

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RAFAEL MAGALHÃES FRANCA

**PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA:
A IMPORTÂNCIA DA EFETIVA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NOS
PROCESSOS LICITATÓRIOS**

Recife
2013

RAFAEL MAGALHÃES FRANCA

**PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA:
A IMPORTÂNCIA DA EFETIVA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NOS
PROCESSOS LICITATÓRIOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas
Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique
Gonçalves de Siqueira

Recife
2013

Franca, R. M.

Princípios da licitação pública: a importância da efetiva aplicação dos princípios nos processos licitatórios. Rafael Magalhães Franca. O Autor, 2013.

46 folhas.

Orientador(a): Breno Gustavo Valadares Lins.

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Constituição Federal 3. Administração Pública 4. Princípios 5. Licitação.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013 - 197

Rafael Magalhães Franca

**PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA:
A IMPORTÂNCIA DA EFETIVA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NOS
PROCESSOS LICITATÓRIOS**

DEFESA PÚBLICA em RECIFE,

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor (a) Ms./ Dr.

1º Examinador: Professor (a) Ms./ Dr.

2º Examinador: Professor (a) Ms./ Dr.

“Mude suas opiniões, mantenha seus princípios.
Troque suas folhas, mantenha suas raízes”.

Victor Hugo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus.

Aos meus maravilhosos pais, Lucia Helena e Guilherme, pela dedicação extrema, de uma vida inteira, à família e por me apoiarem em todos os momentos que precisei, sem jamais pedir nada em troca por isso.

A minha amada noiva, muito em breve esposa, Amanda Moura, pela paciência e compreensão durante as horas em que me debrucei sobre este trabalho, além dos livros que me emprestou e da força que me deu quando estava cansado e desanimado, e especialmente pelo carinho e amor incondicional que demonstra todos os dias. Não existem palavras capazes de transmitir a gratidão e amor que sinto por ela.

A minha irmã, Juliana, pelo imenso apoio psicológico e acadêmico durante todo o curso de Direito. Suas sugestões, ensinamentos, conselhos e livros emprestados foram fundamentais ao meu desempenho na Faculdade Damas e neste trabalho de conclusão de curso.

Ao meu querido irmão, Leonardo, por todos os anos de convivência maravilhosa, onde nos divertimos e aprendemos muito juntos. O apoio, transmitido através de palavras, foi muito importante durante todo o curso e, principalmente, para a realização deste trabalho.

Aos meus cunhados, Melina e Carlos, por todas as palavras de força e incentivo.

Aos meus sogros, Edna e Mário, além do meu cunhado, Allan, pelo apoio e compreensão em todos os momentos que precisei.

À amiga Edjane Melo, por ter me cedido um material muito importante para a construção deste trabalho, mas, principalmente, pelas dicas e experiência que me passou.

Aos meus avós, Nazaré, Moacyr, Lenira e Rubem, por todos os ensinamentos e carinho que recebi durante minha vida.

Ao meu co-orientador, Professor Breno Gustavo Valadares Lins, Procurador Federal da UFPE, com quem tenho o prazer de trabalhar e conversar todos os dias, por acreditar e confiar em mim para a elaboração deste trabalho.

Ao querido Professor, Chefe e amigo, Aurélio Agostinho da Boaviagem, com quem tive a oportunidade de trabalhar e aprender bastante. Agradeço não apenas pelos ensinamentos na Procuradoria da UFPE e nas aulas de Direito Internacional Privado na Faculdade Damas, mas também pelas divertidas conversas.

À Professora Nair Leone, pelos importantes ensinamentos na área de Direito Empresarial e Metodologia de Pesquisa. Firme e competente em sala de aula. Paciente e bastante atenciosa fora de sala.

Ao Professor Leonardo Siqueira, pelo apoio e orientação em relação a este trabalho, pela presteza na resolução de problemas administrativos e acadêmicos da Faculdade Damas e pelo bom relacionamento que tem não só comigo, mas com todos os alunos do Curso.

A todos os demais Professores da Faculdade Damas, por todo o aprendizado que me proporcionaram ao longo dos cinco anos de curso.

Aos amigos de turma e da vida, Eginar, Leandro, Wagner, Gustavo, Síria, Marina e Ítala, pelos bons momentos e pelo apoio durante todo o Curso. Agradeço também aos demais colegas de sala, especialmente a Genildo, Karina, Daniela e Amanda, por esses cinco de convivência bastante agradável e pela grande contribuição que deram a turma.

Como bem afirmou Lao Tsé: “O agradecimento é a memória do coração”. Por isso, gostaria que todos soubessem que esses agradecimentos, ainda que insuficientes, foram uma maneira de demonstrar, de coração, minha gratidão por todos os momentos de apoio, alegria e aprendizado que cada um me proporcionou, coisa que jamais esquecerei.

RESUMO

Princípios podem ser considerados como valores que determinam pressupostos fundamentais a serem seguidos por um determinado Estado. No âmbito da Administração Pública, e especialmente nos processos licitatórios, não poderia ser diferente, pois os princípios, nesse caso, são diretrizes norteadoras de toda e qualquer atividade administrativa exercida pelo Poder Público. Entretanto, apesar da previsão na Constituição Federal e na legislação esparsa, é fato comum no cotidiano da sociedade brasileira a descoberta de graves irregularidades em processos licitatórios. Diante disso, cabe ao Tribunal de Contas da União, além de outros órgãos fiscalizadores, a tarefa de exigir a fiel aplicação de tais princípios na realização de todos os processos licitatórios, bem como aplicar sanções nos casos de violação. O presente estudo tem o objetivo de, através de uma pesquisa descritiva, com leis e manuais de Direito Administrativo e Constitucional, além da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, descrever e materializar, de maneira prática e organizada, os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública brasileira, especialmente os que são aplicáveis às licitações públicas. Inicialmente, serão apresentados os conceitos basilares deste trabalho, como o de princípios, regras, administração pública e licitações, para, em seguida, descrever os princípios orientadores das licitações públicas. Com isso, será possível entender a importância que esses princípios exercem na atuação do Poder Público, sobretudo no justo e regular processo licitatório.

Palavras-chave: Constituição Federal. Administração Pública. Princípios. Licitação.

ABSTRACT

Principles can be regarded as values that determine fundamental assumptions must be followed by a particular state. Within the scope of Public Administration, and particularly in bidding process, it could not be otherwise, since the principles in this case are guiding rules of any administrative activity done by the government. However, despite what is stated by the Federal Constitution and the sparse legislation, it is a common occurrence in Brazilian society everyday appearance of irregularities in bidding processes. Therefore, the Court of Audit, besides other inspection agencies, requires the strait application of such principles in all bidding processes, and also applies sanctions in cases of violation. This study aims, through a descriptive research with legislation and Administrative and Constitutional law manuals, in addition to the jurisprudence of the Court of Audit, to describe and provide, in a practical and organized way, the guiding constitutional principles of the Brazilian Public Administration, mainly those applicable to public bidding. First, the basic concepts of this piece of work, as the notion of principles, rules, public administration and bidding, will be presented in order to describe the guiding principles of public bidding. Thus, it will be possible to understand the relevance of these principles within government actions, above all in the fair and regular bidding process.

Keywords: Federal Constitution. Public Administration. Principles. Bidding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS E REGRAS	12
2.1 Principais diferenças.....	12
2.2 A Constituição Federal de 1988 e os princípios da Administração Pública.....	14
2.3 Licitação.....	16
2.4 Princípios orientadores da Licitação.....	17
3 CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS....	19
3.1 Princípio da Isonomia.....	19
3.2 Princípio da Legalidade.....	22
3.3 Princípio da Publicidade.....	26
3.4 Princípio da Impessoalidade.....	29
3.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	30
3.6 Princípio do Julgamento Objetivo.....	32
3.7 Princípio da Moralidade/Probidade Administrativa.....	33
4 CAPÍTULO 3 A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	35
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

Desde a independência até o ano de 1988, o Brasil teve diversas Constituições ineficazes, passou por quase dois séculos de uma persistente ilegitimidade do poder e uma incontável sucessão de violações da própria legalidade constitucional.

Essa ilegitimidade foi materializada pelo domínio de uma elite de visão estritamente patrimonialista, que nunca se preocupou com a elaboração de um projeto de País destinado de fato a toda sua sociedade.

Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003), ineficácia de tantas Constituições brasileiras foi consequência de jamais ter havido um reconhecimento real de força normativa às Cartas Magnas. Além disso, nunca houve uma vontade política capaz de dar-lhes efetiva aplicabilidade direta e imediata.

Entendem, ainda, os mencionados doutrinadores, que a Constituição Federal de 1988 foi o ponto de partida de um recomeço, da possibilidade de reescrever a história constitucional brasileira. Os poderes do povo foram fortalecidos por fenômenos políticos de grande importância, como, por exemplo, a organização da sociedade, a formação de uma opinião pública, a liberdade de imprensa, os fortes movimentos sociais e, mais recentemente, a alternância do poder.

A Carta Magna e seus princípios fundamentais deram novo sentido e maior alcance a todos os ramos do Direito. Entretanto, ao se falar na normatividade do texto constitucional e seus princípios, não se está renegando a grande importância das regras. Ao contrário, a recente e moderna interpretação constitucional envolve diversas escolhas pelo intérprete, além da integração entre normas, princípios e conceitos, pois deve haver uma contenção da discricionariedade judicial e administrativa, através da determinação de parâmetros a serem utilizados na ponderação de interesses e valores, bem como pelo dever de demonstrar a fundamentação de suas escolhas.

O enfraquecimento do positivismo é tradicionalmente associado à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Tais movimentos políticos e, principalmente, militares, alcançaram o poder através da própria legislação vigente naquela época. Dessa maneira, promoveram a barbárie em nome da lei, invocando a aplicação das normas para justificar atos inconcebíveis. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o pensamento mais

esclarecido da sociedade internacional não mais aceitava aquela ideia de um ordenamento jurídico afastado dos valores éticos e da dignidade da pessoa humana.

Com o pós-positivismo, surgiu a definição fortalecida das relações entre regras, princípios e valores, características da nova hermenêutica constitucional e da teoria dos direitos fundamentais. A valorização e introdução dos princípios nos textos constitucionais, de forma explícita ou implícita, além do reconhecimento normativo por parte do ordenamento jurídico, são elementos essenciais dessa aproximação entre o Direito, a Ética e a dignidade de todo ser humano.

A temática dos princípios e da importância dos direitos fundamentais deve ter repercussão, sobretudo na aplicação do Direito pelos juízes, promotores e advogados, na sociedade, bem como na atuação política e administrativa do Poder Público.

No âmbito do Direito Administrativo e, especialmente, nas Licitações Públicas, foco principal deste trabalho, os princípios são pressupostos inspiradores e orientadores de toda a atuação da Administração Pública.

Entretanto, apesar de haver expressa previsão constitucional e legal de tais princípios, é bastante corriqueiro que os processos licitatórios, realizados pela Administração Pública em todo o território nacional, sejam maculados pela inobservância e violação de tais princípios. Diante disso, os problemas aos quais se pretende resolver neste trabalho, ou ao menos mostrar um possível caminho para isso, são: Se a Administração Pública tem, de fato, a obrigação de atender aos princípios específicos quando da realização das licitações públicas, então como assegurar que tais princípios sejam efetivamente aplicados na prática? O Tribunal de Contas da União (TCU), em seus julgados, fiscaliza e aplica sanções em caso de violação a esses princípios? A fiel observação dos princípios licitatórios tem importância efetiva para a regularidade do processo e para a sociedade?

O descumprimento de um determinado princípio, muitas vezes, acarreta a inobservância de outros. E não são raros os casos, na Administração Pública brasileira, em que ocorrem transgressões aos princípios no curso dos processos licitatórios. A consequência disso será analisada no decorrer deste trabalho, conforme os ensinamentos de grandes doutrinadores, bem como da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, elencou, expressamente, os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, como norteadores da atuação administrativa de qualquer dos entes federativos. Mas, além desses, a Administração Pública é também guiada pelos princípios implícitos. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional já têm feito referência, com frequência, a essas diretrizes, o que

comprova sua completa aceitação e, por isso, são também conhecidos como princípios reconhecidos.

Através de manuais de direito administrativo e constitucional, bem como de legislação e jurisprudência relacionados ao tema, pretende-se materializar de forma organizada e prática um estudo sobre a importância dos princípios para o sistema jurídico como um todo e, principalmente, nesse caso, para a Administração Pública no âmbito das licitações, trazendo os conceitos de renomados doutrinadores, além de julgados do TCU que confirmem na prática a efetiva aplicação dos princípios.

Assim, o objetivo deste trabalho é oferecer aos leigos, profissionais da área e quaisquer interessados, um instrumento capaz de descrever quais os princípios mais importantes que norteiam as licitações públicas, além de mostrar que a violação desses princípios enseja sanções a quem der causa e, especialmente, mostrar, através de julgados do Tribunal de Contas da União, que tais princípios devem ser efetivamente aplicados, para que o processo licitatório atinja a finalidade para a qual foi criado, ou seja, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, dando iguais oportunidades a todos que com ela desejarem estabelecer relação patrimonial.

O presente estudo inicia-se com a introdução dos conceitos basilares tanto do processo licitatório como também de toda Administração Pública. A seguir, no Capítulo 1 serão estudados os princípios e as regras de uma forma geral, bem como as principais diferenças entre eles. Além disso, será visto como a Constituição Federal de 1988 trata o assunto, e quais os princípios que se aplicam ao processo licitatório.

No Capítulo 2, serão analisados, detalhadamente, um a um, os princípios que guiam a atuação dos órgãos públicos na execução dos procedimentos licitatórios, mediante a análise das bibliografias mais importantes relacionadas ao tema. Será, então, mostrado o entendimento de alguns dos maiores doutrinadores da área. No Capítulo 3, será feita uma análise de diversas decisões do Tribunal de Contas da União – TCU – nas quais há referência expressa a tais princípios, mostrando de que forma a Corte brasileira de Contas busca observar e fazer cumprir os princípios das licitações públicas.

Por fim, na Conclusão, será demonstrada a importância prática da rigorosa observação dos princípios administrativos aplicáveis às Licitações Públicas, pois, um dos fatores de maior relevância para uma atuação administrativa mais justa e em perfeita harmonia com a Constituição Federal é, justamente, o pleno respeito aos princípios norteadores da atividade estatal.

2 CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Principais Diferenças

As normas jurídicas podem ser classificadas em duas categorias fundamentais: os princípios e as regras. As regras são normas prescritivas e imperativas que exigem (impõem, permitem ou proíbem), devendo ser aplicadas por completo ou não, ou seja, não comportam exceções, que devem ser enunciadas em sua totalidade para que as regras sejam mais completas quanto forem possíveis. As regras são, portanto, descrições de condutas, que definem os meios para o alcance de um fim, sendo aplicadas à maneira do “tudo ou nada”, pois quando há um conflito entre regras, uma irá, necessariamente, afastar a outra. Já os princípios, ao contrário, nos casos de conflito, não se excluem do ordenamento jurídico. **Como os princípios são dotados de valor, o conflito entre eles será solucionado pela ponderação, ou seja, dependendo do caso concreto, o intérprete deverá analisar qual deles vai ser o princípio preponderante.** Os princípios são, portanto, ideias centrais de um sistema, capazes de dar um sentido racional e harmonioso e permitindo o entendimento do seu próprio modo de organização.

Durante sua trajetória evolutiva, os princípios deixaram de ter um caráter de fonte meramente secundária e subsidiária do Direito, alcançando o núcleo do sistema jurídico. Dessa forma, passaram a integrar todo o ordenamento, guiando a aplicação e interpretação de toda e qualquer norma jurídica. Essa atribuição de normatividade aos princípios trouxe para o Direito mais valores morais, justiça e decência política.

Luís Roberto Barroso define a ideia dos princípios da seguinte maneira:

No tocante ao conteúdo, o vocábulo “princípio” identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais – República, Estado democrático de direito, Federação - valores a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade – ou fins públicos a serem realizados – desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a interesses individuais como a interesses coletivos (BARROSO, 2009, p. 205).

Ou seja, os princípios são proposições fundamentais que contêm as diretrizes básicas de determinado sistema jurídico, permitindo avaliações flexíveis e não excludentes,

pois são pautas genéricas, que determinam programas e formas de atuação tanto para o legislador como para o intérprete.

Marçal Justen Filho faz interessante referência à importância que os princípios têm para sistema jurídico:

Deve lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. **Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas.** O princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes (JUSTEN FILHO, 2004, p. 48, grifo nosso).

Como se pode observar, os princípios permitem que conflitos não previstos em lei possam ser solucionados a partir de suas diretrizes valorativas.

Outra distinção importante entre os princípios e as regras está na estrutura normativa. Ainda de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009), os princípios, em geral, apontam para ideais a serem atingidos, sem que o seu relato em si descreva de forma clara e objetiva a conduta que deve ser seguida pelo Poder Público. As regras, ao revés, descrevem e determinam comportamentos, possuindo uma menor interferência do intérprete no entendimento e na aplicação de suas hipóteses. Por isso, pode-se dizer que as regras são normas descritivas, enquanto que os princípios são normas finalísticas.

Por fim, a principal diferença entre princípios e regras encontra-se nos seus respectivos modos de aplicação. Segundo Barroso (2009, p. 207), as regras devem ser aplicadas à maneira do “tudo ou nada”, pois se uma regra é considerada válida, então deverá ser feito o que ela exige, de forma exata, nem menos nem mais do que àquela previsão, ou seja, a regra deverá ser aplicada através da subsunção do fato à norma, o que, conseqüentemente, produzirá o efeito nela previsto.

Os princípios, por sua vez, apontam para um caminho, um fim ou mesmo um valor a ser seguido pelo legislador e pelo intérprete. A respeito do tema, Robert Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, tratou da seguinte forma:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas [...] (ALEXY, 1997, p. 86).

Assim, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que conta com uma Constituição Federal pluralista, abrigando diversos princípios que indicam direções diferentes a serem seguidas, em alguns casos, tem-se que esses princípios não possuem superioridade hierárquica entre si, pois um não pode prevalecer sobre outro de forma abstrata, apenas na análise do caso concreto um princípio poderia ser considerado mais importante do que outro, já que os princípios devem ser aplicados segundo a dimensão valorativa de peso que possuem em cada circunstância específica.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e os princípios da Administração Pública

A noção básica de Administração Pública pode ser compreendida em três sentidos: subjetivo, objetivo e formal. O aspecto subjetivo trata a Administração Pública como um conjunto de pessoas jurídicas e órgãos. Já o objetivo, engloba as atividades estatais que têm como finalidade a satisfação do interesse público. Por fim, segundo o aspecto formal, a Administração se manifesta através do Poder Público e por meio de atos jurídicos e administrativos munidos, nos casos de imposição de obrigações, de auto executoriedade.

Para Hely Lopes Meireles (2003, p.38) o Direito Administrativo pode ser definido pelo critério da Administração, sendo considerado como um conjunto harmonioso de princípios jurídicos que guiam os órgãos, agentes e atividades públicas, destinados à consecução dos interesses públicos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p.50) a Administração Pública abrange todas as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes dotados de atribuição para atender às necessidades coletivas de forma concreta.

Assim, pode-se dizer que a Administração Pública nada mais é do que um grupo de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos, guiados por princípios que regem sua atuação perante a sociedade, no sentido de satisfazer plenamente os interesses coletivos, dando um equilíbrio essencial entre os direitos dos administrados e as próprias prerrogativas da Administração Pública.

Tais princípios são encontrados de forma expressa na Constituição Federal de 1988, bem como implicitamente tanto na própria Carta Magna quanto na legislação infraconstitucional. Portanto, quer os princípios estejam expressos em uma formulação

legislativa, quer estejam apenas implícitos em um sistema jurídico, eles constituem, certamente, norma jurídica, devendo ser aplicados como regras de comportamentos, tanto no âmbito privado como no público.

A CF/88 trouxe em seu texto a importante inovação de, expressamente, determinar os princípios regentes da Administração Pública. Observe-se:

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 [...].

Importante esclarecer que o princípio da eficiência foi acrescentado ao referido artigo através da Emenda Constitucional nº 19/98.

Ora, como se depreende do texto constitucional, os princípios explícitos norteadores da Administração Pública são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Existem ainda, alguns princípios implícitos na própria Constituição e na legislação complementar. São eles: supremacia do interesse público sobre o privado; devido processo legal; ampla defesa; contraditório; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos; segurança jurídica; presunção de legitimidade ou veracidade; especialidade; autotutela; continuidade do serviço público etc.

Além disso, a legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, faz referência expressa a princípios que devem guiar a atuação do Poder Público, quais sejam: finalidade; motivação; razoabilidade; proporcionalidade; ampla defesa; contraditório; segurança jurídica; e interesse público.

Ademais, outras leis esparsas fazem menção expressa a princípios específicos de determinados processos inerentes à Administração Pública, como é o caso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata sobre os contratos administrativos e os processos de licitações públicas.

Em virtude do tema central deste trabalho ser a importância da efetiva aplicação dos princípios das licitações públicas por parte dos órgãos e agentes públicos, é, portanto, a esses princípios que será dada maior atenção e aprofundamento. Não se pode negar, entretanto, a grande importância de ter sido feita essa explanação básica no início do trabalho, pois, para uma melhor compreensão da temática aqui abordada, é essencial entender os conceitos fundamentais de princípios, regras, a Administração Pública e seus princípios norteadores, bem como o próprio conceito de licitação que será tratado no tópico a seguir.

2.3 Licitação

Ao contrário dos administrados, ou particulares, que possuem total liberdade para alienar, alugar ou adquirir bens, a Administração Pública, para fazer isso, tem a obrigatoriedade de seguir um procedimento anterior à execução dessas ações, de forma bastante rigorosa e pré-determinada pela Lei nº 8.666/93.

Di Pietro conceitua licitação da seguinte maneira:

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais convincente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2007, p. 325).

Celso Antônio Bandeira de Mello traz o seguinte conceito de licitação:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2006, p. 501).

Portanto, a Licitação é inerente à ideia de disputa isonômica, onde, ao final, será selecionada pela Administração a melhor e mais vantajosa proposta, com a finalidade de celebrar um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor da disputa, para a consecução de obras, serviços, locações, compras etc.

A obrigatoriedade de licitar é imposta à Administração Pública pela própria Constituição Federal, que em seu artigo 37, inciso XXI, diz o seguinte:

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ou seja, a licitação tem o objetivo primordial de assegurar a aplicação do princípio constitucional da isonomia, além de selecionar a proposta que ofereça a maior vantagem para a Administração Pública, de forma a garantir a todos os interessados

iguais oportunidades, facilitando a participação do maior número possível de concorrentes na disputa do certame.

2.4 Princípios orientadores da Licitação

Para que seja possível assegurar a justa e regular execução do processo licitatório, além da obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, é de extrema importância a observação e aplicação de certos princípios, pois, para atingir a finalidade para a qual foi criada a licitação pública, devem-se seguir diretrizes e valores básicos, capazes de guiar o fiel cumprimento da Lei nº 8.666/93, bem como da própria Constituição Federal, esta, que impôs a utilização do processo licitatório aos entes públicos quando da necessidade de constituir relação patrimonial com particulares.

Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho:

É certo que a Administração deverá obter a melhor proposta. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico [...] (JUSTEN FILHO, 2004, p. 49).

O artigo 3º da Lei 8.666/93 dispõe que:

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.

José dos Santos Carvalho Filho aborda o tema dos princípios no âmbito das Licitações Públicas da seguinte forma:

Como foi instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteadora por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento. Não raras vezes, a verificação da validade ou invalidade de atos do procedimento leva em consideração esses princípios, razão por que devem eles merecer comentário em apartado (CARVALHO FILHO, 2008, p. 224).

Assim, observa-se que os princípios norteadores da atuação da Administração Pública na realização dos processos licitatórios são: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; além dos correlatos como, por exemplo, adjudicação compulsória, proporcionalidade/razoabilidade, fiscalização, ampla defesa etc.

No Capítulo seguinte será feita a descrição e análise detalhada dos princípios mais citados pela doutrina dominante.

3 CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou da igualdade vai muito além de ser um princípio do Direito Administrativo, pois está consagrado na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, consagrando a igualdade de todos perante a lei, sem que haja distinção de qualquer natureza. Assim, por se tratar de um princípio de natureza constitucional, deve, portanto, ser um guia presente em todo o sistema jurídico e administrativo do país.

Entretanto, deve-se buscar um alcance que vai muito além da mera igualdade formal, mas, especialmente, a igualdade material, uma vez que, para atingir a finalidade pretendida pelo legislador constituinte quando da introdução do princípio da isonomia dentro do capítulo dos direitos e garantias fundamentais da CF/88, é preciso compreender o sentido real de tal princípio. Ou seja, dizer que todos são iguais perante a lei, não significa que todos devam ser tratados da mesma maneira, pois a igualdade material é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (MELLO, 2008, p. 10).

Ora, obviamente, todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, possuem particularidades, características peculiares e inerentes a cada um, que as tornam únicas e desiguais, o que não quer dizer que são inferiores, mas apenas diferentes umas das outras. Exemplos disso são os mais diversos, como é o caso de homens e mulheres, que possuem capacidades físicas distintas em geral, assim como, no âmbito das pessoas jurídicas, existem as pequenas empresas e as grandes multinacionais, que possuem capacidades econômicas bastante discrepantes.

Segundo Lenza (2011, p. 875), isso ocorre porque no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real e concreta, diferente da igualdade meramente formal.

Para atingir o equilíbrio entre todas as pessoas, muitas vezes é preciso que o Estado atue no sentido de tratar desigualmente os desiguais nas medidas de suas

desigualdades. Com isso, é possível igualar, ou ao menos aproximar o máximo possível essas diferenças, que antes seriam impeditivas de uma competição em condições isonômicas.

Na esfera do Direito Administrativo, especialmente nas Licitações Públicas, o princípio da igualdade é um dos pilares desse processo, permitindo que a Administração Pública possa escolher a proposta mais vantajosa, bem como garantir direitos e oportunidades iguais a todos os interessados em participar da disputa.

Para Marçal Justen Filho, “A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante (JUSTEN FILHO, 2004, p. 50)”. Ainda segundo o mencionado doutrinador, igualdade/isonomia é justamente tratar uniformemente as situações uniformes, mas na medida em que existam determinadas diferenças, deverá então ser dado um tratamento diferenciado, respeitando-se, com isso, o real sentido do princípio da isonomia (JUSTEN FILHO, 2004).

O princípio da igualdade/isonomia, nos procedimentos licitatórios, representa uma garantia fundamental, tanto de ordem material quanto formal, devendo a Administração Pública respeitá-lo em todas as fases do certame (ALCOFORADO, 1998).

A CF/88 faz menção expressa ao referido princípio no artigo 37, inciso XXI.

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Dessa forma, a escolha da melhor proposta para a Administração Pública não poderá ser, em hipótese alguma, aleatória, nem muito menos direcionada a determinado particular que esteja participando do certame. As raras exceções de tratamento diferenciado estão previstas na própria Lei 8.666/93, pois a regra geral é de que o poder público deve assegurar a isonomia da forma mais ampla quanto for possível entre todos os interessados em firmar contrato com os órgãos da Administração.

Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. (MELLO, 2006, p. 510).

Semelhante entendimento é dado por Carvalho Filho:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal (CARVALHO FILHO, 2008, p. 225).

Observa-se, portanto, que as licitações públicas devem não somente dar oportunidade a todos os interessados de participar do certame, mas também, e não menos importante, tratar de forma isonômica e impessoal todos os licitantes. Ora, respeitar o princípio da isonomia implica também o respeito ao princípio da impessoalidade.

Outro princípio, que decorre da igualdade, é o da competitividade, pois assegurar condições de participação a quaisquer interessados é, justamente, garantir uma maior competitividade do mercado, e, conseqüentemente, uma maior probabilidade de que a Administração Pública atinja o objetivo de contratar com os particulares que oferecerem as melhores propostas.

Assim, reza o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...].

Entretanto, como visto anteriormente, a igualdade deve ser aplicada em sentido material e não meramente formal. Por isso, a própria Lei de Licitações prevê algumas hipóteses de tratamento diferenciado no processo licitatório. Um exemplo encontra-se no mesmo artigo 3º da Lei 8.666/93, mas em seu parágrafo segundo.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos no país;

II – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e

III – produzidos ou prestados por empresas que invistam e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Outro critério de desempate foi introduzido pelo artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006, em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, que assim dispõe:

“Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”. Assim, de acordo com o § 1º, do mencionado artigo, serão considerados como empate os casos em que as propostas oferecidas pelas empresas de pequeno porte e microempresas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada. Se a modalidade de licitação for o Pregão, então o §2º do mesmo dispositivo diz que esse percentual é de 5% (cinco por cento).

O artigo 45 da Lei Complementar 123/2006, explica que, caso venha a ocorrer esse empate, então a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada terá a oportunidade de apresentar uma nova proposta de valor inferior à considerada vencedora da disputa. Em o fazendo, será feita a adjudicação, em seu favor, da licitação. Se vierem a empatar mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, então será feito um sorteio entre elas, a fim de definir aquela que poderá primeiro apresentar uma melhor oferta.

Além desses, há ainda diversos outros exemplos de aplicação do conceito de igualdade real ou material, tanto na Lei de Licitações, como na Lei Complementar 123/2006 e demais leis esparsas sobre o tema.

Importante salientar que essas situações, de aparente favorecimento de determinados grupos de administrados, em nada ferem o princípio constitucional e administrativo da isonomia. Esse tratamento diferenciado é o resultado das próprias situações de desigualdade econômica e social do Brasil. Trata-se, portanto, do equilíbrio realizado pelo Poder Público, a fim de concretizar a aplicação do princípio da igualdade ou isonomia, possibilitando as mesmas condições de participação a todos os interessados em participar das licitações públicas.

3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos mais importantes alicerces do Estado Democrático de Direito, sendo também uma garantia de respeito aos direitos individuais, bem como de limitação da atuação estatal. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade é o fruto da submissão que o Estado tem com a Lei, pois é a confirmação da ideia de que a Administração só pode atuar em plena conformidade com a lei (MELLO, 2006).

O mencionado doutrinador esclarece ainda que:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania [...] (MELLO, 2006, p. 97).

José dos Santos Carvalho Filho considera o princípio da legalidade como um alicerce da Administração Pública, pois seus agentes devem atuar sempre dentro dos limites e imposições legais.

O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos (CARVALHO FILHO, 2008, p. 224).

No âmbito das licitações públicas não é diferente, pois a Administração Pública não apenas deve cumprir fielmente a lei interna do certame – o edital – como também as leis externas, guardiãs e norteadoras da conduta dos agentes públicos e de toda atividade administrativa do Estado (ALCOFORADO, 1998).

Por isso, a Administração Pública deve ser impedida de praticar atos administrativos sem que haja determinação ou autorização legal expressa. Dessa forma, a administração só poderá praticar os atos que a lei expressamente autorizar. Em não havendo previsão legal, estará o agente público, então, proibido de praticá-los. E se, ainda assim, praticar os atos não previstos na legislação, estes serão nulos, pois eivados de vício de ilegalidade.

Para Helly Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’ (MEIRELLES, 2003, p. 86).

O princípio da legalidade para os particulares encontra-se na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Já para a Administração Pública, o princípio da legalidade está expressamente assentado no artigo 37, caput:

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 [...].

Observa-se, com isso, que o princípio da legalidade tem quer ser lido de duas formas distintas, para o particular e para a Administração Pública. Em respeito à autonomia da vontade, o particular tem a liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe. Para a Administração Pública o entendimento é diferenciado, pois esta só poderá fazer o que a lei lhe permitir. Vale destacar que essa legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não é absoluta, visto que a doutrina pátria aponta as restrições trazidas pela própria CF/88, nos casos de estado de defesa e estado de sítio.

Luís Roberto Barroso traz em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo um interessante entendimento acerca do assunto. Para ele, o administrador público deve estar vinculado não somente à lei ordinária, mas também, à própria Constituição Federal.

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem (BARROSO, 2009, 376).

Portanto, o princípio da legalidade é um dos mais importantes pilares de todo o sistema jurídico brasileiro, sendo aplicado de forma diversa para o particular e para a Administração Pública. O particular tem autonomia de fazer tudo que não for proibido por lei. Enquanto isso, a Administração Pública está vinculada à legalidade estrita, só podendo praticar seus atos em plena conformidade com a lei e apenas quando autorizado por esta.

No âmbito das Licitações Públicas, o princípio da legalidade pode ser considerado como um alicerce essencial à justa e regular intenção do Estado em firmar compromisso de ordem patrimonial com o particular, em virtude de que o processo licitatório tem todas as suas fases e procedimentos estabelecidos pela lei.

Segundo Luis Carlos Alcoforado (1998), a Administração Pública não pode fazer inovações, nem criar novos preceitos, salvo se devidamente previstos em lei. Caso contrário

se estaria maculando o princípio da legalidade e, conseqüentemente, incorrendo a Administração Pública em abuso de poder.

Pelo princípio da legalidade, entende-se que nas licitações públicas não é admissível, por exemplo, a utilização de qualquer modalidade que não esteja no rol previsto pela lei 8.666/93. Além disso, a referida lei determina critérios de julgamento das propostas que serão feitas pelos interessados. Diante disso, em plena observância ao princípio da legalidade, não é permitido fazer qualquer tipo de inovação em relação a esses critérios.

Assim, além da previsão constitucional do princípio da legalidade, nos artigos 5º e 37 da Constituição Federal de 1988, há ainda expressa menção ao mencionado postulado na lei que trata das Licitações Públicas, em seu artigo 4º, que reza o seguinte:

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

Portanto, o citado artigo estabelece que, não apenas todos os participantes do processo licitatório, bem como todo e qualquer interessado que tenha sido indevidamente impedido de participar, têm o direito à observância fiel da lei de licitações e ao devido cumprimento das normas e condições determinadas pelo edital de convocação.

Além disso, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito mais do que um direito público subjetivo, o respeito à legalidade foi alçado ao patamar de interesse difuso, podendo então ser protegido pela iniciativa do próprio cidadão (DI PIETRO, 2007). Isso porque a própria lei de licitação estabeleceu diversas formas de participação da sociedade no controle da legalidade nos processos licitatórios.

Para Joel de Menezes Niebuhr, o princípio da legalidade para as licitações é entendido da seguinte maneira:

O texto da lei ganha relevância nas licitações públicas. Afinal, a licitação pública se constitui num procedimento administrativo que pressupõe uma série encadeada de atos sequentes, visando alcançar determinado resultado. Este procedimento está previsto na lei, que contém os passos da licitação, e que deve ser tomado com o devido rigor, pois é neste plano que se desenvolve o certame (NIEBUHR, 2000, p. 95-96).

Ora, por estar previsto na Lei nº 8.666/93 e ter todas as suas fases, procedimentos, critérios de julgamento e penalidades estabelecidos pela legislação, as licitações públicas devem atender rigorosamente àquilo que foi para elas determinado, pois ao ferir o princípio

basilar da legalidade se estaria ferindo também o próprio princípio da isonomia, pois se tal processo está vinculado à lei, então o seu fiel cumprimento passa a ser essencial à observância dos demais princípios constitucionais e administrativos, bem como ao respeito à Carta Magna.

Observe-se que, por exemplo, se todos devem ser tratados da mesma forma, consoante o princípio da isonomia/igualdade, ficando sujeitos às mesmas regras e condições para contratar com os órgãos e entidades públicas, então o procedimento não pode, de maneira alguma, ser injustificadamente suavizado para uns em detrimento de outros, nem, muito menos, ser endurecido para determinado particular que deveria competir em igualdade de condições aos demais participantes do certame.

3.3 Princípio da Publicidade

Na esfera do Direito Administrativo, o princípio da publicidade pode ser entendido como o dever que a Administração Pública tem de divulgar oficialmente todos os seus atos, exceto nos casos em que se justifique o sigilo, conforme prescreve a CF/88.

O inciso XXXIII, do artigo 5º, da Carta Magna diz que:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Assim, tal princípio é considerado, em um contexto mais geral, como uma garantia de livre acesso às informações por parte dos cidadãos, em assuntos de seu interesse, bem como de máxima transparência da atuação administrativa do Estado. A visibilidade dos atos administrativos torna viável para a sociedade o controle das atividades estatais, trazendo, com isso, a necessidade de a Administração Pública motivar todo e qualquer ato que venha a praticar.

Portanto, o princípio da publicidade, na esfera administrativa, determina o dever que o Poder Público tem de dar plena e total transparência aos atos praticados por seus agentes, na qualidade de representantes da Administração Pública. O mencionado inciso XXXIII traz a condição em que o sigilo de informações é permitido, que é quando o acesso aos dados possa vir a trazer insegurança à sociedade e ao Estado.

A corrente majoritária da doutrina brasileira entende que a publicação é uma condição de eficácia do próprio ato administrativo. Assim, por exemplo, se o Presidente da República assina um decreto, mas deixa de enviá-lo para ser devidamente publicado no Diário Oficial da União, então, embora esse ato já exista, não produzirá seus respectivos efeitos.

Para as Licitações Públicas, o princípio da publicidade está relacionado não apenas à divulgação dos editais de convocação para o conhecimento de todos e quaisquer interessados, mas também a todos os atos administrativos praticados pelos órgãos e entidades estatais no curso de todo o procedimento licitatório.

De acordo com os ensinamentos de Alcoforado (1998), a publicidade é uma marca indispensável dos procedimentos licitatórios. Com base nesse princípio, tanto os licitantes como o público em geral poderá ter acesso ao processo de licitação.

Carvalho Filho afirma, em seu Manual de Direito Administrativo, que:

Este 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 poderá ser a proposta vencedora (CARVALHO FILHO, 2008, p. 225).

A Lei 8.666/93 estabelece, em seu artigo 3º, §3º, que:

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

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece:

O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão (MELLO, 2006, p. 510).

O artigo 4º da mesma lei, além de respeitar o princípio da legalidade, como analisado anteriormente, também faz menção ao princípio da publicidade. Veja-se:

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

Observe-se que, atendendo aos ditames constitucionais, a Lei de Licitações Públicas assegurou a observância do princípio da publicidade, visto que todas as fases do procedimento não só podem como devem ser transparentes aos interessados, garantindo a todos os disputantes e cidadãos a alternativa de fiscalizar a própria legalidade da licitação.

Nessa esteira, observe-se o interessante entendimento de Marçal Justen Filho:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos (JUSTEN FILHO, 2004, p. 59).

Além dos exemplos já citados, a Lei 8.666/93 faz referência ao princípio da publicidade em diversos artigos, mesmo que de maneira implícita, como é o caso do artigo 40, inciso VIII, que diz o seguinte:

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

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto.

Apesar de o citado artigo não fazer expressa menção à palavra “publicidade” em seu texto, vê-se que o intuito é, claramente, o de dar ampla divulgação e transparência ao edital de convocação da licitação. Não apenas esse dispositivo legal, como tantos outros da Lei 8.666/93, dão a possibilidade da máxima participação dos interessados e da sociedade, tanto no decorrer do certame quanto no controle da legalidade do procedimento, garantindo-se, assim, a credibilidade dos atos administrativos inerentes às Licitações Públicas.

3.4 Princípio da Impessoalidade

Esse princípio significa a obrigatoriedade que o servidor público tem de eliminar de sua conduta qualquer satisfação subjetiva de interesses particulares, devendo sempre perseguir o interesse público, dentro das determinações legais. Assim, o intuito do princípio em tela é garantir que o ato administrativo não se vincule, em hipótese alguma, aos interesses pessoais do agente público, impedindo, com isso, qualquer tipo de benefício, proteção ou restrição aos participantes do certame.

Sobre o princípio em tela, veja-se o ensinamento de Justen Filho:

A impessoalidade é emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independa da identidade do julgador (JUSTEN FILHO, 2004, p. 58).

A correta atuação estatal, na execução de suas atividades administrativas, em relação à finalidade objetiva do interesse público, deve ocorrer totalmente desprovida de inclinações ou interesses subjetivos (MOREIRA NETO, 2009).

Nessa mesma esteira, ensina Luis Carlos Alcoforado que, na esfera dos procedimentos licitatórios:

Havendo favoritismos ou perseguições, quaisquer que sejam as razões, perde a licitação o rumo da legalidade, com o soterramento do princípio da impessoalidade, sem o qual há desvio de finalidade, passando a disputa a representar um farsante processo dirigido ilícita e imoralmente (ALCOFORADO, 1998, p. 44).

Celso Antônio Bandeira de Mello mostra a relação que o princípio da impessoalidade tem com o da igualdade:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o *princípio da igualdade de todos perante a Administração* (MELLO, 2006, p. 509).

Di Pietro acrescenta a essa relação o princípio do julgamento objetivo. Veja-se o que a doutrinadora afirma:

O princípio da impessoalidade, já analisado no item 3.3.3, aparece na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas ou no instrumento convocatório (DI PIETRO, 2007, p. 333).

Como se pode observar, o princípio da impessoalidade obriga o administrador a tratar todos os licitantes de forma isonômica e nos termos da lei e do instrumento convocatório, pois, além de perseguir a escolha da melhor proposta para a Administração, a licitação pública serve também como um instrumento de concretização da impessoalidade, no sentido de impedir a contratação de licitantes a partir de critérios subjetivos e interesses pessoais. A finalidade não apenas da Licitação, mas também de toda atuação estatal, deve ser sempre o interesse público.

3.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Em decorrência desse princípio, o edital de convocação para uma Licitação Pública é a “lei” que norteia todo o processo, ou seja, tudo aquilo que está previsto no instrumento convocatório deve ser seguido de forma obrigatória tanto pela Administração quanto pelo licitante. Entretanto, o edital de um processo licitatório não é superior à Lei de licitações e Contratos Públicos, devendo, portanto, estar em plena consonância com esta, conforme o princípio da legalidade.

Todas as regras trazidas pelo edital devem ser rigorosamente respeitadas pelo administrador e pelos administrados que desejarem contratar com os órgãos públicos, como explica José dos Santos Carvalho Filho:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial (CARVALHO FILHO, 2008, p. 226).

Além de estar previsto no artigo. 3º da lei 8.666/96, o artigo 41 do mesmo diploma legal esclarece o sentido do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, *in verbis*: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Além de a Administração Pública ter a obrigatoriedade de respeitar tal princípio, cabe também aos licitantes observar as regras do edital. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica:

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou (DI PIETRO, 2007, p. 335).

Assim, quaisquer descumprimentos que venham a ocorrer ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, mesmo que eventualmente, ensejam fortes agressões a outros princípios como, por exemplo, o da isonomia e o da legalidade.

Apesar da grande importância da vinculação ao edital de licitação, tal princípio não pode ser tratado de forma absoluta, devendo, pois, a Administração Pública evitar o excesso de formalidades desnecessárias. Para José dos Santos Carvalho Filho, caso o instrumento convocatório contiver falhas, poderá ser corrigido, desde que, no caso concreto, seja oportuno sanar o vício e que os licitantes sejam devidamente comunicados sobre a alteração, possibilitando que se ajustem a tais modificações (CARVALHO FILHO, 2008).

Dessa forma também entende Hely Lopes Meirelles:

Por outro lado, revelando-se falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo através do aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração de propostas (MEIRELLES, 2003, p. 266).

Ora, vê-se, portanto, que o instrumento convocatório deve ser obrigatoriamente respeitado pela Administração Pública, bem como pelos licitantes, embora haja a possibilidade de fazer eventuais alterações no edital, visando corrigir falhas que comprometam a justa e regular execução do procedimento. Alterações no instrumento convocatório não são vedadas. O que não se permite é o descumprimento das normas contidas no edital, deixando de se observar fielmente o que nele se exige.

3.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Este princípio é uma importante proteção para a regularidade do procedimento licitatório no que diz respeito ao julgamento das propostas, pois, com base em tal princípio, a Administração Pública deve observar, no momento de julgar as propostas de cada licitante, critérios estritamente objetivos vinculados ao instrumento convocatório. Ou seja, quando a Administração lança um edital de convocação para uma licitação, ela deverá, na fase de julgamento das propostas, pautar sua decisão dentro dos critérios objetivos estabelecidos naquele edital.

Carvalho Filho conceitua este princípio da seguinte maneira:

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição [...] (CARVALHO FILHO, 2008, p. 226).

Observa-se, pois, que o mencionado princípio tem o intuito de afastar qualquer possibilidade de julgamentos subjetivos e que envolvam interesses pessoais, garantindo-se, dessa forma, muito mais segurança aos licitantes.

O princípio em tela está expressamente consagrado no artigo 45 da Lei 8.666/93.

In verbis:

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.

Assim, é defeso à Administração Pública adotar critérios subjetivos, pessoais, ou que não estejam devidamente previstos no instrumento convocatório, ainda que sejam mais vantajosos para a entidade pública.

A esse respeito, veja-se o ensinamento de Marçal Justen Filho:

Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz do interesse público. O interesse público não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não

se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasadas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório (JUSTEN FILHO, 2001, p. 448).

Assim, observa-se que para respeitar o princípio do julgamento objetivo, a Administração, no exercício das atividades administrativas do procedimento licitatório, deve ser imparcial e atender a finalidade e ao interesse público. Dessa forma, afasta-se, ao menos em tese, a possibilidade de atuações imparciais e subjetivas por parte da Administração Pública e, conseqüentemente, garante-se mais segurança para os licitantes.

3.7 Princípio da Moralidade/Probidade Administrativa

Apesar de a Lei de Licitações e Contratos trazer em seu artigo 3º os princípios da moralidade e da probidade administrativa como sendo distintos um do outro, a doutrina majoritária entende que os dois têm o mesmo sentido, qual seja agir conforme a ética, a honra e a honestidade.

Observe-se a seguir os ensinamentos de Di Pietro, Bandeira de Mello e Carvalho Filho:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, §4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração (DI PIETRO, 2007, p. 333, grifos do autor).

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte. **Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa.** Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes (MELLO, 2006, p. 510-511, grifo nosso).

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que

sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível (CARVALHO FILHO, 2008, p. 226).

Ora, conclui-se, portanto, que tanto a moralidade quanto a probidade administrativa convergem para o mesmo objetivo. Com base nesses princípios a Administração Pública deve atuar na prática de seus atos sempre com honestidade e honradez, pois só assim a sociedade pode confiar nos seus agentes e dirigentes públicos.

Para Marçal Justen Filho:

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para a validade dos atos (JUSTEN FILHO, 2000, p. 71).

Dessa forma, nos procedimentos licitatórios, uma conduta reprovável do ponto de vista da moral gera a nulidade do ato praticado ou, até mesmo, do procedimento. Ao desprezar o princípio da moralidade, o ato administrativo torna-se aparentemente ilegal. Por isso, não basta que a atuação da Administração Pública esteja de acordo com a lei, devendo respeitar também a moralidade e a probidade administrativa.

4 CAPÍTULO 3 A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Como visto ao longo deste trabalho, os princípios aplicáveis às licitações públicas são de suma importância para a regularidade do procedimento e para que a Administração Pública atinja seus objetivos precípuos em suas contratações com os particulares. Diante disso, para que haja uma correta aplicação das verbas públicas, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão responsável pela fiscalização dos gastos públicos em âmbito federal, realiza auditorias, bem como controla e fiscaliza o uso dessas verbas.

A seguir, será feita uma análise de algumas jurisprudências do TCU, envolvendo a aplicação ou violação dos princípios administrativos norteadores dos processos de licitação pública, por parte da Administração e seus agentes.

O Acórdão 2345/2006 – Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, que julgou o Processo do Tribunal de Contas da União, TC 010.005/2006-0, fez expressa menção à correta aplicação do **princípio da isonomia**. Trata-se de requerimento de anulação de licitação realizada pelo Banco Central do Brasil (Bacen), na modalidade Pregão Eletrônico, para aquisição de quatro tipos de *toner*. A denunciante da irregularidade, a empresa Laser Toner do Brasil Ltda., alega que a exigência do edital de que os componentes oferecidos pelas licitantes ao Bacen deveriam ser 100% novos e que tal exigência constitui uma restrição indevida à competição isonômica na licitação. A empresa defendeu que essa cláusula não poderia ser atendida por quase nenhum licitante, visto que praticamente não haveria cartucho 100% novo no mercado.

Diante dessa situação, veja-se o referido Acórdão 2345/2006 proferido pelo TCU:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. **TRATAMENTO ISONÔMICO**. VEDAÇÃO DE PRODUTOS REMANUFATURADOS, RECONDICIONADOS OU RECARREGADOS. IMPROCEDÊNCIA.

1. A sujeição dos produtos ofertados por diferentes fabricantes aos mesmos critérios objetivos estabelecidos em edital não fere o princípio da isonomia.

2. É legítimo exigir em edital o fornecimento de cartuchos de impressora, originais ou similares, de primeiro uso e a não-admissão de cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso configure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame. (BRASIL, Acórdão 2345/2006 – Primeira Câmara, Min. Rel. Vinícios Vilaça, 2006, grifo nosso).

Em seu voto, o Ministro Relator entendeu que a exigência do edital tratava de uma condição uniforme, imposta a todos os licitantes e, por isso, não se configurou nenhuma preferência do Bacen por determinada marca, nem muito menos uma forma de restringir a competição na licitação. As desclassificações dos licitantes, decorrentes dessa exigência, ocorreram em decorrência do não atendimento das especificações técnicas clara e objetivamente pré-estabelecidas no instrumento convocatório. Diante disso, não haveria que se falar em irregularidade no procedimento, visto que fora observado perfeitamente o princípio da isonomia/igualdade entre todos os interessados.

Ao julgar o Processo 012.194/2002-1, o TCU proferiu o Acórdão 1972/2012 – Plenário, cujo Relator foi o Ministro Aroldo Cedraz. Em seu voto, o ilustre Ministro fez diversas referências ao **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**. Observe-se a ementa do mencionado Acórdão:

ARRENDAMENTO DE INSTALAÇÃO PORTUÁRIA. **CONSTATAÇÃO DE VÍCIOS NA LICITAÇÃO**, ASSIM COMO NO CONTRATO E ADITIVOS DELA DECORRENTES. NÃO REALIZAÇÃO DE CONSULTA, PREVIAMENTE À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, À AUTORIDADE ADUANEIRA E AO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. FALTA DE PROVIDÊNCIAS NO SENTIDO DE APROVAÇÃO DO RELATÓRIO DE IMPACTO SOBRE O MEIO AMBIENTE. **ALTERAÇÃO DA ÁREA ORIGINALMENTE LICITADA E CONTRATADA** EM DECORRÊNCIA DA NÃO OBTENÇÃO DAS DEVIDAS LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES JUNTO AO PODER PÚBLICO LOCAL. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS E OITIVA DAS ENTIDADES INTERESSADAS. REJEIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS. **APLICAÇÃO DE MULTA A ALGUNS RESPONSÁVEIS**. RECONHECIMENTO DE PARTICULARIDADES QUE TORNAM DESARRAZOADA A ANULAÇÃO DA AVENÇA. CONFIRMAÇÃO DOS EFEITOS DA MEDIDA CAUTELAR ADOTADA NOS AUTOS EM RELAÇÃO À ÁREA AINDA NÃO DISPONIBILIZADA À ARRENDATÁRIA. DETERMINAÇÕES. (BRASIL, Acórdão 1972/2012 – Plenário, Min. Rel. Aroldo Cedraz, 2012, grifos nossos).

Trata-se, tal processo, de representação formulada por um Vereador, à época, do Município de Santos, sobre a possibilidade de irregularidades na licitação e contratação entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e a empresa Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A. (Tecondi), sociedade criada com propósito específico.

Ocorre que houve uma alteração irregular na área previamente estabelecida no edital da licitação, de 170.000 m² (cento e setenta mil metros quadrados) para apenas 26.942m² (vinte e seis mil e novecentos e quarenta e dois metros quadrados). Posteriormente, através de aditivos contratuais, a autoridade portuária redefiniu a área destinada à Tecondi para cerca de 136.000 m² (cento e trinta e seis mil metros quadrados), em outra localidade, diversa daquela que fora inicialmente licitada.

No relatório, o Ministro Relator afirmou que:

A conduta dos administradores há de ser repelida por esta Corte de Contas, tendo em vista que o negócio jurídico celebrado com a Tecondi e a Entidade não encontra amparo legal e mesmo jurisprudencial deste Tribunal, com máculas profundas e irreversíveis a princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, com destaque para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (BRASIL, Acórdão 1972/2012 – Plenário, Min. Rel. Aroldo Cedraz, 2012).

Pode-se observar que, atendendo ao entendimento do próprio Tribunal de Contas da União, o Ministro Relator afirmou que a conduta dos agentes do órgão público violou gravemente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em virtude da alteração feita na área correspondente ao objeto da licitação. Em seu voto, o Ministro alegou que tal princípio impõe limites a alterações do ato convocatório.

Apesar do fato de que a anulação do contrato seria a medida mais óbvia, o TCU decidiu por não fazê-la, por ser imperioso sopesar os prejuízos causados à Administração, além dos transtornos à sociedade que é usuária do serviço. Assim, o Relator julgou ser desarrazoado anular o contrato, em virtude do grande lapso de tempo transcorrido desde a mudança das áreas em questão, além de o investimento ter sido de grande vulto e o terminal encontrar-se em plena atividade.

O TCU acabou decidindo por não anular o contrato, mas determinou que o órgão não prorrogasse a vigência contratual, além da aplicação da pena de multa aos agentes causadores da violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A respeito do **princípio da legalidade**, é interessante analisar o entendimento do TCU no Acórdão 2189/2006 – Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, que julgou o Pedido de Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público no processo 010.289/1995-0:

RECURSO DE REVISÃO. PROCESSUAL. REABERTURA DE CONTAS. IRREGULARIDADES APURADAS EM AUDITORIA. SUPERVENIÊNCIA DE FATO NOVO. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA. CONTRATO. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DOS ACRÉSCIMOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROVIMENTO. CONTAS IRREGULARES. MULTA.

1. Dá-se provimento a recurso de revisão interposto pelo MP/TCU quando verificadas, em processo conexo, irregularidades não consideradas no acórdão impugnado.
2. A apuração, em processo de fiscalização, de irregularidades não detectadas na prestação de contas da entidade constitui fato novo, que enseja a revisão do julgamento anterior.

3. É possível aplicar sanção aos gestores e aos assessores jurídicos pelos pareceres que não estejam fundamentados em razoável interpretação das normas e com grave ofensa à ordem jurídica.

4. Os limites dos acréscimos, supressões e reajustes de contratos terão aplicação retroativa às licitações e contratos assinados anteriormente a vigência da lei de licitações.

5. É vedada a extrapolação do limite legal permitido para acréscimo de valor contratual.

6. Não pode o gestor arrogar-se no direito de decidir quando deve realizar a licitação, pois as hipóteses de contratação direta estão previstas na Lei 8.666/93. (BRASIL, Acórdão 2189/2006 – Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, 2006, grifos nossos).

O referido processo tratou de irregularidades de gestão administrativa em licitação realizada pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf).

Ocorre que, o órgão fez alterações contratuais muito acima do permitido pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), realizando um aumento da ordem de 102% (cento e dois por cento) em relação ao valor original do contrato. Tal alteração configurou, na realidade, um novo contrato, sem que, entretanto, tenha passado por um novo procedimento licitatório.

Em seu voto, o Ministro Relator afirmou ser inaceitável que um gestor público decida, segundo sua vontade, quando deve realizar uma licitação, pois o órgão não poderia, nesse caso, dispensar a licitação, sem, contudo, observar a previsão da Lei de Licitações. Tal norma, baseada na própria CF/88, estabelece que a regra geral é a realização de procedimento licitatório e a exceção é a contratação direta, por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Conforme o princípio da legalidade, as hipóteses de contratação sem licitação estão previstas de forma expressa na Lei 8.666/93, devendo, pois, o agente público respeitar tal previsão. Diante disso, afirmou o Relator: “[...] Qualquer caso de contratação direta, sem fundamentação na mencionada norma, afigura-se como ato de ilegalidade, punível por esta Corte” (BRASIL, Acórdão 2189/2006 – Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, 2006).

Ao final, o TCU aplicou pena de multa aos responsáveis pelas irregularidades que violaram, de forma indesculpável, o princípio da legalidade.

Como visto no tópico que tratou do princípio da legalidade, a Administração Pública só pode atuar quando houver autorização legal expressa. Em respeito ao mencionado princípio, que não é apenas administrativo, mas de origem constitucional, o Tribunal de Contas da União tem o entendimento de que é inadmissível a atuação dos agentes do Estado

sem que haja a plena e efetiva observância da legalidade, punindo a exacerbação da vontade pessoal do administrador e protegendo a sociedade contra abusos cometidos pelo Estado.

Outro princípio específico das licitações que é diversas vezes citado pelo TCU em suas decisões é o da **Publicidade**. A ampla publicação não apenas do instrumento convocatório, mas também de todos os atos que permeiam o processo licitatório é condição de eficácia deste, permitindo o controle da própria legalidade por parte dos interessados e da sociedade.

A esse respeito, observe-se o Acórdão 166/2001 – Plenário, cujo Relator foi o Ministro do TCU, Doutor Ubiratan Aguiar:

Representação formulada por vereadores. **Possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Itabuna BA. Convênio. FNDE. Ausência de ampla publicidade na divulgação do edital de licitação. Inexistência de registro de outras empresas participantes do certame.** Aquisições de materiais após a vigência do convênio. Direcionamento da licitação. Documentos de despesas com informações incompletas. Preços superfaturados. Excessiva demora na entrega dos produtos adquiridos. Procedência parcial. Multa. Determinação. (BRASIL, Acórdão 166/2001 – Plenário, Min. Rel. Ubiratan Aguiar, 2001, grifos nossos).

Tal Acórdão julgou o processo 007.188/1999-4, que se trata de uma representação dos vereadores da Câmara Municipal de Itabuna-BA, a respeito de possíveis irregularidades na utilização dos recursos repassados ao município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). No decorrer do processo, foi constatado que a Prefeitura apenas publicou o instrumento convocatório da licitação no Diário Oficial da Bahia, deixando de fazer a ampla publicação em jornais de grande circulação do Estado e do município, conforme preceitua o art. 21, III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Além disso, verificou-se que a empresa classificada em primeiro lugar no certame, Led Comércio e Serviços Ltda., é sempre a vencedora da grande maioria das licitações realizadas pela Prefeitura de Itabuna-BA.

As violações ao princípio da publicidade não param por aí. A Secretaria de Controle Externo do TCU no estado da Bahia (Secex-BA) constatou, ainda, que as notas fiscais referentes aos pagamentos feitos pela prefeitura à empresa vencedora não apresentavam discriminação da qualidade, marca e peso dos produtos adquiridos. Assim, a unidade técnica afirmou que:

Compras sem a indicação da marca do produto, além de contrariar frontalmente a Lei de Licitações nº 8.666/93, impossibilita qualquer órgão de controle de verificar,

via documentos, a conformidade da contratação, à luz dos princípios da economicidade, publicidade e probidade administrativa (BRASIL, Acórdão 166/2001 – Plenário, Min. Rel. Ubiratan Aguiar, 4.9, 2001).

Diante das constatações apresentadas pela Secex-BA, pode-se observar que a Prefeitura de Itabuna praticou diversas irregularidades no processo licitatório, especialmente no que se refere à violação do princípio da publicidade, pressuposto de regularidade de qualquer licitação pública. Desrespeitando tal princípio, a Prefeitura impediu uma competitividade adequada e, conseqüentemente, a possibilidade de se atingir uma das principais finalidades da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

Ao final, o Acórdão decidiu que as justificativas apresentadas pelo ex-prefeito de Itabuna-BA não foram capazes de provar que não houve afronta ao princípio da publicidade. Assim, os Ministros decidiram pela aplicação da pena de multa ao ex-prefeito responsável, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de determinar ao FNDE que seja mais rigoroso ao analisar as prestações de contas dos recursos federais repassados aos municípios.

Como visto no decorrer deste trabalho, a não observância de um determinado princípio, muitas vezes, traz como consequência a violação de outros, pois não há hierarquia entre eles, mas sim uma aplicação harmoniosa e equilibrada. Ao contrário das regras, que são aplicadas à maneira do tudo ou nada, da subsunção de um fato a uma norma, os princípios, por sua vez, quando colidentes, não se excluem, pois devem ser aplicados de modo que a solução seja otimizada (ALEXY, 1997). Enfim, por determinarem valores a serem seguidos pelo sistema jurídico e administrativo do Estado, os princípios convergem para os mesmos objetivos, quais sejam a ética, a honra, a honestidade e os valores morais da sociedade. Por isso, é bastante comum que a prática de um ato administrativo viole mais de um princípio ao mesmo tempo.

Nesse sentido é o entendimento do TCU, que já proferiu diversos acórdãos, em sede de processos licitatórios, apontando a violação ou a correta aplicação de mais de um princípio relacionado à mesma situação.

O recente Acórdão 594/2013 – Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, é uma das decisões do TCU que faz expressa referência à **violação de diversos princípios, em virtude de uma mesma situação**. No caso, o TC 031.472/2011-7 tratou de uma representação contra possíveis irregularidades na condução de uma licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, que fora realizada pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A., tendo por objeto serviços de manutenção preventiva e corretiva de frota de veículos, máquinas e equipamentos, além do respectivo abastecimento desses veículos.

Observe-se a ementa do referido Acórdão:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. **POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DE PREGÃO ELTRÔNICO.** CONHECIMENTO. **PROCEDÊNCIA. MULTA.** DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA ÀS INTERESSADOS. JUNTADA DOS AUTOS ÀS CONTAS DO EXERCÍCIO DE 2011. (BRASIL, Acórdão 594/2013 – Plenário, Min. Rel. Raimundo Carreiro, 2013, grifos nossos).

A representante alegou que a empresa vencedora da licitação não apresentou a qualificação técnica exigida no instrumento convocatório e que outro participante do certame foi considerado inabilitado pelas mesmas falhas da ganhadora.

Diante dessa situação, o Ministro-Relator proferiu voto no sentido de considerar que o referido tratamento diferenciado dado aos licitantes acabou por violar quatro princípios norteadores dos procedimentos licitatórios: **isonomia, impessoalidade, moralidade e julgamento objetivo.**

Como a vencedora do certame ofereceu proposta menos vantajosa do que a empresa inabilitada por apresentar as mesmas falhas da primeira colocada, verifica-se claramente, nesse caso, que houve uma preferência descabida por um licitante em detrimento de outro.

Em decorrência dessa irregularidade, o TCU proferiu o Acórdão, aplicando pena de multa aos administradores responsáveis pela violação aos princípios licitatórios. Além disso, determinou que, caso o órgão tenha intenção em dar continuidade aos serviços que foram objeto dessa licitação, adote as providências necessárias à realização de um novo certame, já que houve grave afronta aos pressupostos básicos da atuação administrativa do Estado.

Como se pode observar nesse caso concreto, um único ato administrativo – a escolha de licitante que fez proposta menos vantajosa, em detrimento de outro participante, eliminado por apresentar as mesmas falhas que o vencedor – deu causa à violação de mais de um princípio ao mesmo tempo, pois, como visto no decorrer desse estudo, os princípios não possuem hierarquia entre si, a incidência de um não implica a exclusão de outros. Por isso, é comum a ocorrência de afronta a um conjunto de princípios como consequência de um mesmo ato.

5 CONCLUSÃO

No início deste trabalho foi visto que os princípios são tidos como proposições fundamentais, que contêm as diretrizes básicas de determinado sistema jurídico. Por serem pautas genéricas, ao contrário das regras, os princípios permitem que as avaliações de cada caso sejam feitas de maneira mais flexível, além do que a aplicação de um determinado princípio não exclui a dos demais, pois são mandados de otimização, orientadores de toda atuação legislativa, interpretativa e executiva de um Estado.

Na esfera da Administração Pública, para que seja possível assegurar a justa e regular realização do processo licitatório, que tem como finalidades precípuas a obtenção da proposta mais vantajosa, além da garantia de que todos os interessados possam ter condições iguais de participação, é de extrema importância a observação e aplicação de certos princípios. Assim, a Administração, através de seus órgãos e agentes, deve seguir diretrizes e valores básicos, capazes de guiar o fiel cumprimento da Lei nº 8.666/93, bem como da própria Constituição Federal, esta, que impôs a obrigação de licitar a todos os entes públicos, quando da necessidade de constituir relação patrimonial com particulares.

Ora, apesar da previsão constitucional e legal de tais princípios, é bastante comum que os processos licitatórios, realizados pela Administração Pública em todo o território nacional, sejam maculados pela inobservância e violação de tais princípios. Diante disso, o problema que se pretendia resolver neste trabalho, ou ao menos mostrar um caminho para isso, era: Se a Administração Pública tem, de fato, a obrigatoriedade de observar os princípios específicos quando da realização das licitações públicas, então como assegurar que tais princípios sejam efetivamente aplicados na prática? O Tribunal de Contas da União, em seus julgados, fiscaliza e aplica sanções em caso de violação a esses princípios? A fiel observância dos princípios licitatórios tem importância efetiva para a regularidade do processo e para a sociedade?

No decorrer do presente trabalho, foi apresentado o entendimento de grandes nomes da Doutrina Jurídica sobre a questão dos princípios administrativos específicos das licitações públicas. A partir dos ensinamentos desses ilustres juristas, é possível concluir que o respeito aos princípios é condição essencial para que a licitação atinja a finalidade para a qual foi instituída. Assim, a Administração Pública, representada em seus atos por seus agentes, deve sempre observar e aplicar fielmente, em toda e qualquer licitação que vier a realizar, os princípios da isonomia, legalidade, publicidade, impessoalidade, vinculação ao

instrumento convocatório, julgamento objetivo, moralidade e probidade administrativa. Além disso, é imperioso destacar que ao atender os mencionados princípios, a Administração Pública não se exime de observar tantos outros, de ordem administrativa e constitucional, norteadores de todo o sistema jurídico, legislativo e executivo.

Outra interessante conclusão a qual se pôde chegar é que os princípios não possuem hierarquia entre si, pois devem ser aplicados mediante ponderação, onde, a depender de cada caso concreto, uns podem ser mais sobressalentes do que outros, mas nunca haverá exclusão de um em detrimento de outro. Os princípios da licitação devem, portanto, ser aplicados todos em conjunto. A inobservância de um deles desencadeia, muitas vezes, a violação de outros não menos importantes.

Ao comparar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União com os conceitos apresentados pela doutrina, foi possível comprovar que os respeitáveis Ministros desta Corte buscam, sempre que necessário, fazer valer a prerrogativa que têm de fiscalizar o uso das verbas em âmbito federal na realização das licitações públicas. Dessa forma, o respeitado Tribunal retira os princípios de uma esfera meramente teórica para, então, garantir que sejam efetivamente aplicados na prática.

Assim, diante dos Acórdãos analisados no Capítulo 4, concluímos que o TCU é um órgão que tem como função assegurar o fiel cumprimento da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93). Para isso, o Tribunal aplica sanções aos órgãos e agentes causadores de violação aos princípios, sugere que estes sejam fiel e efetivamente observados nas futuras licitações, bem como determina, em alguns casos, a nulidade do processo licitatório, quando esta medida não prejudicar a supremacia do interesse público.

É forçoso esclarecer que, neste trabalho, só foi possível analisar de forma aprofundada alguns Acórdãos do TCU, entretanto, há uma infinidade de decisões a respeito do tema tanto do referido Tribunal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Contas Estaduais e dos Tribunais Regionais Federais espalhados por todo o território nacional, que mereceriam um estudo posterior mais detalhado.

Vimos, ainda, que a violação aos princípios orientadores do processo licitatório prejudica, não apenas a Administração Pública e os interessados em ter, com ela, relação patrimonial, mas também a própria sociedade, que se vê lesada ao saber que as verbas públicas estão sendo utilizadas de forma inadequada. Infelizmente, em muitos casos, a violação dos princípios contém por trás uma fraude à licitação, um beneficiamento absolutamente ilegal e indevido a alguém. Consequentemente, a Administração Pública não

consegue obter a proposta mais vantajosa, os licitantes deixam de ser tratados com igualdade e a sociedade perde a confiança em seus agentes e representantes.

Por fim, concluímos como é importante a atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização das licitações com o objetivo de assegurar o fiel cumprimento da Constituição Federal, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e dos Princípios basilares de todo esse sistema. Portanto, a Administração Pública deve, de fato, observar e aplicar efetivamente todos os princípios norteadores das licitações, como medida de inteira honra, ética e respeito aos alicerces da República Federativa do Brasil.

Não apenas para essa personalidade jurídica abstrata, que é a Administração Pública, como também, e especialmente, para todos os seres humanos, ter princípios e respeitá-los é como assegurar que suas condutas serão orientadas por valores morais, capazes de guiá-los pelo caminho da Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**: Comentários à Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História**. A Nova interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 28 out. 2013.
- _____. **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**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- _____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 010.005/2006-0. Representação. **Acórdão 2345/2006** - Primeira Câmara. Rel. Min. Vinícios Vilaça. Brasília, TCU, 2006.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 012.194/2002-1. Representação. **Acórdão 1972/2012** – Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Brasília, TCU, 2012.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 031.472/2011-7. Representação. **Acórdão 594/2013** – Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Brasília, TCU, 2013.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 010.289/1995-0. Representação. **Acórdão 2189/2006** – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Brasília, TCU, 2006.
- _____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 007.188/1999-4. Representação. **Acórdão 166/2001** - Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, TCU, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.