato normativo, uma vez que, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental, ou ainda pela violação de regra de competência, tal norma estaria viciada (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1056).

Também chamada de inconstitucionalidade extrínseca, essa espécie encontra espeque no Princípio da Legalidade, previsto pelo art. 5º, II, da Carta Política de 1988, onde prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>1</sup>.

Todavia, para a aplicação deste princípio em um Estado Democrático de Direito, não basta saber que “ninguém será obrigado”, mas entender que a legalidade deve estar presente nas mais diversas situações, notadamente no que tange à feitura das próprias normas, tornando, assim, o processo legislativo, verdadeiro corolário deste princípio.

---

<sup>1</sup>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:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Dada a sua importância, esta inconstitucionalidade é dividida pela doutrina em duas subespécies, podendo ser: a) subjetiva: quando ocorre a inobservância ao poder de iniciativa legislativa; e b) objetiva: toda norma que teve, em seu processo de constituição, não atendimento às determinações constitucionais (MORAES, 2012, p. 735 e 736).

Não obstante a doutrina ainda fazer menção à algumas outras formas de classificar esse tipo de inconstitucionalidade, a classificação supramencionada já abarca os principais aspectos referentes a matéria, não sendo necessário maiores elucidações.

### 3.1.2.2. Inconstitucionalidade Material

Como o próprio nome já sugere, a inconstitucionalidade material – também chamada de intrínseca – ocorre quando há incongruência entre o que preceitua o ato normativo infraconstitucional – sendo ele a lei ou qualquer outro – e o conteúdo da Constituição.

Na esteira dos ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho, os vícios materiais dizem respeito ao “conteúdo do *acto*, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no *acto* e as normas e princípios da constituição” (CANOTILHO, 1993, 1013).

Insta salientar, ainda, que esse tipo de vício não é encontrado apenas pelo contraste direto do ato com o parâmetro constitucional, mas ocorre também do desvio ou excesso de poder legislativo. Deveras, tal problema situa-se como um dos mais tormentosos hodiernamente, podendo ser aferido através da compatibilidade da lei com os fins previstos pela Constituição ou, até mesmo, pelo contraste com o princípio da proporcionalidade, isto é, se proceder a objurgação sobre a adequação e a necessidade do ato (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1058 e 1059).

Assim, tem-se, aqui, um dos principais tipos de inconstitucionalidade, reflexo imediato da supremacia constitucional e sua força vinculante, devendo, conseqüentemente, ser objeto do controle de constitucionalidade, sob pena de comprometer a harmonia e unidade do sistema jurídico.

### 3.1.2.3. Inconstitucionalidade por Ação

Por sua vez, a inconstitucionalidade por ação ocorre quando a *novatio legis* contraria norma ou princípio constitucional, ocorrendo a chamada incompatibilidade vertical, de modo que as normas hierarquicamente inferiores são incompatíveis com as superiores (SILVA, 2015, p. 49).

Como pode-se inferir, para que a lei ou ato do Poder Público seja enquadrada nesta modalidade, também deverá estar presente uma inconstitucionalidade formal ou material, uma vez que há certa dependência entre essa espécie e as citadas alhures.

Por óbvio, levando em consideração que o ordenamento jurídico deve ser dotado de coerência e harmonia, a incompatibilidade aqui tratada não pode perdurar, motivo pelo qual a decretação da sua invalidade faz-se primordial.

### 3.1.2.4. Inconstitucionalidade por Omissão

Segundo o ilustre professor José Afonso da Silva, nenhuma norma constitucional é destituída de eficácia, diferenciando-as apenas quanto ao seu grau de efeitos jurídicos. Nesta senda, o doutrinador as divide em: a) Normas de eficácia plena; b) Normas de eficácia contida; e c) Normas de eficácia limitada ou reduzida (1999, p. 82).

A primeira categoria diz respeito a todas as regras constitucionais que, desde a sua entrada em vigor, já produzem todos os seus efeitos, sendo de aplicabilidade direta, imediata e integral.

No que tange às normas do segundo grupo, também incidem imediatamente, podendo produzir todos os seus efeitos. Todavia, estas “preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida a certos limites, dadas certas circunstâncias” (SILVA, 1999, p. 82).

Por derradeiro, a terceira classe trata de normas que não possuem aplicabilidade imediata, estando à cargo da legislação ordinária regulamentá-la e dar perfeita aplicabilidade.

Para o caso da inconstitucionalidade por omissão, a única categoria que vai interessar é a terceiro, pois não é sempre que o legislador infraconstitucional cumpre seu papel e algumas dessas normas constitucionais nunca obtiveram qualquer regulamentação, dando azo, conseqüentemente, a esse tipo de lacuna.

Tal omissão é caracterizada como inconstitucional, estando sujeita à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, chamada de ADI por omissão, ou Mandado de Injunção, visando obter do legislador ou a elaboração da lei em causa, ou a supressão da lacuna no caso concreto, respectivamente (SILVA, 2015, p. 50).

Isto posto, observa-se que a inconstitucionalidade pode se dar de diversas formas, inclusive pela inércia daqueles que deveriam dar verdadeira utilidade ao texto constitucional. Com efeito, em que pese a doutrina trazer algumas outras formas de classificar tal invalidade, a divisão mencionada supra é a que mais se destaca em todo o estudo constitucional.

### 3.2. CONCEITO

Em consonância com o quanto narrado alhures, conclui-se que ordenamento jurídico deve ser encarado como um sistema, e assim ser dotado de ordem e unidade, devendo suas partes conviverem de maneira harmoniosa. A falta de uma dessas qualidades, provocada por uma norma superveniente, deverá deflagrar mecanismos de correção, com vistas restabelecê-los, sendo o Controle de Constitucionalidade uma dessas principais figuras (BARROSO, 2012, p. 23).

Diante disto, conceituar tal instituto torna-se intuitivo, variando, apenas, em alguns pontos na doutrina. Com efeito, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade significa “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2012, p. 735).

Por conseguinte, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma, a sua eficácia será paralisada, podendo ou não ser novamente utilizada, a depender da modalidade de controle.

Assim, note-se a importância deste mecanismo não só para sistema normativo, mas também para todos aqueles que estão sujeitos ao seu crivo, o que pode variar conforme for a espécie em aplicação.

### 3.3.PRESSUPOSTOS

Como na maioria dos institutos jurídicos, para que o controle de constitucionalidade possa ter serventia prática, faz-se necessário que o ordenamento jurídico atenda alguns requisitos, imprescindíveis diante do caso concreto.

Tais pressupostos são divididos da seguinte maneira: a) Constituição formal; b) Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema; e c) Previsão de um órgão competente.

Em que pese os dois primeiros pressupostos estarem intimamente ligados, não querem dizer a mesma coisa. Deveras, a noção de uma Constituição formal está ligada a ideia de uma compilação, num mesmo texto jurídico, do conjunto de normas e princípios de um Estado, enquanto que o segundo requisito visa distinguir a regra constitucional das leis comuns, tendo em vista a sua natureza de norma jurídica fundamental e suprema.

Explicando melhor o item “b”, pode-se dizer que o controle só poderá ser efetuado desde que naquele sistema jurídico, além de ter o texto constitucional, que essa composição traduza também as normas fundantes do Estado e da sua sociedade, bem como que a sua modificação seja feita através de um processo especial e mais dificultoso do que aquele tomado para as leis comuns, tornando-se assim uma Constituição rígida. Outrossim, entende-se por suprema, a norma hierarquicamente superior, da qual as demais regras podem ser extraídas (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 43 e 44).

Por sua vez, como já é cediço na doutrina, a regra emanada do poder público dispõe de presunção acerca da sua validade, só podendo ser invalidada após a sua

avaliação por órgão competente. Para que esse controle ocorra, a própria lei maior deverá prever, expressa ou implicitamente, os respectivos órgãos.

De acordo com tais características, torna-se “imprescindível a existência de um órgão ao qual serão submetidas todas as questões relativas a possíveis afrontas ao Texto Constitucional” (MOTA; SPITZCOVSKY, 2004, p. 66).

Destarte, percebe-se que não é em qualquer ordem jurídica que o controle de constitucionalidade poderá ocorrer em sua perfeição, haja vista que os pressupostos aqui apresentados são estanques e a falta de um deles deixaria a utilização desse mecanismo prejudicado.

### 3.4. MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tendo em conta a constante evolução do neoconstitucionalismo e a sua conseqüente aceitação por um número cada vez maior de Estados, a aplicação do controle de constitucionalidade é cada vez mais recorrente, gerando, em decorrência disto, uma quantidade cada vez maior de discussões a respeito do tema.

Como não poderia ser diferente, para que esse instrumento corretivo atinja o fim colimado, imprescindível se torna a sua divisão em modalidades, diferenciando-se, entre outras formas, pela competência, matéria ou, até mesmo pela ação à ser interposta. Colhemos, a seguir, os principais modelos.

#### 3.4.1. Controle Político e Jurídico.

De matriz francesa, o controle político é utilizado ainda hoje por diversos Estados, a exemplo da própria França, através do “Conselho Constitucional”, e do Brasil, podendo se dar de diversas formas.

Trata-se de correção exercida por órgãos de natureza política, podendo ser órgão do Legislativo – como a Comissão de Constituição e Justiça – ou do Executivo – o veto presidencial, *e.g.* – ou ainda um órgão especial voltado à esse fim (HOLTHE, 2008, p. 156).

Noutra banda, o controle jurídico, como a própria denominação sugere, é aquele realizado por órgão do Poder Judiciário. Este é o modelo preponderante no Brasil, tendo, como em toda regra, algumas exceções (SILVA NETO, 2013, p. 233).

Há quem fale ainda de um controle de natureza mista, no qual os controles judicial e político coexistem, ambos como regra geral do sistema o mesmo peso, tradição e desenvoltura constitucional.

### **3.4.2. Controle Difuso de Constitucionalidade**

Sua origem remonta ao celebre caso *Marbury v. Madison* e à própria origem do instituto. Diz-se que o controle é difuso, ou também concreto, quando todo e qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, impedindo, conseqüentemente, a sua aplicação ao caso levado à conhecimento da corte (BARROSO, 2012, p. 69).

No que tange ao aspecto processual, a sua aplicação se dá por via de exceção e de modo incidental, geralmente prejudicial em relação ao mérito do *writ*, sobre regra federal, estadual, distrital ou municipal, que envolve o caso concreto. Desta forma, a alegação de inconstitucionalidade envolverá a causa de pedir e o pedido.

Ademais, ressalte-se que não há a necessidade do parâmetro de controle estar em vigor ou não, bastado a verificação da sua vigência no momento da criação do ato impugnado. Neste sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes:

É interessante que o parâmetro do controle pode ser qualquer norma constitucional em vigor ou mesmo norma constitucional já revogada (sendo apenas obrigatório verificar se essa norma constitucional estava em vigor no momento da criação do ato impugnado). Portanto, no controle difuso-concreto os atos do Poder Público podem ter sua compatibilidade verificada com a Constituição atual ou mesmo com a Constituição Pretérita. Nesse sentido, a análise pode se dar: a) em relação a um ato editado após 1988 em face da atual Constituição; b) em relação a um ato editado anteriormente a 1988 em face da atual Constituição (quando a sua recepção ou não recepção); c) em relação a um ato editado anteriormente a Constituição de 1988 em face da Constituição que estava em vigor à época da edição do ato impugnado. (2015, p. 1772-1773).

Destaca-se, por oportuno, a determinação contida no art. 97<sup>2</sup> da Lei Básica, onde institui a chamada reserva de plenário, determinando que a declaração da inconstitucionalidade só poderá se dar pela aceitação – voto – da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial, quando houver. Contudo, tal delimitação não é estendida ao juiz de primeira instância ou às Turmas Recursais de Juizados Especiais.

Por fim, cumpre salientar a importância desta figura para todo o ordenamento, dando margem à vários julgadores analisar e contatar a constitucionalidade ou não de uma norma, podendo externar os mais variados pontos de vistas.

### **3.4.3. Controle Concentrado de Constitucionalidade**

Tendo como idealizador Hans Kelsen, este sistema foi previsto pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, perpetuando-se até os dias atuais, também sendo utilizado hodiernamente pelos tribunais europeus (BARROSO, 2012, p. 70).

Este tipo de controle é aquele realizado por órgão de cúpula do Judiciário: O Supremo Tribunal Federal – STF, quanto à Constituição Federal e os Tribunais de Justiça, quanto as Constituições Estaduais.

Outrossim, no que se refere à sua instauração, ações específicas<sup>3</sup> visam constatar a compatibilidade de um ato normativo com a regra constitucional, desconsiderando qualquer situação subjetiva individual. Daí se dizer que esse é um modelo de controle abstrato (HOLTHE, 2008, p. 174).

Divergindo do controle difuso de constitucionalidade, como não poderia ser diferente, a decisão que considera a norma inconstitucional por meio do sistema concentrado, possui eficácia *erga omnes* e os seus efeitos vinculam os órgãos do

---

<sup>2</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público

<sup>3</sup> Estas ações são: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; b) ADI Interventiva; c) ADI por omissão; d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; e e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Poder Judiciário e toda a Administração Pública direta (MARTINS; MENDES, 2009, p. 585).

#### **3.4.4. Demais Modalidades de controle de Constitucionalidade**

A doutrina, objetivando exaurir a matéria, ainda propõem algumas outras formas de classificar o controle de constitucionalidade, tendo como base alguns outros parâmetros, tais como o modo de controle, podendo ser por meio incidental – incidente processual - ou principal – ação com essa finalidade – (FERNANDES, 2015, p. 1158), ou ainda levando em consideração o momento do exercício do controle, que pode ser preventivo – que ocorra antes da própria existência do ato – ou repressivo – ocorre após a conclusão da sua elaboração –, a depender do caso (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 111).

Sem embargo de encontrarmos ainda outras formas de categorizar esse instrumento, os principais modos de classifica-lo encontram-se dispostos alhures, sendo, para o escopo deste trabalho, dispensável as demais variedades.

### **3.5. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Como visto, o Brasil não adotou um tipo estanque de controle de constitucionalidade. Todavia, buscou abarcar diversos modelos como o controle político e o judicial, estando, ainda presentes neste último, as modalidades concentrada e difuso.

Levando em consideração a sua antecedente, a Lei Maior em vigência ainda trouxe um conjunto relativamente amplo de inovações, tendo reflexos práticos dos mais diversos, como a ampliação dos legitimados a propor ADI, a ADI por omissão ou ainda a previsão da ADPF (BARROSO, 2012, p. 89).

A configuração deste cenário tem por objetivo ampliar a fiscalização das normas infraconstitucionais no tocante à sua conformação com a Magna Carta, seja no

processo de sua edição, seja na sua aplicação, utilizando-se, para isso, de novas formas de revisão<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A exemplo disso é o chamado controle de convencionalidade, que tem como parâmetro para o controle além da norma constitucional, a norma advinda de tratados internacionais, notadamente àquelas que dizem respeito à direitos humanos. Neste sentido, Valério Mazzuoli, em Teoria Geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>

#### 4. O PODER EXECUTIVO FEDERAL E SUAS ATRIBUIÇÕES

Como visto, a Constituição é o texto fundamental de qualquer Estado, onde é previsto os direitos básicos dos seus cidadãos, bem como toda a organização do ente público. E é neste sentido que a Carta Republicana de 1988 prevê, em seu art. 2º, que são poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo independentes entre si.

Este preceito não é algo inventado pelo legislador constituinte, mas fruto de reflexões que remontam à Grécia antiga<sup>5</sup>, passando por importantes nomes como Maquiavel<sup>6</sup> e John Locke<sup>7</sup>, e sendo consagrado pela obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, “a quem devemos a divisão e distribuição clássica, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal” (MORAES, 2012, p. 364).

Método voltado ao controle recíproco entre os “poderes”, foi também chamado de Sistema de Freios e Contrapesos, através do qual são concedidas, a cada um desses entes, prerrogativas e imunidades, com vistas a limitar o poder com o uso do próprio poder, garantindo, assim, a perpetuidade do Estado democrático de Direito.

Contudo, por mais que parte da doutrina tenha consagrada a expressão “tripartição do poder” para intitular essa teoria, não parece correta tal denominação, visto que a capacidade de delimitar o comportamento de outras pessoas não pode ser fracionada, ou melhor, o poder deve ser considerado uno e indivisível, sendo segmentado apenas as suas funções. O termo “poderes” deve ser utilizado de maneira meramente figurativa (TAVARES, 2013, p. 918).

Feitas tais ponderações, passar-se-á ao estudo das funções do Poder Executivo, tendo em vista a sua relevância para o entendimento ora externado.

A locução “Poder Executivo” não possui uma única definição, pois tem conteúdo que envolve poderes, faculdades e prerrogativas de natureza variada. No entanto, mesmo que sua conceituação seja algo complexo, para o estudo dessa matéria faz-se necessária tal esforço, e é nesse sentido que José Afonso da Silva o define como

---

<sup>5</sup> Este modelo foi esboçado por Aristóteles, no seu livro *Política*.

<sup>6</sup> Entendimento constante da sua obra *O Príncipe*.

<sup>7</sup> Em seu livro *Segundo tratado do governo civil*.

sendo o “órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração”.

Como o próprio nome sugere, atos de administração são aqueles de gerência dos negócios públicos, com vistas a administrar a coisa pública (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 399). Já os atos de Chefe de Estado e de Chefe de Governo estão ligados à noção representatividade, sendo que para o primeiro caso o chefe do poder executivo pratica atos como representante do seu Estado, enquanto que a segunda situação diz respeito à representação interna, tanto nos atos de natureza política, quanto naqueles de conteúdo administrativo (MORAES, 2012, p. 415).

Para a que o cidadão possa ascender à esse cargo público, deverá ser escolhido pelo povo através do respectivo pleito eleitoral, sendo conferidas à essa figura, durante o exercício da função, prerrogativas e imunidades, as quais visam garanti que o exercício da chefia da nação seja independente e imparcial.

#### 4.1.O PODER EXECUTIVO NO BRASIL E O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

O Poder Executivo, na prática, pode ser formado por um órgão colegiado, como aconteceu na URSS e ainda é na Suíça, ou por meio do parlamentarismo, onde tem-se um sujeito para a chefia de Estado e outro para a de Governo, ou ainda pode-se dar na figura de uma única pessoa, como é caso do Presidencialismo, sistema adotado atualmente pelo Brasil (SILVA, 2015, p. 42).

Nesta perspectiva, percebe-se que o Brasil é representado tanto externamente, como internamente pela mesma figura. Efetivamente, este sujeito além de corporificar o seu Estado em conferências, tratados e demais atos internacionais, ainda exerce a liderança política nacional do seu país, e dá direção à máquina pública.

Conforme anotações de Fernando Dias Menezes de Almeida, o presidencialismo, na tradição republicana do Brasil, sempre foi associado as eleições diretas, buscando reforçar a legitimidade popular do Presidente e do Vice-Presidente da República (2013, p. 1190), figuras, essas, que são eleitas através do mesmo pleito, em conjunto, formando o que denominam de “chapa”. Como reflexo disso, o texto

constitucional determina que o vencedor será aquele que obtiver a maioria absoluta dos votos diretos, secretos e captados através do sufrágio universal.

Outrossim, o mandato conferido a essas figuras, de acordo com a Magna Carta<sup>8</sup>, deve ser de 4 (quatro) anos, tendo início em primeiro de janeiro do ano ulterior a votação, podendo ser reconduzido apenas uma vez. Caso haja a vacância neste mandato por algum motivo – impedimento, morte, ou qualquer outra razão – o Presidente será substituído imediatamente pelo Vice-Presidente, podendo, este, ainda ser substituído pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e Presidente do Supremo Tribunal Federal, que serão sucessivamente chamados ao exercício do cargo, caso ocorra a vacação dos dois primeiros postos.

Isto mostra a importância desta figura para o Brasil nas suas mais diversas relações, seja aquelas estabelecidas internacionalmente, seja naquelas instituídas em âmbito interno, neste último aspecto, notadamente acerca das políticas públicas e na Administração Pública como um todo.

## 4.2. ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Para que o Presidente possa cumprir sua função da melhor forma possível, faz-se necessário atribuir algumas prerrogativas e funções à este, exercendo suas atividades tanto como Chefe da Administração, como Chefe de Governo e de Estado.

### 4.2.1. Visão Geral

A seção II da Constituição Federal, em seu art. 84, traz o rol de atribuições do Presidente da República, que, segundo José Carlos Francisco, trata-se de rol taxativo, “embora não seja exaustivo, pois há outras competências confiadas ao

---

<sup>8</sup> Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

Chefe do Executivo Federal ao longo do ordenamento constitucional, como lembra o inciso XXVII desse mesmo art. 84” (2013, p. 1197).

Neste passo, essas competências podem ser divididas de acordo com cada papel que o Presidente possui perante o Estado, podendo ser citadas a título exemplificativo as seguintes: a) Chefe de Estado: manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; convocar e presidir o Conselho de Defesa Nacional; b) Chefe de Governo: Nomear e exonerar ministros de Estado; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; e c) Chefe da Administração Pública: exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; prover e extinguir cargos públicos federais, na forma da lei.

O parágrafo único deste artigo, ainda possibilita a delegação das atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União, devendo ser observado para tanto, os limites traçados nas respectivas delegações.

De modo geral, o art. 84 abrange a maioria das competências atribuídas ao Presidente, possuindo suas particularidades e importâncias variadas. Não obstante isto, para os fins deste trabalho, impende destacar aquelas que se relacionam com a Administração Federal, tendo em vista a sua visceral ligação com o tema ora posto.

#### **4.2.2. Direção da Administração Federal**

Dentre as atribuições previstas no art. 84, o inciso II<sup>9</sup> prevê o exercício da direção superior da administração federal pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Esta determinação, como não poderia ser diferente, possui diversos desdobramentos, servindo de fundamento para a maioria dos atos praticado pelo Chefe do Executivo, especialmente no tocante a condução das políticas governamentais. Corroborando este entendimento, José Carlos Francisco:

A competência para a direção superior da administração federal, expressa no inciso II do art. 84 da Constituição, tem vários desdobramentos, em especial a atribuição para implementação concreta das decisões acerca de políticas governamentais. A competência para comandar a administração federal assegura ao Presidente da República um extraordinário vigor,

---

<sup>9</sup> II - Exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

porque a capacidade para livre tomada de decisões não é suficiente para definir a autonomia de uma autoridade pública, sendo indispensável que existam meios hábeis para a concretização das decisões tomadas, ainda que por meios coercitivos. Por isso é relevante e marcante a previsão do art. 84, da Constituição, na medida em que a direção superior da administração federal confia ao Presidente da República o instrumento imprescindível para que as decisões políticas governamentais sejam implementadas e controladas (2013, p. 1207).

Essa gerência da coisa pública irradia seus efeitos nas mais diversas áreas da Administração, como na economia e na seara ambiental. Assim, deve, através das suas decisões, manter a harmonia entre os mais dispares interesses, de modo que as políticas públicas sejam implementadas e controladas da melhor maneira possível.

Ressalte-se, por oportuno, que as principais formas de exercer a função mencionada supra são através das iniciativas legislativas, previstas pelo inciso III deste mesmo artigo, bem como por meio das medidas provisórias e da expedição de decretos e regulamentos, vistos pelos incisos XXVI e IV, respectivamente. Estes últimos são destinados à fiel execução da lei, ou em outras palavras, para dar maior operacionalidade à norma legal, tendo em vista a sua facilidade de alteração e, por conseguinte, melhor adequação e proximidade da situação que visa regular.

Destarte, percebe-se que é por intermédio destes atos que o Presidente institui e orienta a sua forma de governar, podendo ser alteradas durante o seu mandato, em decorrência das mudanças ocorridas tanto no âmbito interno do Estado, quanto nas suas relações com os demais atores internacionais.

#### 4.2.2.1. Expedição de Regulamento

O Poder Legislativo, como órgão plural que deve ser, principalmente no que tange às ideologias e interesses políticos partidários daqueles que compõem essa casa, não tem condições e nem mesmo tempo hábil para a produção de todas as normas necessárias diante da dinâmica e complexidade da realidade socioeconômica contemporânea. Neste contexto, levando em consideração que o Poder Executivo possui ferramentas suficientes para atuar de modo ágil e técnico desses mesmo segmentos, é reservado ao Legislativo, invariavelmente, a competência para definir

as estruturas das normas, ao passo que confiam ao Executivo a normatização das condições variáveis e técnicas (FRANCISCO, 2013, p. 1218).

Como ato normativo secundário que é, tendo em vista a sua dependência para com a lei, o regulamento além de ter seus fundamentos e diretrizes baseados no texto legal, a sua limitação também está adstrita à esta, de modo que quando houver qualquer inovação em sede regulamentar – ou seja, previsão que extrapole o permissivo que está sendo regulado, criando obrigações ou direitos – a norma editada pelo Chefe do Executivo deve ser considerada inválida. Este controle pode ser feito tanto pelo Congresso Nacional<sup>10</sup>, quanto pelo Poder Judiciário. Neste sentido encontra-se a doutrina:

O decreto tem a função de regulamentar a lei, dar-lhe operacionalidade. A partir dele, a lei poderá ser executada. A função reguladora está prevista no art. 84, IV, da Constituição Federal. O decreto não cria obrigações ou direitos, matéria reservada à lei (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 400).

Reforçando essa ideia, Raquel Melo Urbano de Carvalho ressalta que ao decreto só cabe “a fiel execução da lei, pormenorizando e especificando os seus aspectos técnicos e políticos, no exercício da discricionariedade cabível”, e ainda conclui dizendo que “o fundamento de validade do decreto é a lei, cujos limites não pode ultrapassar nem inobservar” (2009, p. 152).

Por fim, não adentrando à discussão acerca da inconstitucionalidade dos decretos, para os fins deste trabalho, a invalidade aqui tratada deverá ser objeto de controle de constitucionalidade, com fundamento no quanto delineado infra.

#### 4.2.2.2. Decreto Autônomo e Regulamento “Autorizado”.

Ainda sobre a dicção do art. 84, note-se, em seu inciso VI, o que diz a CF/88:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
VI – Dispor, mediante decreto, sobre:  
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;  
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

---

<sup>10</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
V - Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

A redação deste artigo foi dada pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001, e até o julgamento da ADI nº 2.564, pelo STF, a maioria da doutrina entendia que não era possível a edição de decretos autônomos no Brasil, considerando que a função do decreto era apenas facilitar a execução da lei.

No entanto, no julgamento acerca do Decreto que regulamentou o pagamento de servidores da Administração Federal, sem lei prévia que a fundamentasse, a Corte Suprema, em sede de controle concentrado de constitucionalidade – ADI supracitada –, reconheceu que o fundamento para aquela regulamentação é a própria Constituição, tendo em vista que regulamentação não acarretou em majoração dos gastos, nem mesmo criou ou extinguiu órgãos públicos, respeitando, assim tanto as determinações constitucionais atinentes, quanto o princípio da reserva legal (CARVALHO, 2009, p. 152-153).

Neste passo, entende-se que o decreto autônomo é aquele que, respeitados os parâmetros constitucionais e o princípio da reserva legal, pode inovar a ordem jurídica, não completando ou desenvolvendo lei anterior (MARINELA, 2007, p. 155).

Já no que concerne ao regulamento autorizado, trata-se de decreto editado com base em autorização conferida expressamente ao Chefe do Poder Executivo pelo Poder Legislativo – por meio de lei –, para que disponha com discricionariedade sobre matéria conferida à reserva legal. Somente a ordem constitucional pode criar essa modalidade de regulamento, que não perde a sua natureza de norma secundária, estando, ainda, limitado à lei que o habilita.

Todavia, o decreto habilitado não se confunde com a figura prevista pelo inciso IV, do art. 84, também chamado de regulamento estrito ou de execução. Como visto, esta última norma serve para a fiel execução da lei, ao passo que o decreto delegado possui discricionariedade político-administrativa ou técnica, para tratar de temas para os quais, a princípio, seria exigido lei em sentido estrito (reserva legal absoluta), além de poder revogar atos legislativos que versam sobre o objeto da delegação, obedecidos os limites da autorização (FRANCISCO, 2013, p. 1223).

## 5. DA LICITAÇÃO

Com vistas a abarcar todos os aspectos que circundam o tema trazido à baila, passar-se-á, agora, à análise da Licitação, como sendo aquele procedimento através do qual o Poder Público realiza suas compras, alienações, obras e contratações de serviços.

Possui previsão constitucional no art. 37, XXI, onde estabelece a obrigatoriedade da sua aplicação para determinadas transações, ressalvando alguns casos previsto na própria lei. Neste sentido, destaca-se a regra:

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

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.

Desta forma, entende-se que a licitação é o procedimento através do qual a Administração Pública busca a melhor proposta, levando em consideração a sua necessidade, tendo por consequente lógico um contrato, celebrado entre a parte vencedora e o ente licitante. Saliente-se, por oportuno, que ao vencedor do processo não é conferido algum direito, mas tão somente uma expectativa deste direito, motivo pelo qual a Administração não está obrigada a contratar, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor (MEIRELLES, 2010, p. 270).

Ademais, em que pese a sua larga aplicação nas hipóteses apresentadas alhures, o seu emprego não fica adstrito a essas situações. Este tipo de processo deve ser também utilizado quando tratamos das outorgas de concessão ou permissão de serviços públicos, como preceitua o art. 175 da CF/88<sup>11</sup>.

Por conseguinte, como não poderia ser diferente, a legislação infraconstitucional vem para regulamentar e dar melhor aplicabilidade aquilo previsto pela CF/88, e é

---

<sup>11</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

nesse sentido que, em atenção ao seu art. 37, inciso XXI, foi promulgada a Lei nº 8.666 em junho de 1993, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

## 5.1. CONCEITO

Apresentada a fundamentação constitucional dada à licitação, cabe, agora, delimitar a sua complexidade e alcance. A conceituação desta matéria pode-se dar de diversas formas, podendo ser encarado como o procedimento pelo qual um ente da Administração Pública, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem proposta dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2012, p. 368); ou até mesmo aquele processo administrativo vinculado por meio do qual os entes políticos e aqueles por eles controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelo vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (CARVALHO FILHO, 2015, p. 240).

Diante de uma análise mais detida, destaca-se o posicionamento do professor Marçal Justen Filho, o qual melhor se adéqua aos novos paradigmas do direito:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (2015, p. 481).

Com um entendimento atualizado, compactando todos os aspectos pertinentes à licitação, o grande diferencial deste último conceito é a menção feita à “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, trazendo mais uma atribuição a ser observada na aplicação da licitação.

Este pensamento foi reforçado com a edição da Lei nº 12.187/2009, que dispõe sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC, onde prevê a adoção de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e a

redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos<sup>12</sup>. Volta-se, assim, esse instituto para a realidade do mundo moderno.

## 5.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO NO ESTADO PÓS-MODERNO

O procedimento licitatório, em todas as suas fases, deve respeitar não só os princípios constitucionais previstos pelo art. 37 – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência –, mas também aqueles chamados de específicos, positivados pelo art. 3º, da Lei nº 8.666/93, tais como o da igualdade, probidade administrativa e promoção do desenvolvimento sustentável (MARINELA, 2007, p. 284). A previsão legal não excluiu a fundamentação constitucional destas normas, haja vista que estes princípios também estão previstos na Carta Política, podendo estar de forma expressa em outros artigos ou implícita no seu bojo.

Todavia, levando em consideração a complexidade dessas normas, bem como do próprio processo de licitação e dos interesses nele envolvidos, a sua aplicação ao caso concreto deve ser feita com razoabilidade e sobre cautela, visto que em diversas situações o administrador estará no limite entre o que é ou não permitido. Assim, passa-se ao estudo das espécies.

### 5.2.1. Princípio da Obrigatoriedade de Licitação

Como base constitucional mais genérica, o art. 37, XXI, prevê a obrigatoriedade de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, estabelecendo, de forma excepcional, a contratação de celebração de contrato sem a utilização deste instituto (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 559).

---

<sup>12</sup> Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

Trata-se aqui de norma decorrente dos princípios da Igualdade, Indisponibilidade e supremacia do interesse público, e por mais que a Constituição não o defina expressamente como princípio, ao impor que a utilização do certame licitatório é meio obrigatório para a proceder a contratação, acaba por lhe conferir esse *status*, determinando, inclusive, que na hipótese de ocorrer dúvida acerca do procedimento a ser utilizado, o administrador está vinculado a essa previsão, independentemente de sua finalidade.

Vale ressaltar, por derradeiro, que essa previsão também se aplica no que concerne às concessões e permissões, destacando-se ainda que, diferentemente da hipótese supramencionada, o art. 175 da CF/88, não prevê qualquer exceção, confirmando, assim, a sua conformação como princípio.

### **5.2.2. Princípio da Legalidade**

Segundo o art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Entretanto, no que diz respeito à Administração Pública, isso é aplicado de forma diametralmente oposta, vez que o Poder Público só poderá agir caso haja expressa previsão legal para tanto.

É princípio de suma importância para a Administração Pública como um todo e, especialmente, para o instituto da Licitação. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal, em detrimento daquilo que manda a lei, criando, assim, uma maior proteção aos administrados contra abusos de conduta e desvios de objetivos.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho leciona que:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do *devido processo legal*, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais (2015, p. 248).

Note-se, neste passo, a importância que esse princípio tem para o Poder Público como um todo, já que determina a vinculação do ente licitante ao quanto determina a

lei – em sentido estrito – e à norma constitucional, tornando-se requisito essencial para a prática de quaisquer atos.

### **5.2.3. Princípio da Isonomia**

Também chamado de Princípio da Igualdade, deve ser considerado não apenas em seu aspecto formal – todos são iguais perante a lei – mas, também, em seu aspecto material, trazido por Aristóteles, que defende que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

Possui diversas previsões constitucionais, sendo a mais famosa a do art. 5º. Já para o assunto em comento temos disposição específica em seu art. 37, XXI<sup>13</sup>, o mesmo que institui a licitação.

A aplicação deste princípio deve estar presente em todas as fases da licitação. Isso pode ser observado no art. 179 da Constituição Federal<sup>14</sup>, bem como no seu regramento infraconstitucional, realizado através da Lei Complementar nº 123/2006, que, em seu art. 44, dá preferência às microempresas e empresas de pequeno porte quando a licitação terminar empatada. A Lei nº 8666/93 abarca esse princípio em seu art. 3º<sup>15</sup>, trazendo como objetivo a ser alcançado pela licitação e como mandamento a ser respeitado em todo o seu processo.

Conforme é extraído da melhor doutrina, a igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de

---

<sup>13</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

<sup>14</sup> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

<sup>15</sup> 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

condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem que não seja dada a outro (CARVALHO FILHO, 2015, p. 249).

Isto posto, ressalte-se que importância deste princípio para o processo licitatório flagrante, devendo ser aplicado não apenas para dar tratamento idêntico a todos os administrados que façam parte da licitação, mas em todo o momento em que for pertinente.

#### **5.2.4. Princípio da Impessoalidade**

O Princípio da impessoalidade não pode ser tratado de forma apartada dos demais, devendo, para alguns, ser encarado como faceta da isonomia, não permitindo a discriminação por parte do Administrador, onde a norma assim não autorizou. O seu objetivo principal é impedir que alguém perceba alguma vantagem ou seja prejudicado, em virtude de ter ou não a simpatia do agente estatal (JUSTEN FILHO, 2015, p. 202).

A sua aplicação no processo licitatório é de suma importância, indicando que a Administração deve vedar distinções feitas com base em caracteres pessoais dos interessados. Essa diferenciação, segundo esse princípio, só poderá ocorrer quando os caracteres pessoais refletirem, de fato, diferenças efetivas e concretas, que sejam relevantes para os fins da licitação.

Busca-se, desse modo, que os poderes atribuídos ao sujeito estejam totalmente vinculados aos interesses de toda a coletividade, isentos de qualquer preconceito ou radicalismo do indivíduo, cumprindo, assim, a sua função pública (MEDAUAR, 2009, p. 129).

#### **5.2.5. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

A Lei das Licitações, em seu art. 3º, traz a positivação do Princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao tempo que, em seu art. 41<sup>16</sup>, reforça a sua aplicação no processo licitatório. Nada mais é do que faceta dos princípios da legalidade e da moralidade, mas que merece tratamento próprio dada a sua importância. A sua inobservância pelo Poder Público dá ensejo à nulidade do ato viciado e, tendo em vista que no transcorrer do procedimento licitatório ocorre um vínculo sucessivo entre as fases, dificilmente a invalidade se reduzirá a um simples ato (JUSTEN FILHO, 2010, p. 568).

Há quem vai mais longe, ressaltando que esse princípio se dirige tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, já que estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite) (DI PIETRO, 2012, p. 381). Percebe-se que tal ideia está perfeitamente adequada quando se está mais próximo da vida prática, pois o instrumento convocatório traz vários requisitos a serem atendidos pelo participante, de modo que a sua inobservância leva a sua desaprovação naquele certame.

Como em outros casos, esse princípio possui íntima ligação com alguns outros, podendo ser citados o da Legalidade, Moralidade e Isonomia, os quais devem estar sempre em conjunto, objetivando uma Administração mais proba e livre de subjetivismos.

#### **5.2.6. Princípio da Objetividade do julgamento**

Quanto ao julgamento objetivo, que é considerado por alguns como decorrência do Princípio da Legalidade, tem por objetivo vincular o julgamento das propostas presentes na licitação, aos critérios fixados no edital ou convite, mostrando que os critérios de julgamento não podem violar normas e princípios estabelecidos pela própria lei (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 577)

Neste mesmo sentido, a Lei de Licitações e Contratos<sup>17</sup>, em seu art. 45<sup>18</sup>, traz mandamento a cada órgão responsável pela licitação, de que o julgamento das

---

<sup>16</sup> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

<sup>17</sup> Lei nº 8666/93.

propostas será objetivo, em conformidade com os tipos de licitação, com os critérios previamente estabelecidos no edital, de maneira a possibilitar a aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Novamente, visa-se aqui isentar o procedimento de qualquer subjetivismo por parte do ente estatal, buscando, assim, sempre instituir critérios objetivos aos quais todos aqueles que estão envolvidos estarão vinculados.

### **5.2.7. Princípio da Publicidade**

Como um dos princípios norteadores do Direito Administrativo, o Princípio da Publicidade também deve ser aplicado à Licitação. Com vistas a garantir aos interessados a participação e fiscalização dos atos da licitação, este princípio também está previsto no art. 3º da Lei 8666/93, e deve ser encarado como um dos principais aplicáveis à matéria.

A doutrina ainda suscita duas funções da Publicidade, como sendo a permissão ao amplo acesso dos interessados ao certame, referindo-se, neste aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados (JUSTEN FILHO, 2015, p. 287).

Neste tocante, vale ressaltar o entendimento de Carvalho Filho:

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa será a proposta vencedora (2015, p. 249).

Percebe-se, portanto, que a importância da aplicação deste princípio não reside apenas na participação do sujeito na licitação, mas também na fiscalização de todo o procedimento, tencionando coibir a prática de atos ilegais e/ou danosos aos administrados e à própria administração.

---

<sup>18</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

### **5.2.8. Princípio da Competitividade**

Extraído dos demais princípios aplicáveis ao certame licitatório, a competitividade não está expressa como princípio na Lei de Contratações e Licitações, tendo uma única previsão na parte dos crimes e das penas. Vejamos:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Tem-se aqui o próprio espírito da Licitação, como também um guia hermenêutico a ser aplicado às diversas possíveis interpretações decorrentes de uma determinada situação, devendo-se, assim, optar pela que mais competitividade trazer (ARAGÃO, 2013, p. 297).

### **5.2.9. Princípio da Moralidade e da Probidade**

Tais princípios devem servir para nortear as condutas, tanto do Poder Público, quanto dos agentes participantes da licitação. Para esse Princípio, as condutas desses sujeitos devem ser balizadas não apenas pela licitude, mas também pela moralidade, bons costumes, equidade, justiça, entre outros. Com efeito, é portar-se de forma ética, sob pena incorrer em crime, previsto tanto pela Lei nº 8666/93, quanto pelo Código Penal (ARAGÃO, 2013, p. 299).

Dada a sua relevância prática, ainda possui lei específica sobre o tema, tombada sobre o nº 8.429/92, a qual ainda imputa sanções a serem aplicadas àqueles que infringir suas normas.

Por derradeiro, cabe salientar que a aplicação destes princípios é de suma importância para o funcionamento de toda a Administração, mas não é de fácil aplicação, visto que se tratam de conceitos abertos, que só a luz do caso concreto que poderá ser definido a sua delimitação.

### **5.2.10. Princípio da Adjudicação Compulsória.**

Adjudicar, em sentido comum, significa entregar algo. Para o Direito Administrativo, adjudicar é a conclusão da licitação, após a classificação e homologação do resultado, encerrando-se, assim, o procedimento e passando para a contratação do vencedor.

Diz-se compulsória pois a Administração, no mesmo certame, não poderá adjudicar o objeto licitado à outro participante que não seja o primeiro colocado, a não ser, obviamente, caso ocorra alguma impossibilidade material, tal como morte, falência ou desistência. Deveras, trata-se do direito daquele que venceu, em não ser preterido naquele processo (ARAÚJO, 2015, p.581).

Neste sentido, percebe-se que a adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se incorrer em uma das situações mencionadas acima e que não consiga comprova justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior (MEIRELLES, 2010, p. 299).

Assim, observe-se que não há espaço para a discricionariedade da Administração Pública no que diz respeito àquele a quem é destinado o objeto da licitação, tratando-se de ato vinculado e que pode ser requerido pelo agente interessado.

### **5.2.11. Princípio da Ampla Defesa.**

Princípio pouco comentado no âmbito da licitação, a ampla defesa se adequa perfeitamente a este processo, sendo aplicado nesta seara tanto quanto nas outras. Este entendimento já recebeu reconhecimento, inclusive, do STF, publicado acórdão através da RTJ nº 105/162.

A sua previsão pela Lei de Licitações, é no seu art. 87<sup>19</sup>, onde garante prévia defesa àqueles que sofrem sanção por inexecução total ou parcial do contrato administrativo. Em que pese a sua única menção ser acerca das sanções aplicadas aos agentes que contratam com o Poder Público, a ampla defesa deve ser aplicada

---

<sup>19</sup> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções.

analogicamente a todos os atos da Administração em que possa contrariar a pretensão de outrem.

Como sendo uma das mais claras relações entre o ente estatal e os administrados, a licitação deve prever a aplicação da ampla defesa em todos os momentos possíveis, assegurando, em consequência, um processo escorreito.

### **5.2.12. Princípio da Licitação Sustentável**

A Lei nº 12.249/2010 alterou a redação do art. 3º da Lei 8666/93, fazendo, agora, expressa alusão à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Trata-se, pois, da busca de mecanismos para a efetivação do quanto previsto pela Constituição no art. 3º, II, ou seja, atender as presentes necessidades sem comprometer as possibilidades das futuras gerações. Isso deve ser aplicado não só no transcurso do processo, mas também durante a contratação do licitante.

Outrossim, em análise detida acerca do tema, podemos observar que o presente princípio afeta alguns outros, como é o caso da Isonomia e modifica a avaliação da vantajosidade das propostas, como bem ensina Justen Filho:

A isonomia é afetada porque se admite a estipulação de preferências em favor de bens e serviços relacionados à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Essas preferências não são arbitradas e tampouco dizem respeito à nacionalidade do licitante, uma vez que um licitante estrangeiro que ofereça bens ou serviços produzidos no Brasil será beneficiado em face de licitante brasileiro que ofereça bem ou serviços estrangeiros, por exemplo. Trata-se de uma preferência de cunho impessoal, relacionada aos objetivos fundamentais da Nação (2015, p. 489).

Nesta senda, faz-se necessário entender a mudança que deve ser dada na interpretação conjugada destes dois princípios, levando a reflexos práticos diversos, mas sempre mantendo a sua essência. O princípio da licitação sustentável autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, mas que se harmonizam com o princípio da isonomia (DI PIETRO, 2012, p. 386).

Então, visto o supra, é notório que não há choque entre os princípios já mencionados, devendo trabalhar com eles de forma que melhor se compatibilizem,

tendo em vista a evolução na forma da Administração Pública agir, bem como do Estado e da Sociedade como um todo.

### 5.3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A LICITAÇÃO

Diante da necessidade de cada ente licitante, existe uma forma que vise a sua satisfação, sendo por uma das modalidades, ou qualquer outro meio que melhor se adeque aos princípios supramencionados e ao caso concreto.

Assim, após análise acerca das diretrizes e fundamentos dados à Licitação, passar-se-á agora a tratar das suas diversas formas de serem empregadas.

#### 5.3.1. Modalidades de Licitação

Segundo o art. 22, da Lei de Licitações, as modalidades de licitações são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Embora haja a impossibilidade de criar novas modalidades ou combinar as modalidades já citadas, como previsto pelo § 8<sup>o</sup><sup>20</sup> do referido artigo, em nosso ordenamento podemos encontrar alguns diplomas legais que inovam acerca da matéria, como é o caso da Lei nº 10.520/02, que criou o pregão, bem como a Lei nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratação.

A divisão da matéria em modalidades se faz necessária pela complexidade e importância das relações tratadas pela Poder Público, dando a oportunidade ao ente administrativo de escolher a forma que melhor se adeque a situação concreta, tendo em vista as suas necessidades e o tempo que dispõe.

Levando em consideração o quanto citado alhures, será feita a seguir análise mais detida acerca de cada modalidade, tratando-as de modo apartado.

---

<sup>20</sup> Art. 22. São modalidades de licitação:

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

### 5.3.1.1. Concorrência

A concorrência é conceituada pela lei<sup>21</sup> como sendo a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Diante disso, constata-se a amplitude na aplicação dessa modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade, para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos no edital (art. 22, §1º) (DI PIETRO, 2012, p. 407).

Como não poderia ser diferente, essa modalidade precisa de algumas limitações, as quais estão previstas no art. 23 da Lei de Licitações<sup>22</sup>. Aqui, com base em aspectos financeiros, é feita uma diferenciação na sua aplicação para obras e serviços de engenharia – com valor acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) – e compras e serviços de outras naturezas - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Isto posto, percebe-se que a concorrência pode ser utilizada das mais diversas formas, com os mais variados objetos, desde que o licitante respeite os parâmetros financeiros impostos pela lei.

### 5.3.1.2. Tomada de Preços

---

<sup>21</sup> Lei nº 8666/93

Art. 22. São modalidades de licitação:

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

<sup>22</sup> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I as III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - Para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);  
b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);  
c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - Para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);  
b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);  
c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Tem-se aqui um procedimento menos formal que a concorrência, destinado à contratação de vulto considerado médio, cujas faixas de valor estão previstas no art. 23, I, “b”, e II, “b”, do Estatuto.

A Lei nº 8.666/93 diz que a Tomada de preços é a “modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”<sup>23</sup>. É assim a sua conceituação legal.

Ressalte-se que, como traz a dicção do artigo que conceitua essa modalidade, só poderão participar do certame aqueles sujeitos previamente cadastrados e os cadastráveis – estes últimos podem requerer o cadastramento até três dias antes da abertura das propostas –, sendo classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a classificação técnica e econômica do participante.

Por conseguinte, relacionando com a modalidade anteriormente analisada, percebe-se que o seu círculo de divulgação é bem mais restrito. Nesse mesmo sentido, o entendimento de Carvalho Filho:

Por outro lado, é menos amplo o círculo de divulgação do certame, já que, ao contrário da concorrência, só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados e os cadastráveis, vale dizer, aqueles que demonstrem condições de provar, antes da data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para o cadastramento (2015, p. 282).

Ademais, em que pese haja a necessidade de cadastro para poder fazer parte deste certame, isso não deve ser encarado com algo arbitrário, visto que esses registros cadastrais devem estar abertos à novos interessados, desde que respeitado o limite temporal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 282).

#### 5.3.1.3. Convite

Para o exame da presente modalidade, não pode-se deixar de falar de seu conceito legal, onde foi instituído que o convite como é “a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não,

---

<sup>23</sup> art. 22, §2º, da Lei nº 8666/93.

escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”<sup>24</sup>.

Todavia, há algumas peculiaridades a serem destacadas. A primeira delas foi trazida pela Lei nº 8.666/93, onde foi permitido que, além daqueles convidados, a participação de interessados desde que cadastrados e manifestem interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

Outra peculiaridade é a de que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV), por meio da chamada carta-convite (DI PIETRO, 2012, p. 410). Destarte, constata-se que esse último aspecto é o que mais chama atenção daqueles que estudam a matéria, sendo o grande diferencial desta modalidade.

Ademais, o convite é o que comporta menor formalismo, e isso porque se destina a contratações de menor vulto.

#### 5.3.1.4. Concurso

O concurso está previsto também pelo art. 22, do Estatuto, especificamente em seu § 4º, sendo aquela licitação feita entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

A modalidade em questão possui finalidade específica, e o professor José dos Santos Carvalho Filho ao analisá-la conclui que:

Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada (2015, p. 286).

---

<sup>24</sup> art. 22, §3º, da Lei nº 8666/93.

Com efeito, ressalte-se que, para analisar o projeto intelectual, deverá ser instituída uma comissão bastante criteriosa, não formada necessariamente por servidores públicos, mas que sejam pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento na matéria (MARINELA, 2007, p. 310). Isto se dá em virtude da possibilidade de ocorrer desvio de finalidade no julgamento do certame.

#### 5.3.1.5. Leilão

Nesta modalidade a Administração Pública pode ter três objetivos: a) Vender bens móveis inservíveis; b) Vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e c) Alienar bens móveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como permite o art. 19 do Estatuto. Deve ser utilizado também quando da alienação dos semoventes.

Como não poderia ser diferente, o seu edital deve ser amplamente divulgado, sendo publicado pelo menos quinze dias antes de sua realização. O seu processamento pode-se dar por meio de um leiloeiro oficial ou de servidor designado pela Administração. No que tange ao bem, este deve ser avaliado previamente pelo órgão licitante para a fixação do preço mínimo de arrematação. Os participantes darão os seus lances de compra, sendo vencedor aquele que oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (MEDAUAR, 2009, p. 190).

Infere-se, assim, que ao contrário das modalidades já citadas, aqui é tratado de um mecanismo voltado à venda de bens e que ajuda a compor o erário do licitante.

#### 5.3.1.6. Pregão

Como já ressaltado, esta é uma das modalidades que não possuem previsão pela Lei nº 8.666/93. É instituído pela Lei nº 10.520/02, onde não é conceituado de forma expressa. Porém, como assinala a doutrina, podemos dizer que o pregão é modalidade de licitação destinada a contratação de bens e serviços comuns,

independentemente de valor, de que podem participar quaisquer interessados (exceto na forma eletrônica) (JUSTEN FILHO, 2015, p. 491).

Ressalte-se, por oportuno, a abrangência do seu objeto, conferida graças a possibilidade de contratação de bens e serviços independentemente de valor, tendo, entretanto, limitação no que tange a sua natureza, só podendo ser aquele objeto comum, ou melhor, aquele bem ou serviço cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usadas no mercado, como previsto pelo art. 1º, parágrafo único, da respectiva lei (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 625).

Para o fornecimento dos bens ou serviços não há a necessidade de qualificação técnica por parte do fornecedor, por isso, também, que é se utiliza sempre o menor preço, dada a natureza do objeto. Pode-se dar de forma presencial ou eletrônica, devendo sempre ser decidido optando pela oferta de menor preço. É dividido em duas fases, onde na primeira temos a apresentação das propostas e na segunda uma espécie de disputa entre os participantes, mediante lances decrescentes.

Isto posto, conclui-se que o pregão, em razão do seu procedimento, traz uma série de vantagens para a Administração, principalmente por constituir uma modalidade de licitação pouco complexa, logrando maior celeridade na contratação, além de conseguir um valor mais vantajoso para o órgão licitante, se comparado com as demais modalidades.

### **5.3.2. Regime Diferenciado de Contratação - RDC**

O Regime Diferenciado de Contratação foi desenvolvido com a finalidade de atender as demandas decorrentes dos megaeventos ocorridos em nosso país, como, por exemplo, a copa do mundo e os jogos olímpicos. Foi ampliada posteriormente para abranger as ações integrantes do Programa de Aceleração de Crescimento e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Regularmente chamado pela sua sigla "RDC", este sistema possui regime disposto na Lei nº 12.462/11. Trata-se de modelo muito mais flexível para o procedimento licitatório. Como destaca da doutrina, a Lei estabelece soluções genéricas e cabe ao

ato convocatório determinar a disciplina aplicável no caso concreto (JUSTEN FILHO, 2015, p. 493).

Tendo em vista a especificidade de seu objeto, e o distanciamento da matéria em relação a questão ora proposta, a análise mais detida acerca do tema torna-se inviável, em razão disso qualquer correspondência que houver entre os dois conteúdos será devidamente destacada.

### **5.3.3. Dispensa e Inexigibilidade**

O art. 37, XXI da CF/88 consagra a obrigatoriedade de licitação para a Administração Pública. Contudo, quando faz menção as “ressalvas contidas em lei”, da fundamentação necessária para que as contratações possam ser feitas de forma diversa, o que no ordenamento pátrio é feito através da dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A dispensa ocorre quando há a possibilidade de competição, conseqüentemente da licitação, mas a lei dispensa ou permite que esta seja dispensada. Está prevista pelo art. 24 da Lei de Licitações e possui um rol de situações que servem de fundamento para a utilização deste instituto. A doutrina ainda divide essa forma de contratação em dispensada – hipótese em que a lei expressamente dispensa a licitação – e dispensável – quando a lei autoriza a Administração a deixar de realizar aquele certame –, mas que em prática gera os mesmos efeitos (ALEXANDRINO; PAULO; 2011, p. 580).

Como é de se imaginar, quando não houver possibilidade de competição não poderá ser utilizado este mecanismo, razão pela qual o legislador previu a possibilidade de aplicação da inexigibilidade, que ocorre pela impossibilidade de concorrência pela inexistência de pluralidade de potenciais proponentes. E é assim que Zanella di Pietro diferencia estes institutos:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inevitável (2012, p. 388).

Desta forma, constata-se que há espaço para a discricionariedade, mas não de forma exacerbada, mas dentro daquelas hipóteses previstas em lei. Essas hipóteses estão previstas pela Lei de Licitações, enumeradas nos arts. 24, para a dispensa, e 25, para a inexigibilidade.

## 6. DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Como visto, a Administração Pública possui diversos meios para realizar as suas contratações, podendo ou não se utilizar da Licitação. Destaca-se, neste sentido, o Sistema de Registro de Preços - SRP, considerada como uma das principais formas de fazer compras pelo Poder Público.

Ressalte-se, por oportuno, que não se trata de uma nova modalidade de licitação, mas de um sistema complexo voltado à contratação pelo ente estatal, o qual utiliza, inclusive, do certame licitatório para a sua perfeita formalização.

### 6.1. CONCEITO

De acordo com a Lei de Licitações, às compras, sempre que possível, deverão ser processadas através do Sistema de Registro de Preços (art. 15, II). Entretanto, a legislação não é suficientemente clara acerca do que se trata este instituto, dependendo, para essa tarefa de uma análise doutrinária mais profunda, destacando os seus principais pontos e, por conseguinte, formar o seu conceito. Neste sentido, após análise da doutrina, encontram-se alguns conceitos pertinentes à matéria, destacando-se o posicionamento de Marçal Justen Filho:

Registro de preços consiste num contrato normativo, produzido mediante licitação e que determina as condições quantitativas e qualitativas para contratações futuras de compras e serviços, realizadas por um único ou por uma pluralidade de órgãos administrativos (2014, p. 519).

Percebe-se que a licitação é apenas uma das fases desse sistema, a qual vai buscar a melhor proposta dentre as condições qualitativas e quantitativas impostas pelo ente licitante. Feito isso, passar-se-á a fase de contratação, que não se dará de uma só vez, podendo decorrer deste ajuste, vários contratos com o mesmo objeto, variando ou não a sua quantidade.

Destarte, nota-se que esse mecanismo se adequa perfeitamente aos princípios imputados à Licitação e a Administração Pública, especialmente no que tange ao da Eficiência, visto que não há a necessidade de reiteradas licitações para que ocorra as respectivas contratações, mas a utilização deste mecanismo apenas uma vez

pode gerar diversos contratos dele decorrentes, podendo atender as necessidades vários órgãos administrativos ao mesmo tempo.

## 6.2. PRINCIPAIS ASPECTOS SOBRE O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Vista a sua conceituação, constata-se que se trata de um procedimento complexo e com características próprias, sendo necessário, assim, para a melhor compreensão do tema, uma análise mais a fundo a respeito dos seus principais aspectos, o que será feito a seguir.

### 6.2.1. Evolução do SRP e o Decreto 7.892/2013.

Não se trata de nova sistemática instituída pela Lei nº 8666/93, mas antes mesmo da Constituição que se encontra em vigência, já tinha previsão legal que regulamentava esse sistema, era o Decreto-Lei nº 2.300/86, que disciplinava as licitações e os contratos no âmbito federal.

Com o advento de uma nova sistemática instituída pela CF/88, o SRP passou a ser previsto pela Lei de Licitações, presente no art. 15, II. Não obstante a sua principal norma ser esta, outros textos normativos fazem menção à presente sistemática, como por exemplo a Lei nº 12.462/11, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratações, cujo art. 32 fala sobre o assunto.

Ademais, de acordo com o § 3º do ar. 15 do Estatuto, o registro de preços deve ser regulamentado por decreto, respeitada as peculiaridades regionais e observadas algumas condições previstas para a implementação do SRP (incisos I a III deste artigo).

Deveras, com o fito de atender o quanto determinado pela Lei de Licitações e Contratos, dando aplicabilidade ao SRP, foi editado pelo Presidente da República o Decreto Federal nº 2.743/98. Com a evolução da sistemática, logo foi revogado pelo Decreto Federal nº 3.931/01, que ampliou significativamente a aplicação deste instrumento (MARINELA, 2007, p. 300). E, por fim, visualizadas, ainda, algumas

inconsistências em seu texto, inclusive muito questionadas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, foi editado o Decreto nº 7.892/13, que possui um aparato de ferramentas maior para a aplicação deste Sistema, mas não deixou de pecar em alguns aspectos, o quais serão tratados em momento oportuno.

Neste sentido, conclui-se que este instrumento é de muita importância para a Administração Pública, mas talvez por essa razão sofreu constantes mudanças em um curto espaço de tempo, o que pode ter levado a uma falta de exatidão nos limites da sua aplicação, ultrapassando, assim, o papel de regulamentar.

Por fim, ressalte-se que de agora em diante o presente instituto será tratado à luz do Decreto nº 7.892/2013, fazendo menção a Lei de Licitações quando necessário.

### **6.2.2. Características e Procedimento.**

Embora o registro de preços possua outras características, impende destacar a sua principal, ou seja, a possibilidade que a Administração tem de realizar a licitação, assinar a ata de registro de preços e não se obrigar a firmar os contratos dela decorrentes. Como dito, a Administração contrata se quiser, na quantidade que quiser (desde que não ultrapasse o quantitativo previsto na ata) e quando quiser (desde que dentro do prazo de vigência da ata). É certo falar que a Administração não assume obrigações diretas com a assinatura da ata de registro de preços não goza do direito de ser contratado, conforme § 4º do art. 12 da Lei nº 8.666/93 (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 24).

Porém, isso não dá liberdade total ao órgão licitante, vez que ele não pode lançar mão de uma licitação sem nenhuma finalidade ou sem alguma necessidade ou, pelo menos, uma perspectiva de alguma necessidade. Do contrário, a falta de motivo levaria à invalidade desta licitação.

No que diz respeito ao seu procedimento, inicia-se com a constatação pelo órgão estatal de uma necessidade ou pelo menos de uma expectativa para tal necessidade, a qual dará ensejo ao início do procedimento. Uma vez lançado o edital, será aberto prazo para a apresentação das propostas, as quais se darão de modo diferente ao comumente usado – valor para todo o quantitativo previsto no

edital –, tendo como base o preço da unidade ou por lote, previamente definido pela Administração. (GUIMARÃES, NIEBUHR, 2013, p. 22).

Seguidamente, o vencedor do certame, mais uma vez divergindo das demais procedimentos, não formaliza diretamente contrato, mas obriga-se a fornecer determinado bem à Administração, no preço licitado e na quantidade prevista no edital, assinando um documento nomeado de “Ata de Registro de Preços”, tendo, esta, prazo de vigência máximo de 1 (um) ano, conforme determina a Lei de Licitações em seu art. 15, § 3º, III.

Assim, surgindo a necessidade de um dos entes licitantes, será realizada a contratação do objeto com base no valor e condições acordados através da Ata de Registro de Preços, podendo se dar desta forma por várias vezes, por todos os órgãos estatais que participaram da respectiva licitação, respeitando, todavia, o limite máximo previsto no edital.

### **6.2.3. Hipóteses que Permitem a Utilização do Sistema de Registro de Preços.**

Em que pese a grande importância desse Sistema para o nosso novo modelo de Administração, este não pode ser utilizado de maneira indiscriminada, e é com esse objetivo que o art. 3º do Decreto nº 7.892/13, apresenta as seguintes hipóteses: quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, p. 38).

Como já mencionado, para que o SRP possa se dar de forma perfeita, uma das suas fases corresponderá ao processo licitatório, através do qual será escolhida a melhor proposta, levando em consideração a demanda do ente estatal. Com efeito, presente a licitação, esta deve atender a todos os requisitos legais pertinentes a

matéria e ser devidamente fundamental, especialmente no que tange a uma das Hipóteses de cabimento, demonstrando faticamente a sua adequação.

Dito isto, nota-se que o Decreto tenta restringir a aplicação deste importante instrumento, com vistas a dar maior segurança jurídica ao mesmo, evitando que o agente estatal se utilize do Sistema para cometer algum abuso ou desvio.

#### **6.2.4. Modalidades Licitatórias Pertinentes à Matéria**

No que diz respeito às modalidades licitatórias que poderão dar ensejo ao Registro de Preço, o art. 7<sup>o</sup><sup>25</sup> do Decreto, dá ao órgão licitante duas opções, a saber: a) Modalidade Concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666/93; ou b) na modalidade Pregão, precedida de ampla pesquisa de mercado, nos termos Lei nº 10.520/2002.

Criada para contratações de grandes vultos, a concorrência foi prevista para dar, mais uma vez, maior segurança ao procedimento licitatório, devendo ser utilizada em contratações desta proporção. Já na utilização do Pregão há uma liberdade maior para aquele que realiza a licitação, notadamente no concernente ao valor do objeto, motivo pelo qual é considerada a modalidade mais utilizada no SRP.

Cumprido ressaltar, ainda, a exceção prevista pelo § 1<sup>o</sup> do respectivo artigo, possibilitando que o julgamento por “técnica e preço” pode ser adotado excepcionalmente. Cuida aqui, de classificação feita pela Lei de Licitações, onde divide este mecanismo em tipos, podendo ser: a) Menor Preço; b) Melhor Técnica; c) Técnica e Preço; e d) a de maior lance ou oferta (para os casos das alienações). Trata-se, assim, de exceção à regra de menor preço utilizada no Pregão.

Por fim, ainda condiciona essa prerrogativa a edição de despacho fundamentado pela autoridade máxima do órgão ou entidade licitante, buscando, por conseguinte,

---

<sup>25</sup> Art. 7<sup>o</sup> A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da [Lei nº 8.666, de 1993](#), ou na modalidade de pregão, nos termos da [Lei nº 10.520, de 2002](#), e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

§ 1<sup>o</sup> O julgamento por técnica e preço, na modalidade concorrência, poderá ser excepcionalmente adotado, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.

vincular a finalidade do certame ao fundamento dado, visando dar maior segurança jurídica à situação.

### 6.3. A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

#### 6.3.1. Conceito

A legislação conceitua a Ata de Registro de Preços como sendo o “documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas”<sup>26</sup>.

Nada mais é do que o documento formalizado após a realização da homologação da licitação. Tendo o vencedor, será registrado o fornecedor, objeto, quantidade, preços, órgãos participantes do certame e as condições nas quais se darão as contratações, vinculando o participante aos termos previstos na ata.

Como será melhor delineado a seguir, este documento é de suma importância para todo o sistema, pois com base nele que as contratações futuras se darão, inclusive por meio de adesão.

#### 6.3.2. Principais Aspectos

Os contratos decorrentes da Ata terão por base os seus termos, principalmente no tocante ao objeto e as condições de formalização, não podendo, deste modo, fugir ao quanto foi registrado, demonstrando o seu caráter vinculativo.

Para que possa surtir seus efeitos, da forma que a lei preceitua, este documento deverá conter algumas informações, destacando-se as seguintes: a) Qualificação da pessoa que assina a ata, que assume a obrigação perante a Administração; b)

---

<sup>26</sup> Decreto nº 7.892/13, art. 2º, II.

Objeto da ata de registro de preços, que é o objeto licitado; c) As condições para a execução do objeto; d) O preço por unidade, que é o oferecimento na licitação; e) O prazo de validade da ata, que é de, no máximo, um ano, também fixado no edital; e f) O procedimento par a formalização dos futuros contratos decorrentes da ata de registro de preços (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 87).

Como é da própria essência do SRP, as contratações são feitas gradualmente, de acordo com as suas demandas naquele momento, podendo voltar a contratar com base naquela ata. Este é o motivo de, na prática, geralmente o quantitativo ser maior que a demanda dos órgãos participantes, dando a estes a possibilidade de fazer mais contratações sem a necessidade de uma nova licitação.

Assim, nota-se que a importância desse registro é flagrante. Voltado ao atendimento de vários princípios, notadamente o da eficiência, a Ata de Registro de Preço visa conferir mais agilidade aos procedimentos de contratação pela Administração Pública, conferindo, ainda, maior segurança jurídica.

## 7. DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

### 7.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Como visto anteriormente, a Ata de Registro de Preços não é um contrato, mas documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação. Outrossim, ressalte-se que o Poder Público não pode fazer uma Licitação sem que possua uma finalidade ou que pelo menos tenha pretensão de utilizar do seu objeto, entretanto, a formalização da Ata não gera para o fornecedor um direito, mas apenas uma expectativa de sua contratação.

Antes de qualquer coisa, faz-se necessária a conceituação de algumas figuras importantes no procedimento de adesão à ata de registro de preços. Com efeito, para os fins do Decreto nº 7.892/13<sup>27</sup>, participam da adesão: a) Órgão Gerenciador – é o órgão/entidade responsável pelo processo de registro de preços e gerenciamento da ata; b) Órgão Participante – é o órgão/entidade participante dos procedimentos iniciais do SRP, bem como da Ata decorrente; c) Órgão não participante – órgão/entidade da Administração Pública não participante do procedimento do SRP, mas nos termos do Estatuto, faz adesão à Ata de Registro de Preços.

Os entes estatais são aqueles que figuram na Adesão à Ata de Registro de Preços, ou seja, qualquer órgão entidade da Administração Pública. Assim feitas essas considerações, passar-se-á, agora, à conceituação do presente instituto.

### 7.2. CONCEITO

---

<sup>27</sup> Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços;

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

Etimologicamente adesão significa: 1) Ato de aderir; 2) Força que causa aderência; 3) Apoio, assentimento, cooperação. Efetivamente, a presente Ata, fruto do SRP, pode ser objeto de adesão, que nada mais é do que a sua utilização por qualquer órgão ou entidade não participante do respectivo processo licitatório, conforme reza o art. 22, do Decreto nº 7.892/13.

Também chamada de Carona em Sistema de Registro de Preços, a utilização da Ata por órgão ou entidade não participante, segundo a doutrina, é a contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas que envolve uma entidade estatal dele não participante originalmente (JUSTEN FILHO, 2010, p. 197)

Assim, qualquer ente da Administração poderá usufruir de ata já previamente formalizada por outro, atendendo apenas alguns requisitos previstos no Decreto.

### 7.3. REQUISITOS NECESSÁRIOS

Após análise detida acerca dos aspectos que circundam a problemática em comento, impende destacar os requisitos necessários para a utilização da adesão por órgão não participante. Previstos tanto no art. 22 do Decreto, quanto nos seus parágrafos, podem ser divididos em: a) vantagem devidamente justificada pelo órgão não participante; b) anuência do órgão gerenciador; e; c) aceitação pelo fornecedor beneficiário da ata de registro de preço.

Como um dos principais fundamentos da possibilidade de carona no SRP é o dever do órgão não participante em demonstrar a vantagem da adesão sobre o sistema convencional (FERNANDES, 2006, p. 6). Ademais, a anuência do órgão gerenciador faz-se necessária pelo fato de ter sido esse que realizou o procedimento e o detentor da Ata.

No concernente ao fornecedor, a sua aceitação se deve por questões mercadológicas, levando em consideração a viabilidade da manutenção do preço acordado, bem como a possibilidade de atendimento da demanda, tendo em vista o seu aumento.

Destarte, atendidas tais exigências, qualquer ente da Administração Pública poderá aderir a Ata de outro ente, conforme prevê a norma específica.

#### 7.4. QUANTITATIVO MÁXIMO A SER UTILIZADO

O quantitativo que pode ser utilizado por órgão/entidade não participante está definido nos §§ 3º e 4º, do art. 22, do Decreto. Embora cumpram sua função, possuem redação confusa, podendo gerar, diante do caso concreto, algumas imprecisões (GUIMARÃES, NIEBUHR, 2013, p. 138). Todavia, isto não pode se tornar óbice a esse importante aspecto da adesão.

Neste sentido, a legislação divide o quantitativo em dois aspectos. O primeiro diz respeito ao quantitativo máximo a ser utilizado pelo órgão não participante, que pode ser de até cem por cento do quanto previsto no instrumento convocatório e registrado na Ata para os órgãos gerenciado e participantes. Melhor dizendo, cada órgão que for aderir a uma ata não poderá requisitar mais do que a quantidade licitada, sendo esse o seu teto.

O segundo aspecto diz respeito ao quantitativo a ser aderido como um todo, levando em consideração todos os pedidos de carona efetuados. Refere-se aqui a quantidade máxima que o fornecedor poderá disponibilizar em função daquele ajuste, não podendo ultrapassar o quádruplo do quantitativo previsto para cada item registrado, independentemente de quantos órgãos/entidades aderirem<sup>28</sup>.

Portanto, o Decreto ao regulamentar a matéria determina a quantidade que um ente, agindo isoladamente, pode pedir a título de carona, bem como, o quantitativo máximo que pode ser aderido, independe de quanto órgãos solicite, vinculando, assim, o órgão gerenciador e o fornecedor.

#### 7.5. LIMITES À ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO

Somando os quantitativos já mencionados e os requisitos para a adesão, chegam a limitador da aplicação deste mecanismo. Entretanto, o Decreto não impõe apenas esses limites, devendo ser destacados mais alguns, tais como o aspecto temporal e

---

<sup>28</sup> § 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

quais entes da federação podem figurar nesta relação (GUIMARÃES, NIEBUHR, 2013).

Por óbvio, como o próprio SRP possui vigência máxima de um ano, a adesão não pode durar *ad eternum*. Por isso, o §6<sup>o29</sup>, do art. 22, determina que o órgão aderente tem até 90 (noventa) dias para efetivar a aquisição dos bens, contados a partir da autorização do órgão gerenciado, respeitado o prazo de vigência da Ata.

No concernente aos sujeitos que poderão pegar carona na Ata de Registro de Preços, o §8<sup>o</sup>, veda que aos órgãos/entidades da Administração Pública Federal a adiram à Ata gerenciada por órgão ou entidade municipal, estadual ou distrital<sup>30</sup>. Não obstante a presente limitação, o contrário não é aplicado, podendo órgãos de outros entes da federação aderirem à Ata de Registro de Preços de entidade/órgão da Administração Pública federal, é o que reza o § 9<sup>o31</sup>.

Ressalte-se, por fim, que as limitações impostas devem ser entendidas em conjunto, com o escopo de dar maior segurança jurídica ao mecanismo de carona.

## 7.6. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

Como para a maioria dos mecanismos jurídicos novos, a doutrina diverge acerca da sua constitucionalidade, legalidade e aplicação ao caso concreto. Há quem entenda que se trata de instrumento perfeitamente adequado aos parâmetros constitucionais e legais, devendo ter sua aplicabilidade imediata. Este é o caso de Jacoby Fernandes, que em seu artigo “Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução dos custos e controle”, defende a aplicação deste instrumento em larga escala, como algo que só gerará benefícios à Administração. Neste sentido, destaca:

---

<sup>29</sup> § 6<sup>o</sup> Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata.

<sup>30</sup> § 8<sup>o</sup> É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual. § 9<sup>o</sup> É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

<sup>31</sup> § 9<sup>o</sup> É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

O aprimoramento do Sistema de Registro de Preços e a intensificação do uso do carona levarão inevitavelmente ao expurgo dos preços abusivos, pois a publicidade de ofertas disponíveis será cada vez mais ampliada.

[...]

Os fundamentos de lógica que sustentam a validade do Sistema de Registro de Preços e do sistema de “carona” consistem na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante quando já alcançada a proposta mais vantajosa. Além disso, quando o carona adere a uma Ata de Registro de Preços, em vigor, normalmente já tem do órgão gerenciador – órgão que realizou a licitação para o Sistema de Registro de Preços – informações adequadas sobre o desempenho do contratado na execução do ajuste. É importante não perder de vista que a licitação é um procedimento prévio a um contrato e quanto menos tempo e custo consumir mais eficiente é o processo (FERNANDES, 2006, p. 7-8).

Este é o entendimento que representa parte da doutrina administrativista, pugnando pela celeridade do procedimento, bem como pela sua economicidade, gerando consideráveis benefícios para a Administração.

Contudo, tendo como base os Princípios constitucionais de Direito Administrativo, a outra parte da doutrina rechaça a ideia da carona, tentando demonstrar que o procedimento, da forma que vem sendo feito, está eivado de inconstitucionalidade. Nesta perspectiva, Edgar Guimarães e Joel de Menezes Niebuhr:

A adesão à ata de registro de preços permanece flagrantemente ilegal e inconstitucional, ainda que com limites e novos adornos.

[...]

Nada obstante a comodidade da adesão à ata de registro de preços, especialmente em aderir à ata de registro de preços dos outros, salta aos olhos que o instrumento em si alvita de modo desinibido e flagrante uma plêiade de princípios de Direito Administrativo, por efeito do que é antijurídico, de modo claro, inconstitucional e ilegal (2013, p. 116).

Quem sustenta esse posicionamento, defende que a carona ofende princípios como o da Legalidade, Isonomia, Vinculação ao Edital, Moralidade, Impessoalidade e até mesmo o da Economicidade, levando em consideração a ideia de economia de escala.

Vistas as posições doutrinárias acerca do tema, percebe-se que ainda se trata de matéria muito pouco explorada no campo doutrinário, possuindo, por vezes, opiniões diametralmente opostas, o que torna a sua aplicação e controle mais complicados. Em contrapartida, a sua aplicação vem sendo cada vez mais usada, reclamando um olhar mais firme sobre as suas implicações.

## 7.7. NATUREZA JURÍDICA

Como dito, por se tratar de um novo mecanismo a ser empregado pelo Poder Público, ainda requer maior fundamentação doutrinária, fruto das já presentes discussões acerca do tema. Isso possui reflexos claros, principalmente quando se trata da natureza jurídica do instituto, que por vezes é deixado de lado no bojo da discussão, mas é de importância essencial para o seu debate.

Um dos poucos doutrinadores que adentram a essa seara – destacar a natureza jurídica da carona – é Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, encarando-o como uma extensão do SRP, onde, através da proposta mais vantajosa, todos aqueles que precisam de objetos semelhantes, podem solicitar, desde que em quantidade igual ou inferior ao máximo registrado (FERNANDES, 2006, p. 6).

Quem se arvora a tal missão, deve levar em consideração todos os aspectos circundantes da adesão, tais como o seu procedimento, quantitativo, sujeitos interessados, forma de controle, aplicabilidade ao caso concreto, adequação com os princípios constitucionais e possível localização dentro do sistema jurídico hodierno. Fazendo esta análise, percebe-se que o quanto trazido por Fernandes ainda é muito superficial diante da importância que este instrumento pode ter para a Administração Pública, de modo que apenas apresenta, de forma sucinta, algumas de suas características.

Decerto, como já visto, a carona não possui natureza similar ao da licitação, haja vista que nem mesmo se utiliza este certame para a sua formalização. Não se confunde, também, com o Sistema de Registro de Preços, uma vez que são dois mecanismos diferentes que possuem uma relação de dependência entre eles.

Da análise do quanto mencionado por Jacoby, é intuitivo pensar que este instrumento seja um desdobramento do SRP. Entretanto, levando em consideração a abertura que o Decreto dá à aplicação deste instituto, bem como os vários tipos de relação que podem dele decorrer, verifica-se que, da forma como é hoje instituída, a carona vai muito além de um simples desdobramento, podendo se dar entre os mais diversos entes da Administração Pública direta e indireta, desde que não seja um órgão/entidade federal solicitando carona a outro que seja estadual, distrital ou municipal.

Com efeito, se for considerar que o ente solicitante é um Município, ele pode pedir a adesão a quaisquer órgãos/entidades de todo o Brasil, que podem ser 5.561 (cinco mil e quinhentos e sessenta e um) municípios<sup>32</sup>, 26 (vinte e seis) estados, Distrito Federal e toda a Administração Federal, o que gera uma abertura gigantesca para ente solicitante, podendo contratar com qualquer um destes, desde que atendido os poucos requisitos impostos pelo Decreto.

Dessarte, transportando os requisitos impostos à adesão para a realidade vivida pelo Poder Público hodiernamente, infere-se que a liberdade de contratação é colossal, bastando que demonstre a sua suposta vantagem em relação a realização de uma licitação – o que via de regra sempre vai ocorrer, tendo em vista a sua morosidade e os custos para a administração –, assim como a aceitação pelo órgão gerenciador e pelo fornecedor. Deveras, em toda licitação há uma relação de custos e benefícios, o que leva, por vezes, ao ente estatal a recorrer à possibilidade da contratação direta, sendo mais célere, menos custosa e, por conseguinte, mais vantajosa do que o certame licitatório, e da mesma forma atendendo a necessidade do ente licitante (JUSTEN FILHO, 2010, p. 529).

Analisando as contratações diretas – hipóteses dispensa e inexibilidade – e o instrumento dá carona, vislumbrando toda a sua vastidão de possibilidades, conclui-se que estes dois mecanismos são os que mais se assemelham dentre aqueles disponibilizados pela CF/88 e pela Lei nº 8.666/93, haja vista as inúmeras oportunidades que são conferidas aos entes não participantes, podendo contratar e escolher livremente entre todos aqueles que possibilitam a adesão. Todavia, em que pese o efeito carona possuir íntima relação com as hipóteses de contratação direta, não pode ser confundido com uma dessas espécies, tendo em vista as suas peculiaridades, notadamente a realização de licitação pelo órgão gerenciador.

Portanto, tem-se aqui um instituto *sui generis*, com regulamentação e parâmetros próprios, devendo ser considerado do mesmo *status* das demais formas de contratação, visto que, diante da sua amplitude, este mecanismo pode gerar ainda mais contratações e de forma ainda mais célere do que o próprio Registro de Preços.

---

<sup>32</sup> Informação disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm).

## 8. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

Da análise da natureza jurídica do efeito carona já dá pra perceber alguns problemas decorrentes da sua aplicação. E é neste sentido que o presente trabalho se dará de agora em diante, explicitando as principais críticas apontas à matéria, bem como demonstrando o desrespeito que este instrumento tem face os princípios constitucionais.

Por derradeiro, a visão jurisprudencial também será destacada, ressaltando as consequências práticas da aplicação deste instituto e o papel do Tribunal de Contas da União ao tratar da matéria.

### 8.1. PRINCIPAIS CRÍTICAS

Antes se qualquer coisa, faz-se necessário fazer algumas ponderações a respeito deste instituto, objetivando contextualizar a discussão ora intentada. Assim, a Adesão à Ata de Registro de Preços nada mais é do que a utilização da ata de registro de preços por entidade não vinculada originariamente à sua instituição (JUSTEN FILHO, 2010, p. 197). Como visto, para que isso ocorra basta que o órgão não participante atenda alguns requisitos, já mencionados. Concluiu-se também que a sua natureza é *sui generis*, com regulamentação e parâmetros próprios, aproximando-se, no entanto, bastante das contratações diretas, dada a falta de limitações na sua aplicação, conferindo ao ente estatal grande liberdade para realizar as suas contratações.

Feitas tais conclusões e considerando tudo que já foi trazido no bojo deste trabalho, percebe-se que o tratamento dado ao presente instituto nos dias de hoje é melhor do que aquele previstos em outros tempos, mais ainda assim a sua regulamentação ainda é parca, notadamente no que diz respeito aos limites a ele implicados, seja através do quantitativo ou seja pelo próprio procedimento, que em peca em vários aspectos.

Dito isto, é importante salientar algumas das principais inconsistências encontradas na carona. E é por isso que se destaca primeiro o quanto disposto no *caput* do art. 22, especialmente no que tange à necessidade de justificação da vantagem. A simples determinação para que ocorra esse tipo de demonstração, por si só, em termos práticos, não quer dizer muita coisa, ou melhor, pode gerar as mais diversas consequências, haja vista que na maioria das vezes a vantajosidade vai estar presente, quando comparada a adesão a realização de uma licitação.

Caso este benefício esteja ligada a noção de preço do objeto contratado, o que no Decreto é silente, não é determinada a forma de sua aferição, se será por simples pesquisa de mercado ou através de um procedimento mais complexos que de fato determine que a adesão é mais benéfica que dar início ao certame licitatório, como por exemplo uma competição prévia. Neste tocante, ainda vale frisar que o regulamento em momento algum fala de um preço global mais vantajoso para a Administração, ou seja, a previsão de vantajosidade é só em relação à licitação e não às demais atas de registro de preços, o que demonstra claramente que não se busca o melhor valor, mas simplesmente algo denominado de vantajoso.

Ainda no *caput* do art. 22, constata-se mais uma incongruência, a qual já foi tratada em momento oportuno, mas que agora será tratada por um viés mais crítico. Trata-se da ampla possibilidade de contratação por parte do ente não participante, a qual tem sua natureza assemelhada a do procedimento de dispensa, tornando-se praticamente uma contratação direta (JUSTEN FILHO, 2010, p. 199). O Decreto não impõe verdadeiros limites a aplicação deste instrumento, o que na verdade faz é tracejar alguns pontos aos quais os figurantes daquela relação têm que atender, não correspondendo a necessidade e proporção que este mecanismo vem tomando.

As possibilidades conferidas ao ente estatal são inúmeras, e isso em termos práticos pode gerar efeitos indiretos muito nocivos aos princípios que norteiam a atividade administrativa. Como uma realidade de todos os países, os desvios éticos no âmbito das licitações e contratos administrativos são corriqueiros e a consagração da carona, da forma que vem sendo aplicada, favorece a prática da corrupção, tendo em vista a vultosas contratações realizadas por meio do SRP – elevando, assim, o risco de corrupção –, bem como, e ainda mais grave é a criação de competência amplamente discricionária, ao assegurar ao ente administrativo a possibilidade de

utilizar ou não o Registro de Preços, uma vez que está sendo permitido a sua adesão à ata de outro órgão, afrontando a determinação do art. 15, II, da Lei nº 8.666/93 (JUSTEN FILHO, 2010, p. 200).

A última crítica procedimental que vale ressaltar diz respeito ao quantitativo que pode ser contratado pelo órgão aderente. Em que pese disponibilizar cem por cento dos objetos registrados na ata se mostrar totalmente desarrazoado e desproporcional, a possibilidade de ocorrer a adesão em quantitativo cinco vezes superior ao previsto pela ata foge de quaisquer parâmetros, sujeitando o fornecedor a uma situação que foge daquela prevista durante o certame, e de forma reflexa acaba ferindo o princípio da economicidade.

Com o escopo de demonstrar a fragilidade do efeito carona, foram destacadas até aqui as principais inconsistências referentes a matéria, não excluindo, todavia, algumas outras que ainda podem ser citadas no bojo deste trabalho. Por conseguinte, como também deve ser feito na sua aplicação ao caso concreto, passar-se-á agora à análise deste mecanismo à luz dos princípios constitucionais.

## 8.2. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Apesar de dar tratamento melhor ao presente instituto do que aquele tratamento dado pelo Decreto nº 3.931/2001 (Decreto que regulamentava o SRP, revogado pelo Decreto nº 7.892/13), como visto, a regulamentação dada hoje ainda é parca, acabando por afrontar diretamente vários princípios trazidos pela Lei Maior e impostos à Administração Pública.

Com vistas a dar melhor tratamento a matéria, o estudo das inconstitucionalidades se dará de forma apartada, ressaltando cada princípio em sua oportuna ocasião.

### 8.2.1. Agravo ao Princípio da Legalidade.

O primeiro deles é o da Legalidade. Como é sabido, o princípio da legalidade para o Poder Público possui conotação diferente daquela aplicada ao particular, estando

vinculado em todas as suas atividades aos mandamentos legais (GASPARINI, 2012, p. 61). Isso não poderia ser diferente para os agentes administrativos, os quais exercem competências atribuídas por lei e nos termos dela.

Como Lei Fundamental que é, a Constituição dispõe sobre as principais competências em âmbito nacional, e é neste sentido que, no exercício da função administrativa, aos agentes é dada a possibilidade de editarem normas genericamente denominadas de regulamentos. Essa competência encontra amparo no art. 84, IV, do seu texto, indicando que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos, para a fiel execução da lei. Como já visto, estas normas visam dar melhor operacionalidade ao quanto previsto pelo texto legal, não podendo criar direitos e obrigações.

Todavia, o Decreto nº 7.892/13, ao prevê a hipótese da adesão à ata de registro de preços, cria de forma independente e autônoma por meio de regulamento, figura que jamais foi prevista pela Lei nº 8.666/93. Com efeito, ao trazer em regulamento mecanismo que não é sequer suscitado pela lei que o fundamenta, inova em campo que não deveria, ultrapassando, assim, as competências constitucionais previstas para o Chefe do Executivo, violando abertamente o princípio da legalidade (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 118).

É de se observar que o agravo que esta previsão impinge à legalidade não é de natureza material, mas de ordem formal, pois foi criado de forma inválida, valendo-se de norma secundária para criar um mecanismo de contratação novo, que acabou por gerar inúmeras implicações práticas.

### **8.2.2. Agravo ao Princípio da Isonomia.**

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades, é um preceito basilar não só aplicável à licitação, mas a todo o Estado Democrático de Direito. O princípio da isonomia deve ser respeitado pela Administração Pública tanto no uso das suas atribuições para com os administrados, quanto nos seus procedimentos internos, como por exemplo no processo de contratação.

A aplicação da isonomia ao certame licitatório já é algo cediço na doutrina, possuindo, inclusive, íntima ligação com o já citado princípio da obrigatoriedade de licitação, obrigando o Poder Público a utilizar deste procedimento mesmo na ausência de normas específicas. Nesta linha, Adilson Abreu Dallari:

O fato é que o princípio da isonomia por ser elementar ao direito administrativo e estar erigido à categoria de princípio constitucional, acabou transformando o próprio instituto da licitação pública num princípio para a Administração Pública.

O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (1997, p. 33).

Portanto, percebe-se que a igualdade é parte da essência da licitação, devendo, a Administração, assegurar a todos os interessados nesse processo o mesmo tratamento e adequar o seu procedimento de forma equânime, para que a escolha do contratado seja a mais justa possível (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 120).

Por mais que a Carta Magna determina que o procedimento da licitação é o que melhor se adequa aos seus princípios, assegurando a todos os interessados um tratamento igual, a previsão do efeito carona na ata de registro de preços os fere profundamente, especialmente o da igualdade, pois permite que uma contratação se dê de forma indiscriminada e com pouquíssimos parâmetros, sobre o pretexto de já ter o registro de preços, surgindo uma preferência incompatível com a licitação e com a isonomia (JUSTEN FILHO, 2010, p. 210).

Deveras, há inúmeros fatores que envolvem cada licitação, tais como a fama de bom ou mau pagador do ente público, a situação das empresas no momento da realização do certame e principalmente as condições impostas por cada edital, o que pode levar, inclusive, à uma licitação deserta, pela inviabilidade daquele certame para a empresa. Isso não quer dizer que as empresas deixaram de participar de licitações, mas que naquela relação ela não está disposta a figurar. Nada impede, entretanto, que a mesma empresa figure em outros certames, visando colher os benefícios econômicos decorrentes dos contratos. Esta hipótese por vezes é obstada pela adesão, onde um ente estatal deixa de licitar para fazer uma contratação com base em um certame já realizado por órgão distinto. Percebe-se que os benefícios da licitação estão sendo mitigados, notadamente o da isonomia, prejudicando tanto a própria administração, que pode estar deixando de realizar o

certame e obter uma oferta melhor, quanto para as empresas licitantes, que deixam de auferir o lucro decorrente das relações com o poder público.

Melhor dizendo, o órgão estatal deixa de usar a licitação, que visa atender vários princípios, entre eles o da igualdade, e passa a contratar de forma praticamente direta com um fornecedor que participou de um certame em condições provavelmente distintas daquelas que o órgão aderente enfrenta, ao passo que, para que isso ocorra, possivelmente tenha que adequar o objeto pleiteado àquele já licitado. Dessarte, o prejuízo à Administração é flagrante, uma vez que poderia ter optado pelo mecanismo constitucional e logrado melhores condições não só para a ente licitante, mas para todos os envolvidos, atendendo, por reflexo, o princípio da supremacia do interesse público.

Ainda neste sentido, cumpre reconhecer que nem toda situação será passível de licitação, podendo ocorrer, em determinadas oportunidades, a contratação pela via direta. Contudo, trata-se de procedimento excepcional, previsto por lei competente e devidamente fundamentada na constituição, o que não ocorre com a carona, que não possui amparo legal, bem como, dada a sua natureza *sui generis*, não se adequa a nenhuma hipótese de dispensa ou inexigibilidade, razão pela qual não pode afastar a obrigatoriedade de licitação, muito menos a incidência da isonomia (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 122).

Efetivamente, preterir a licitação sem fundamento legal, optando por uma “espécie” de contratação direta, sob o argumento de que o certame já ocorreu, quando na verdade o procedimento se deu em um cenário diferente daquele que órgão aderente se encontra e por via reflexa obstar a participação de outros sujeitos, é ferir mortalmente a isonomia, não podendo ser outra a consequência senão a inconstitucionalidade.

### **8.2.3. Agravo ao Princípio da Economicidade**

Na esteira dos ensinamentos do professor Marçal Justen Filho, o princípio aqui tratado também pode ser chamado de princípio da República, “porque conduz à transferência para o particular dos ganhos decorrentes da escala econômica”

(JUSTEN FILHO, 2010, p. 210). Em outras palavras, este princípio impõe que o Poder Público sempre busque firmar os mais vantajosos contratos possíveis, especialmente no tocante ao aspecto econômico-financeiro, com vistas a atender as suas necessidades, gastando a menor quantia possível.

A licitação é, em termos práticos, a procedimentalização deste princípio – sendo conjugado com os demais, por óbvio –, buscando sempre a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que na maioria das vezes é o menor valor praticado, principalmente no que tange ao SRP.

Por conseguinte, quando há o afastamento da licitação para que ocorra a adesão à ata de registro de preços, a lesão ao princípio da economicidade se torna flagrante, pois o preço encontrado para um determinado registro de preços nunca será o mesmo daquele encontrado em um SRP com uma demanda maior. Melhor dizendo, de acordo com a economia de escala, quem compra mais paga menos. O que se vê na prática do mercado é o seguinte: quanto maior for a demanda do órgão licitante, menor será o valor do objeto considerado em sua unidade, pois por mais que o valor diminua, a quantidade superior levará ao participante do certame auferir ainda mais lucro.

Assim, considerando que a demanda do órgão aderente é somada àquela prevista durante o SRP, conclui-se que ao invés da Administração estar logrando alguma vantagem com este instituto, na verdade está tendo prejuízo, pois arca com valor superior ao praticado no mercado, o que acaba por vulnerar o princípio da economicidade (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, p. 127).

Portanto, nota-se que a carona ignora essa lei econômica, fazendo com que os quantitativos sofram elevações, mas o preço formulado originalmente não é alterado, o que diverge totalmente do princípio da República.

#### **8.2.4. Agravo ao Princípio da Vinculação ao Edital**

Como é sabido, toda licitação possui um ato convocatório, que pode ser o edital ou a carta convite. Para o caso do SRP, considerando que este sistema só pode ser processado pelos mecanismos da concorrência ou do pregão, usa-se o edital,

observado o quanto disposto pela Lei nº 8.666/93, no caso da concorrência ou na Lei nº 10.520/2002, caso opte pelo pregão.

Conforme o art. 9º do Decreto, neste documento devem estar previstos todos os aspectos acerca do SRP, tais com o objeto, quantitativo, condições do fornecimento, prazo de validade da ata, entre outros, previstos no rol deste artigo. Isto se dá com objetivo de dar publicidade ao certame e demonstrar de demonstrar àqueles interessados como e o que a administração quer contratar, vinculando as partes ao quanto determinado no edital.

Neste sentido, o art. 54, § 1º, determina que os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para a sua execução, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. Portanto, uma vez estabelecidas as regras para determinado certame todos os integrantes daquela relação balizarão seus atos por ele, compreendendo-se também como obediência ao princípio da legalidade (ARAÚJO, 2015, p. 579).

Transportando o efeito *carona* à essa realidade, percebe-se a sua total incompatibilização, porquanto ele dá azo à contratações que não estiveram previstas no edital. Analisando a matéria, Edgar Guimarães e Joel Menezes Niebuhr fazem a seguinte crítica:

A adesão à ata de registro de preços viola abertamente o princípio da vinculação ao edital porquanto ele dá azo à contratação não prevista no edital. Ora, licita-se dado objeto, com quantidade definida e para uma entidade determinada, tudo em conformidade com o edital. Quem ganha a licitação firma com a entidade que promoveu a licitação ata de registro de preços, pelo que se compromete a entregar ou prestar a ela o que fora objeto da licitação, conforme o edital, inclusive no que tange aos quantitativos. Durante a vigência da ata de registro de preços, outra entidade que não a promotora da licitação, que não foi referida sequer obliquamente no edital, adere à ata de registro de preços, através da *carona*, com o propósito de receber os préstimos do vencedor da licitação. Com efeito, o contrato que decorre da *carona* não foi previsto no edital. Quem participou da licitação não sabia que seria contratado também por esta outra entidade, que não a promotora da licitação. Ademais, com a *carona*, quem adere à ata de registro de preços pode requerer para si a mesma quantidade do que fora licitado (2013, p. 123-124).

Note-se que o edital vincula todas as partes que possuem relação com o certame aos seus mandamentos, e que qualquer infração ao quando ali disposto pode gerar inúmeras consequências, a depender de qual o sujeito o desrespeitou. Com efeito, é forçoso reconhecer a transgressão ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório quando se permite a adesão, de modo que a licitação é feita para um

ente estatal específico, referido expressamente no edital, e o vencedor do certame pode acabar sendo contratado por outro órgão estatal diverso, não indicado no edital.

Esta violação também está presente no que concerne ao quantitativo previsto pelo edital, uma vez que o sujeito vencedor do procedimento licitatório se obriga a disponibilizar determinada quantidade do objeto e por causa de adesões à ata que ele faz parte, pode acabar por fornecer cinco vezes mais do que o acordado, sem que haja previsão editalícia para tanto.

Por oportuno, cabe destacar que a macula a esse princípio ocorre quando do não atendido o quanto previsto pelo art. 9º, III, do Decreto, ou seja, quando a anuência do órgão gerenciador não é prévia, prevista em edital. Isto se aplica aos casos que a carona não foi prevista pelo edital, mas teve a aquiescência posterior pelo responsável pelo certame, conforme prevê o art. 22, *caput.*, não podendo confundir as duas figuras.

Assim, uma vez que a adesão é a contratação apartada das condições do edital, especialmente no que tange à entidade aderente, a sua ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório é flagrante, refletindo ainda nos princípios da legalidade e moralidade.

#### **8.2.5. Agravo aos Princípios da Moralidade e Impessoalidade**

No exercício das suas funções, os agentes administrativos devem sempre respeitar os limites impostos pela moralidade e a impessoalidade. Da mesma forma deve ser o tratamento dado aos procedimentos previstos à Administração, tal como a licitação e o SRP, assegurando mecanismos que visem impedir a prática de atos de improbidade. Entretanto, como já mencionado nas críticas feitas à este instituto, a adesão à ata de registro de preços é um instituto que, além das demais irregularidades, ainda prescinde de regulamentação adequada, deixando um espaço de discricionariedade muito grande ao agente estatal.

É certo que a má-fé não pode ser presumida. Contudo, como na maioria dos procedimentos previstos para a Poder Público, inclusive para a licitação, as

condutas dos agentes são definidas através de regras, com vistas a limitar a sua atuação, preservando a correção de suas atitudes. É cediço também que algumas dessas normas conferem discricionariedade aos agentes, mas, com vistas a manter assegurado o cumprimento dos princípios da moralidade e impessoalidade, este espaço é dado para a melhor adequação da regra ao caso concreto, com base na conveniência e oportunidade do agente.

Como demonstrado, a discricionariedade ofertada pela adesão é gigantesca, ou melhor, a sua falta de limitações acaba por dar um espaço demasiadamente grande ao agente estatal, no que tange ao seu juízo de conveniência e oportunidade. Isso, no mínimo, expõe os princípios da moralidade e da impessoalidade a riscos excessivos e despropositados, abrindo as portas da Administração a todo tipo de *lobby*, tráfico de influência e favorecimento pessoal (GUIMARÃES; NIEBUHR, 2013, pg. 125).

Esta preocupação também é de Marçal Justen Filho, que ao criticar a doutrina defensora da adesão, defende que:

A consagração do “carona” favorece a prática da corrupção. Em primeiro lugar, envolve a realização de licitações destinadas ao fornecimento de quantitativos enormes, o que se constitui em incentivo a práticas reprováveis. Isso não significa afirmar que existem desvios éticos apenas nas licitações de grande porte. O que se afirma é que a grande dimensão econômica de uma licitação eleva o risco de corrupção em vista do vulto dos valores envolvidos. Mais grave, consiste na criação de competências amplamente discricionárias. Ao assegurar ao ente administrativo a faculdade de escolher entre utilizar ou não utilizar um registro de preços, abre-se a oportunidade para a corrupção. Não significa que a existência do registro de preços seja um instrumento intrinsecamente propício a corrupção: a figura do “carona” é intrinsecamente propícia à corrupção. E é porque uma entidade pode ou não se valer de um registro de preços, segundo uma escolha livre e incondicionada (2010, p. 210-211).

Destarte, percebe-se que além de suas normas deixarem um excessivo espaço para o agente estatal agir da forma que lhe convier, a adesão ainda permite que este sujeito decida sobre a utilização ou não do SRP, podendo simplesmente aderir a uma ata já formalizada e afrontar a previsão do art. 15, II, da Lei de Licitações, pois a ele, por força do princípio da impessoalidade, não é dado esta oportunidade.

Este é um aspecto que não pode ser ignorado, especialmente nos dias de hoje, onde o país passa por diversos problemas sobre corrupção, nos seus mais diversos setores, sendo, de mais a mais, forçoso reconhecer que a consagração da carona

favorece a prática de corrupção, e acaba por favorecer o agravo aos princípios da moralidade e impessoalidade.

### 8.3. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Como disposto pelos arts. 70, 71 e 75 da Constituição Republicana, o controle externo da Administração Pública, em qualquer de suas esferas, compreendendo a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, bem como no que tange à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é feita pela Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas correspondente (ALVIM, 2009, p. 17).

Dentre as atribuições desse Tribunal, destaca-se o poder de verificar a legalidade dos contratos celebrados pela Administração, podendo declarar a sua nulidade, adotar medidas para impedir a sua execução e, ainda, aplicar sanções aos responsáveis.

Deste modo, reconhecer a importância que esta ínclita Corte possui no cenário nacional é necessário, podendo influenciar de diversos modos nas relações públicas. Neste tocante, a sua jurisprudência é vasta, e como não poderia ser diferente, a análise da adesão à ata de registro de preços também ocorreu no âmbito desta casa, razão pela qual destaca-se agora os principais julgados a respeito da matéria.

Antes do advento do Decreto 7.892/13, durante a vigência do antigo, o Tribunal de Contas da União – TCU, através do acórdão nº 2692 de 2012, proferido no âmbito do Processo nº 008.840/2007-3, decidiu que o órgão da administração deve adotar as seguintes providências:

**A reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001**, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, **visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor**, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese

mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão **(grifo nosso)**.

Enfrentando a antiga regulamentação, o TCU constatou que a adesão à ata de registro de preços, da forma que era prevista, afrontava diretamente os princípios da competição, isonomia e o da busca da maior vantagem, ressaltando, por fim, que aquelas regras permitiam a “indesejável situação de adesão ilimitadas a atas em vigor”. Julgados como este iam se proliferando, através de um esforço constante daquela corte em instituir regras mais objetivas à adesão, limitando da forma que era possível, em seus mais diversos aspectos.

Prova disso está no enunciado do acórdão nº 1202/2014, publicado no boletim de jurisprudência nº 37, do TCU, onde determina que o objeto contratado por meio da adesão, deve atender na sua integralidade as necessidades do ente aderente, bem como pugna pela demonstração da vantagem dos preços registrados. Neste sentido, o enunciado:

A adesão a ata de registro de preços (carona) está condicionada à comprovação da adequação do objeto registrado às reais necessidades do órgão ou da entidade aderente e à vantagem do preço registrado em relação aos preços praticados no mercado onde serão adquiridos os bens ou serviços.

A demonstração da vantagem mencionada neste julgado não quer dizer que qualquer procedimento pode supri-la, e isto está claro no voto do revisor, quando ele não reconhece a comprovação da vantajosidade realizada por meio de pesquisa prévia com apenas duas empresas, suscitando, ainda, a hipótese da realização da licitação como solução para o caso sob exame.

Após várias decisões neste sentido, vista a necessidade de aplicação de novos parâmetros à este instrumento, foi editado novo Decreto em 23 de janeiro de 2013, com vistas a superar as inconsistências enfrentadas pela antiga norma. Contudo, não logrou êxito nesta missão, pois ainda hoje o TCU tem que determinar critérios em seus julgados para que a utilização deste instituto cause a menor lesão possível aos princípios mencionados alhures.

Isto se torna evidente quando da análise do recente julgado proferido por essa Corte, quando demonstra toda a sua preocupação acerca da utilização deste instrumento. Essa decisão deu no âmbito do processo nº 003.377/2015-6, publicado no informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos de nº 244 do TCU, e possui o seguinte enunciado:

O órgão gerenciador do registro de preços deve justificar eventual previsão editalícia de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”) dos procedimentos iniciais. A adesão prevista no art. 22 do Decreto 7.892/13 é uma possibilidade anômala e excepcional, e não uma obrigatoriedade a constar necessariamente em todos os editais e contratos regidos pelo Sistema de Registro de Preços.

Percebe-se que aquela casa ainda busca instituir regras objetivas para a aplicação da adesão, haja vista que a necessidade de justificação por meio do edital da possibilidade do uso da carona, não está prevista pelo Decreto 7.892/13, pugnando, apenas, pela quantidade que pode ser aderida, no caso de permitido a adesão.

Ainda assim, o que chama mais atenção neste julgado é o voto do relator, Ministro Bruno Dantas, quando manifesta sua “crescente preocupação com o verdadeiro descalabro que pode representar o uso desvirtuado do SRP, em virtude, principalmente, da possibilidade de alimentação inconveniente e inoportuna do pernicioso ‘mercado de atas’”. Não obstante isto, ainda asseverou que:

Esta Corte deverá voltar se debruçar sobre o exame da constitucionalidade do dispositivo regulamentar que permite a utilização da ata de registro de preços por órgão não participante, também conhecida como “adesão tardia”, ou mais simplesmente, “carona”, atualmente o art. 22 do Decreto 7.892/2013.

Com efeito, a análise a respeito da constitucionalidade da adesão é urgente, reconhecida, inclusive, pela maior corte de contas do Estado, a qual vem constatando a progressiva afronta aos princípios constitucionais aplicáveis à matéria, bem como o fortalecimento de uma corrupção institucionalizada, com base na abertura que as normas referentes à carona dão ao agente estatal.

Assim, nota-se que não só a melhor doutrina entende que a utilização da ata de registro de preços por órgão não participante é inconstitucional, mas o próprio TCU, através de seus julgados, vem entendendo que esta matéria deve passar pelo exame de constitucionalidade. Isto se torna flagrante quando, conforme informações contidas no Acórdão nº 1233-19/12 da Corte de Contas da União, 64% (sessenta e quatro por cento) das contratações por SRP foram realizadas por meio de adesões, demonstrando, por conseguinte, que houve uma inversão da lógica do Registro de preços. Onde deveria ser uma possibilidade anômala e excepcional – parafraseando o Ministro Bruno Dantas –, tornou-se regra, ao passo que a regra – o SRP – tornou-se exceção.

## 9. CONCLUSÃO

Ponto não mais discutido na doutrina, a supremacia da Constituição, assim como o seu poder vinculante sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico, sujeita todas aquelas regras que a ela estão subordinadas aos seus ditames, principalmente quando analisadas à luz dos princípios constitucionais. Isto se torna claro quando é tratado das funções estatais, principalmente naquilo voltado à Administração Pública e suas competências, onde, por força do princípio da legalidade, não pode praticar qualquer ato sem alguma previsão legal que o dê subsídio para tanto.

Deveras, por mais que Lei Maior confira competências aos entes administrativos, isso não quer dizer que será exercida de maneira ilimitada, pois o próprio texto constitucional impõe algumas restrições. Assim, ao conjugar o quanto disposto alhures, com o mandamento inserto no art. 22, do Decreto nº 7.892/13, infere-se que os limites impostos à competências regulamentar foram ultrapassados, tornando-se flagrante a ofensa aos princípios constitucionais, ao passo que apresenta diversas inconsistências, oportunizando a ocorrência de situações totalmente esdrúxulas.

A competência regulamentar foi conferida ao Chefe do Poder Executivo para dar operacionalidade à lei, estando adstrito aos seus limites, sem poder para criar direitos e obrigações. Ora, o que se percebe da análise do Decreto é algo diametralmente oposto a isso, ou seja, ao prever a possibilidade de ocorrer a Adesão à Ata de Registro de Preços, o ora legislador está conferindo um direito que não foi previsto pela Lei nº 8.666/93 aos entes estatais, o que vai de encontro ao princípio da legalidade.

Ao passo que ele confere a possibilidade de ocorrer a carona, extrapolando a sua competência regulamentar, por outro lado, deixa de dar os parâmetros necessários à aplicação deste mecanismo, apresentando apenas alguns poucos requisitos para a sua utilização e alguns limites quantitativos. Isto se torna ainda mais claro, quando da análise da sua natureza jurídica, tratando-se de um instituto *sui generis*, muito próximo de uma contratação direta, justamente pela sua falta de limites, o que acarreta em uma gigantesca abertura nas possibilidades de contratação, estando livre, o agente estatal, para contratar com quem quiser, desde que o

fornecedor/prestador já esteja inserido em um Registro de Preços de outro órgão administrativo.

O principal limitador da utilização deste instrumento é o requisito que prevê a devida justificativa da vantagem na sua utilização. Todavia, a simples disposição sobre isso, sem que no próprio bojo do regulamento estejam previstos os parâmetros mínimos para a sua demonstração, acaba por o tornar uma falácia, que é utilizada como pretexto para a aplicação deste mecanismo. Efetivamente, a vantagem econômica na utilização deste instrumento sempre será maior, visto que o ente estatal não arca com os custos da realização de uma licitação, nem sequer perde tempo para empreender tal atividade. Mesmo que se entenda que esta vantagem esteja vinculada exclusivamente ao preço do objeto, a norma não determina quais parâmetros essa pesquisa deve ter, nem mesmo se esse é o procedimento adequado a ser seguido.

Avaliando todas essas implicações, tanto aquelas de conotação teórica, quanto as de implicação prática, é forçoso reconhecer que não há outro caminho para a Adesão, senão a sua inconstitucionalidade, não só em seu caráter formal, pela afronta ao princípio da legalidade, mas também no seu aspecto material, graças a todo espaço que é conferido ao agente administrativo na sua aplicação, tendo em vista a sua parca regulamentação.

Agravo ao princípio da isonomia, competitividade, da vinculação ao edital e economicidade, são só exemplos de algumas lesões causadas à preceitos constitucionais, provocados pela instituição deste mecanismo. O que leva a concluir que o controle de constitucionalidade deve ser exercido de imediato sobre esse instrumento, especialmente no que toca à sua espécie concentrada, não só expurgando um instituto que não é compatível com a Constituição, mas impedindo que as burlas aos princípios constitucionais não se deem mais, principalmente quando o seu uso vem crescendo exponencialmente, invertendo a lógica do registro de preços.

Vale ressaltar que, de nada adianta as manifestações populares ocorridas em prol de um melhor governo, se tais mecanismo de controle - como o controle de constitucionalidade – não forem eficientes e constantemente utilizados, rechaçando do ordenamento figuras grotescas como o efeito carona em Ata de Registro de

Preços, impossibilitando, por conseguinte, que ocorram desvios e apropriações indevidas.

Ademais, esta forma de contratação, muito parecida com uma hipótese de contratação direta – mas sem base legal para tanto –, além de permitir a prática de algo incompatível com a Carta Magna, ainda dá ensejo à prática de um “desvio regulamentado”, tendo em vista a liberdade que dá ao agente estatal. Considerando os valores que fazem parte destas transações, esta discricionariedade dá azo a situações como as vistas hodiernamente, e todo dia noticiadas nos meios de comunicação.

Tais atitudes ferem, ainda, os princípios da moralidade e impessoalidade, fazendo com que Administração Pública seja constantemente prejudicada e tolhendo de toda a sociedade oportunidades e benefícios que é dever do Poder Público disponibilizar, como saúde, educação, infraestrutura, entre outros.

Assim, benefícios como a celeridade e a desnecessidade de realização de licitação, não são nem de perto fundamentos suficientes para a utilização do Adesão, pois, quando da utilização ou simples previsão regulamentar desse instrumento, sem os parâmetros necessários, estará institucionalizando uma afronta aos princípios constitucionais balizadores do Poder Público e gerando prejuízos não só às entidades públicas, mas à toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense/MÉTODO, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentário ao artigo 82. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STREK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.
- ALVIM, Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (org.). **Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas**. 1º Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrando. **Curso de direito constitucional** 19ª ed. rev., atual. São Paulo. Editora Verbatim, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito)>. Acesso em 24 de mai. 2016.
- \_\_\_\_\_, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1233/2012. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 23/05/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323333383530&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 25 mai. 2016.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1202/2014. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 14/05/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323835353837&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO->

COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>. Acesso em: 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1297/2015. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 27/05/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31343334383139&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2692/2012. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 03/10/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31353939313635&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 7.892**, de 23 de janeiro de 2013. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm)>. Acesso em 24 de mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 137, 18 jul. 2002. Seção 1, p. 2.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União de 22 de junho .1993, republicado em 6 de julho de 1994 e retificado em 6 de julho 1994, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acessado em 24 de maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Direito do Estado: Questões atuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6ª ed. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

\_\_\_\_\_, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspetos jurídicos da licitação**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução de custos e controle**. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>> Acesso em 26 de maio de 2016.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao artigo 84, *caput*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STREK, Lenio L. (orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. atualizado por Fabrício Mota. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso De Direito Administrativo** – 10. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura Do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério. **Teoria Geral do Controle De Convencionalidade no Direito Brasileiro**. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em 13 de maio de 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo Novas Considerações: Avaliação e Controle das Transformações**. RErE: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador: 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-2-junho-2005-diogo%20figueiredo.pdf> . Data de acesso: Acesso em 24 de maio 2016.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da . **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. 2ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.