**ARTHUR LEOPOLDINO FERREIRA NETO**[[1]](#footnote-1)

**ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES**

**São Paulo**

**Edição do Autor**

**2016**

|  |
| --- |
| **Introdução**  O presente trabalho pretende analisar cláusula inserida em edital licitatório que visa impedir que empresa atualmente prestadora de serviços, participe de novo procedimento licitatório.  Iremos abordar os aspectos jurídicos dos processos de licitação da empresa, verificando a forma como se procedeu, ou deveria se proceder o procedimento licitatório.  Relacionaremos as informações sobre os dispositivos constitucionais referentes às licitações públicas.  Além disso, buscaremos relacionar e definir os princípios pertinentes aos procedimentos licitatórios.  Por fim, aproximaremos as normas a um caso hipotético verificando a legitimidade das condutas a serem tomadas. |
| **Argumentos jurídicos**  A atuação administrativa há de se desenvolver, obrigatoriamente, de modo que sejam respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade.  A prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, só pode ocorrer se for precedido de licitação.  A licitação é obrigatória para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública direta, indireta ou fundacional, salvo nos casos especiais ressalvados na legislação específica.  Toda licitação deve obedecer aos princípios que a regem: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor; probidade administrativa.  Os participantes da licitação têm assegurado Direito Público subjetivo a que sejam observados fielmente as regras formais estipuladas para o procedimento.  A publicidade da licitação deve se aplicar em todas as fases do procedimento e deve ser a mais ampla possível.  A lei interna da licitação é o edital, pelo que a Administração e os licitantes ficam vinculados ao seu texto, desde que não contenha dispositivos discriminatórios ou exigências incompatíveis com o objeto da licitação.  O julgamento das propostas deve ser objetivo e com apoio nos fatores concretos pedidos no edital, em comparação com o que foi apresentado, sem se afastar da consideração de que se deve homenagem ao interesse público e aos elementos determinadores da qualidade, durabilidade, rendimento, preço, prazo e outros que o objeto da licitação exigir.  A inversão dos atos procedimentais referentes à licitação acarreta a sua nulidade.  A obediência ao princípio do julgamento objetivo exige que até mesmo o critério e os fatores sejam objetivos e adequados, rigorosamente, ao objeto da licitação.  A nulidade da licitação produz efeitos *ex tunc,* por basear-se em ilegalidade. Pode ser declarada em qualquer fase e a qualquer tempo.  A revogação da licitação opera efeitos *ex nunc,* por ser assentada em motivos de oportunidade e conveniência administrativa.  O interesse público deve preponderar no julgamento da licitação, pelo que fica vedado, na prática desse ato, qualquer dose de discricionariedade não autorizada por lei.  A probidade administrativa é um dos valores constitucionais que deve ser resguardado nos procedimentos licitatórios, no mesmo nível da igualdade e da publicidade.  **Princípios pertinentes aos procedimentos licitatórios**  Imperioso fazermos a análise dos princípios pertinentes aos procedimentos licitatórios para o deslinde do caso.  Iniciaremos com o princípio da isonomia / igualdade. O princípio da isonomia visa à igualdade entre os licitantes no processo licitatório. Desta forma, não poderá haver discriminação de qualquer natureza entre os Licitantes, tais como: preferência por marcas, modelos, ou qualquer outra forma de exteriorizar preferência.  O princípio da igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo de qualquer discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas, quer mediante julgamento faccioso. (MEIRELLES, 2011)  Dessa forma, o edital não deve conter exigências demasiadas que limitam a participação dos Licitantes; todavia, não poderá deixar de especificar as exigências mínimas de qualidade do objeto a ser adquirido.  Como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade, o qual valoriza as normas legais como norteadora da atividade administrativa, devendo o Estado obedecê-las.  O artigo 37, caput, da CF/88 estabelece que “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 [...].”  Hely Lopes Meirelles (2011) ensina que:  “O princípio da legalidade está em toda a atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.  O princípio da legalidade estabelece que o servidor público deverá desempenhar suas funções conforme os ditames legais. Não poderá o servidor fazer ou deixar de fazer sem que assim a lei o preveja.  Enquanto o agente público pode fazer todas as condutas que a lei autoriza, o agente particular poderá fazer todas as condutas que a lei não vede.  Mais adiante, o princípio da impessoalidade dispõe que a Administração Pública deve tratar todos os administrados sem distinções, benéficas ou prejudiciais. Suas decisões não podem ser embasadas em afinidades, animosidades pessoais, políticas ou ideológicas.  Para Hely Lopes Meirelles (2011) o princípio da impessoalidade nada mais é do que o princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. Buscando sempre o interesse público.  Compete-nos também tratar do princípio da moralidade, no qual as ações da Administração Pública devem ser lastradas na decência, lisura e transparência das atividades administrativas.  A Administração Pública e seus agentes tem o dever de atuar em conformidade com os princípios éticos. Imperioso é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a legalidade e a finalidade, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. (MEIRELLES, 2011)  Não menos importante princípio da publicidade, trata, como o próprio nome orienta, de que todos os atos do processo licitatório serão divulgados, com o intuito de dar conhecimento de todos as propostas abertas e seu julgamento.  Assim, prescreve o §3º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 que “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”.  Exceto os atos cujo sigilo é segurado para segurança da contratação, todos os demais serão públicos.  Passamos ao princípio da probidade administrativa, o qual prevê que o administrador deve agir com probidade, sob pena de responsabilidade e suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário público, sem prejuízo da ação penal. (CF/88, art. 37, §4º)  Dessa forma, o ato praticado com lesão aos bens e interesses públicos também está sujeito a nulidade de ofício pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de improbidade, que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador público. (MEIRELLES, 2011)  Já o princípio da vinculação ao instrumento convocatório versa sobre o respeito que a Administração Pública deve ter pelas regras previamente estabelecidas para o certame.  O artigo 41 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”  Em atenção ao referido princípio a Administração Pública está vinculada aos termos que ela mesma impôs no instrumento convocatório; no entanto, não se deve exacerbá-lo ao ponto de prejudicar o interesse público.  O princípio do julgamento objetivo está expresso nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/93, os quais dispõem que:  Art. 44 – No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei. [...]  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.[...]  Em vista desse princípio, as propostas serão analisadas de acordo com o determinado no instrumento convocatório (edital). Assim, a Administração, quando da elaboração do edital, deve adotar critérios para o julgamento; do contrário, o edital será considerado nulo.  Além dos princípios citados, existem diversos outros que são correlatos e não expressos, como por exemplo: os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da adjudicação compulsória, da economicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, do sigilo das propostas, da competitividade, do devido processo legal, do controle jurisdicional, da segurança jurídica, da ampla defesa, da adjudicação compulsória, e todos os demais princípios administrativos.  Por fim, como podemos ver, os princípios regem todo o procedimento licitatório, e em não sendo observados, geram a nulidade ou anulação do certame, em não prejudicando o interesse público. |
| **Conclusão**  Concluindo, qualquer abusividade por parte de administrador é ilegal e não atende a intenção do legislador quando da previsão do procedimento licitatório.  Para que uma empresa seja considerada inidônea, com a consequente não participação em procedimentos licitatórios, deverá haver um mínimo de proporcionalidade.  Na hipótese de proibir especificamente uma empresa de participar de licitações, deve-se levar em consideração de forma mais contundente o princípio da impessoalidade, uma vez a restrição da participação da empresa discrimina a possível participante do procedimento licitatório.  Se analisarmos sob o prisma do princípio da moralidade, verificaremos que a decisão de impedir a participação de uma empresa, apenas por motivo egoístico, sem qualquer justificativa, não poderá ser reconhecida como uma atuação ética.  E mais, quanto ao princípio da legalidade, não havendo proibição legal para a participação da empresa, a determinação é ilegal.  Por fim, analisando sob o princípio da igualdade, a desatenção em caso de constar cláusula expressa no edital vedando a participação da empresa é gritante.  Mesmo que de forma sutil fosse identificada a discriminação, ou favorecimento de outra empresa, o edital não poderia persistir dessa maneira. |
| **Referências bibliográficas**  Di Pietro, Maria Silvia Zanella, Doutrinas Essenciais, Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2013, Editora Revista dos Tribunais.  Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, 2011 Malheiros. |

1. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas; Advogado em São Paulo. [↑](#footnote-ref-1)