

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Maria Elisa Braz Barbosa
Advogada em Belo Horizonte.

Sumário

1 Introdução. 2 Princípio da isonomia. 3 As licitações públicas. 4 A Lei n. 8.666/93. 5 Objetivos da licitação. 6 Princípios da licitação. 6.1 Princípio da legalidade. 6.2 Princípio da publicidade. 6.3 Princípio da moralidade. 6.4 Princípio da impessoalidade e do julgamento objetivo. 6.5 Princípio da indisponibilidade do interesse público. 7 Aplicação do princípio da isonomia nas licitações. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.

1 - Introdução

A Constituição Federal insta a Administração Pública a oferecer a todos os administrados igualdade de oportunidades na contratação de serviços, obras e compras.

Por intermédio dessa equanimidade, busca-se a obtenção da contratação vantajosa para a administração, e a licitação consiste no instrumento jurídico que visa afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.

Ocorre que a maneira pela qual as licitações são conduzidas no Brasil é freqüentemente criticada. Denunciam-se, por exemplo, redação capciosa de itens do edital, procedimentos anômalos, exigências descabidas, impedimentos e ilegítimas vedações à participação de licitantes, descrição do objeto de aquisição incluindo características direcionadas a um só produtor ou fabricante.

Evidenciam-se, por outro lado, críticas à lei de licitações e contratos em razão de excessos de ritos, prazos e detalhamentos, considerados, de certa forma, incompatíveis com a racionalidade funcional.

Se é verdade que parte dessas críticas é procedente, não é menos verdade que muitos problemas advêm da aplicação e interpretação equivocadas, ou até mesmo distorcidas, da legislação por parte dos agentes públicos, das comissões de licitações e de operadores do Direito em geral.

Muitos desses equívocos, indubitavelmente, têm origem no apego à legalidade, ou seja, ao legalismo estreito na aplicação da norma e à mistificação liberal positivista, que estabelece uma identificação entre o direito e a lei,¹ olvidando-se os aplicadores do Direito, no mais das vezes, que os princípios desempenham função de essencial importância no tocante à interpretação.

Assim, percebe-se uma forte tendência não só de interpretar o Direito dirigindo-se somente à lei, ou seja, com um menosprezo ao método teleológico-interpretativo, segundo o qual se procura revelar o espírito e a finalidade da norma, o valor e o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.²

Especificamente, no que diz respeito à licitação, objeto deste estudo, esquece-se, com freqüência, de que, por exemplo, a lei básica que rege o instituto – Lei n. 8.666/93 – deve ser interpretada com vistas a melhor atender à finalidade para a qual foi criada e sempre levando em conta que ela é um componente do ordenamento jurídico.

Desse modo, a interpretação acaba levando a um demasiado privilégio da forma e ao esquecimento do real sentido dos princípios e valores objetivados pelo legislador.

2 - Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, que é de total aplicação nos procedimentos licitatórios,³ sempre esteve presente no constitucionalismo republicano do Brasil: na Constituição de 1891, art. 72, § 2o; na Constituição de 1934, art. 112, I; na Carta de 1937, art. 122; na Constituição de 1946, art. 141, § 1o; na de 1967, art. 150, § 1o; na de 1969, art. 153, § 1o; e na Constituição de 1988, sobretudo, no art. 5o, caput, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelas constituições em geral é que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente a todos.⁴

Contudo, é próprio da lei desigualar. Com efeito, esta, além de discriminar, trata diferentemente as pessoas. Assim, a determinados indivíduos são deferidos alguns direitos e obrigações que não assistem a outros.

Nesses casos,

a lei erigiu algo em elemento diferencial, vale dizer: apanhou (...) algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniformes entre si.⁵

A título de exemplificação, observa o renomado administrativista que

aos maiores é dispensado tratamento inequívoco àquele outorgado aos menores; aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos (...). As mulheres se aposentam aos trinta anos, os homens, aos trinta e cinco.⁶

Para Aristóteles, o primeiro a se debruçar sobre o preceito isonômico, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Kelsen também ensinou que seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.

Para Luís Roberto Barroso

,

o fato de a Constituição desigualar pessoas e discriminar situações – isto é, abrir exceção à regra geral da igualdade – não constitui, em si, qualquer anomalia.⁷

Na verdade, há, na Carta Magna, dezenas de disposições discriminativas: art. 40, III, todas as alíneas (sexo); art. 101 (idade); art. 12, § 3º (nacionalidade); art. 231 (raça), todas elas – em tese – legítimas.

Diante desses ensinamentos e dessas constatações, evidenciam-se algumas indagações:

Quais são as discriminações que agridem o princípio constitucional da isonomia? Ou por outra: quando o discrimen é legítimo ou ilegítimo?

Por meio do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende, frise-se por oportuno, é firmar e confirmar a impossibilidade de tratamento desigual injustificado. Dessa forma, muitas vezes, discriminar consiste numa maneira de equalizar.

Após o estabelecimento da premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico diferenciado, Luís Roberto Barroso averba, nos seguintes termos:

Parece-nos, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exigem que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre valores a serem preservados (...). Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo.⁸

Em suma, torna-se evidente que, à luz da Constituição, o tratamento diferenciado precisa passar no teste da razoabilidade e destinar-se a realizar um fim legítimo.

Sintetizando algumas idéias desenvolvidas a respeito do princípio em análise, esse mesmo doutrinador ensina que:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ela permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando:

- a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado;
- b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual;
- c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (...).⁹

Vê-se, portanto, que o princípio da razoabilidade faz uma imperativa e inarredável parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da discriminação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo.

A esse respeito, Ferraz e Figueiredo tecem as seguintes considerações:

Na verdade, se a lei desigual, se a sentença desigual, deflui necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida, o que repele é a desigualdade injustificada. Tudo está, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.¹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, estabeleceu critérios para a identificação do desrespeito à isonomia. Para ele, a discriminação só é legítima em face de três elementos:

- a) existência de diferenças nas situações de fato a serem reguladas, pelo Direito;
- b) adequação (correspondência) entre o tratamento discriminatório e as diferenças entre as situações de fato;
- c) adequação (correspondência) entre os fins objetivados pelo descrímen e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, deverá ser invalidada a discriminação que – criada pela própria lei ou ato administrativo – não reflita uma diferença real no mundo. O Direito, nesse aspecto, apenas retrata a diferença efetivamente existente, com vista a minimizá-la.

Por outro lado, ainda seguindo o raciocínio desse mesmo jurista, o tratamento jurídico deve ser compatível com a diferença, uma vez que o tratamento diferenciado só se justifica pela existência da diferença na realidade fática.

E, finalmente, deve haver, segundo o autor, compatibilidade entre a diferenciação jurídica e os valores consagrados no ordenamento normativo pátrio.¹¹

3 - As licitações públicas

Segundo Marçal Justen Filho,¹² a licitação consiste em um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Licitação é 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 proposta dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, conceitua licitação como:

(...) 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 idéia de competição, a ser travada economicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁴

A Constituição Federal vigente, por seu turno, trata da licitação no art.37, XXI, que assegura igualdade de condições a todos os concorrentes, (...) permitindo somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Há também referência expressa ao procedimento licitatório no art. 22, XXVII, da CF, segundo o qual, compete privativamente à União legislar sobre:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

A exigência de licitação para as concessões e permissões dos serviços públicos é reiterada no art. 175: incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Ressalte-se que, tanto o administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo quanto os dispositivos constitucionais expressamente fazem alusão ao princípio da isonomia.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade de todos perante a lei, insculpido no art.5º, por si só, imporá licitação a qualquer ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar.¹⁵

4 - A Lei n. 8.666/93

Na órbita federal, o procedimento licitatório é regido pela Lei n. 8.666, de 21 de junho 1993, com as alterações introduzidas pelas Leis n. 8.883, de 8 de junho de 1994 e n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

Note-se que a esse diploma legal devem acatamento a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Além disso, tem-se que seu âmbito de regência abarca a administração direta e indireta, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que, até o presente momento, inexistente a lei específica prevista pelo art. 173, § 3º, III, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19.

Ainda no que diz respeito à Lei de Licitações e Contratos, Maria Coeli Simões Pires percebe nela características inovadoras e abrangentes, com uma excessiva atuação moralizadora, ligada a uma rigorosa aplicação de sanções, em externada postura psicológica negativa dos legisladores com relação aos administradores,¹⁶ de onde se extrai a presunção de serem todos os dirigentes públicos suspeitos de corrupção.

Maria Coeli Simões Pires critica, ainda, o Estatuto, pela prevalência de conceitos indeterminados, presença de falhas conceituais e inadequada utilização da técnica legislativa.

Para Petrônio Braz, tal presunção necessariamente não se harmoniza com a realidade administrativa interiorana. Segundo ele, aos administradores honestos, a aplicação da Lei traz uma soma grande de complexidade, aliada a uma burocratização do processo. Segundo este jurista,

a característica efetivamente prejudicial ao interesse público, contida na Lei n. 8.666/93, é a da exigência exagerada da aplicação do princípio da publicidade, que se extrai do art. 37, da Constituição Federal.¹⁷

Ainda no atinente a críticas à Lei n. 8.666/93, Juarez Freitas afirma que:

Não raro, o legislador confunde as figuras de dispensa e inexigibilidade, esta última abrangendo as hipóteses de licitação vedada, por exemplo, ao tratar de certame que não deve ser repetido, porquanto prejudicial a reiteração, hipótese que o legislador rubricou equivocadamente como dispensa. Com boa dose de atecnia, a propósito, versa sobre outras vedações no art.7, §§ 3o a 5o, nubladas por algumas suspeitas de inconstitucionalidade, de expressa e restritivamente interpretável dispensa ou inexigibilidade (neste último caso, apenas por inviabilidade ou irrazoabilidade plena da competição, na adequada leitura do art. 25), previstas necessariamente em lei federal, uma vez que cabe privativamente à União editar normas sobre licitação e contratação das pessoas administrativas, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas, e empresas sob seu controle (CF, art. 22, XXVII).¹⁸

Dentro do conteúdo da Lei n. 8.666/93, destacam-se disposições normativas federativas (normas gerais) de aplicação obrigatória por todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e disposições apenas federais (normas não gerais), de cumprimento obrigatório pelos órgãos da União.¹⁹

Nota-se, a evidência, que as críticas dirigidas ao Estatuto Licitatório, embora procedentes, não o atingem em sua essência e não o desqualificam em seus valores fundamentais. Tal observação confirma a idéia de que as críticas aos moldes em que se configuram as licitações brasileiras, fundamentalmente, não podem ser imputadas à Lei n. 8.666/93, mas sim à maneira como seus dispositivos têm sido interpretados e aplicados.

5 - Objetivos da licitação

Segundo o art. 3º da Lei n. 8.666/93, a licitação tem duplo objetivo. Melhor dizendo, por meio desse procedimento, o Poder Público visa à busca do equilíbrio entre dois valores: os interesses públicos, de um lado, e os privados de outro.

O interesse público é satisfeito na medida em que a competição acirrada propicia a obtenção da melhor proposta.

Os interesses privados são atendidos por meio da abertura de oportunidade de disputa isonômica entre concorrentes que buscam novos mercados.²⁰

Tais objetivos, repita-se, encontram-se expressos no art. 3º da Lei n. 8.666, verbis:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Esse artigo, no entendimento de Marçal Justen Filho, sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação, razão pela qual apresenta excepcional relevância, devendo-se reconhecer a ele um destaque superior aos demais dispositivos da Lei.²¹

Na verdade, o art. 3º, por consagrar os princípios que norteiam a licitação, deve nortear também as atividades do administrador e do Poder Judiciário.

Para Marçal Justen Filho,

Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art.3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art.3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo.(...) O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.²²

Marçal Justen Filho chama, ainda, a atenção para importante aspecto concernente aos objetivos da licitação.

Pode notar-se, porém, certa tendência a dar maior destaque à vantajosidade perante a isonomia. Pôde observar-se, durante esses anos de aplicação da Lei n. 8.666, uma certa distorção do problema. A tutela à isonomia transformou-se em fim em si mesmo, olvidando-se que a maior vantagem para a Administração também se traduz em benefícios para todos os integrantes da comunidade. Deve-se entender, portanto, que a licitação não pode ser conceituada como um concurso realizado no interesse dos participantes.²³

Ressalta também o renomado autor que há historicamente um equívoco em se considerar que o formalismo e a ortodoxia seriam sinônimo de moralidade.

Para ele,

Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o "princípio da isonomia" imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes. (Grifamos)

Há, nos últimos anos, e felizmente, uma tendência entre renomados administrativistas de fazer oposição ao formalismo no processo licitatório.

Conseqüentemente, advogam-se tanto a flexibilização dos critérios de escolha dos licitantes quanto a possibilidade de saneamento de eventuais defeitos nas propostas. Defende-se, também, que peças complementares possam ser juntadas até mesmo depois da apresentação da oferta e, por último, que vícios de forma possam ser sanados.

Enfim, o fato de, na Lei n. 8.666/93, os objetivos da licitação, ou seja, a vantajosidade na contratação e a observância do princípio da igualdade terem sido alçados ao mesmo patamar, não autoriza, em face do ordenamento jurídico, como um todo, a transformação da tutela ao princípio isonômico em um fim em si mesma. Com efeito, a maior vantagem para a Administração é que equivale a benefícios para todos os administrados.

6 - Princípios da licitação

É importante reprimir que todo o processo licitatório bem como as atividades dos administradores públicos são marcados, pautados e norteados por princípios.

No que diz respeito à Administração Pública como um todo, é sabido que os princípios norteadores de suas atividades encontram-se elencados diretamente no art.37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – e, de forma indireta, em outros dispositivos da Carta Magna que estabeleceu direitos e garantias individuais.

Já o art.3º da Lei n. 8.666 repete os quatro primeiros princípios e, além disso, expressamente acrescenta os da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Há que se relembrar aqui outros princípios que são correlatos ao procedimento licitatório. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, distingue, no Direito brasileiro, dois princípios de Direito Administrativo, ou seja, supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.²⁴

6.1 - Princípio da legalidade

Segundo o art.4º da Lei n. 8.666, que explicita de forma concreta o princípio da legalidade,

todos quanto participem da licitação (...) têm direito subjetivo público à fiel observância do pertinente procedimento, podendo, segundo os termos do artigo, qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que também têm direito subjetivo público à fiel observância do procedimento

não só os que participam do certame, mas também todos quantos queiram dele participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.²⁵

Ensina Marçal Justen Filho:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento, etc. Uma vez exercida essa liberdade, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.²⁶

Marçal Justen Filho adverte, contudo, que a estreita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa.

Para ele

uma vinculação ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrativo para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.²⁷

A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

Assim, uma vez publicado o ato convocatório, não só o particular como a própria Administração submetem-se a ele. Dessa forma, tanto os atos a serem praticados quanto as regras que os nortearão tornam-se perfeitamente previsíveis.

6.2 - Princípio da publicidade

Pelo princípio da publicidade, os atos administrativos somente passam a ter eficácia com sua divulgação para público conhecimento. Por meio da publicidade, sobrevêm o controle da moralidade administrativa e o conseqüente respeito ao patrimônio público.

A licitação não pode ser sigilosa, sendo acessíveis ao público os atos de seus procedimentos. Impõe-se, contudo, o sigilo do conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

Assim, a publicidade abrange o edital ou convite até a abertura das propostas e o exame da documentação. O julgamento, porém, pode ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, sendo, contudo, obrigatória a divulgação do resultado do julgamento.

O julgamento em recinto fechado, desde que respeitada a vinculação ao edital ou convite, não fere o princípio da publicidade, que rege a licitação.²⁸

A Lei n. 8.883, de 08 de junho de 1994, dando nova redação ao art.16 da Lei n. 8.666/93, estabelece a obrigatoriedade de ser dado aviso, de amplo acesso público, da relação de todas as compras feitas pela Administração Pública, inclusive, aquelas feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ademais, há outros dispositivos na lei que facultam fiscalização do procedimento por qualquer pessoa. É o caso, v.g., dos arts. 4º; 15, §§ 2º e 6º; 16; 41, §1º e 113, §1º.

6.3 - Princípio da moralidade

Pelo princípio da moralidade, tem-se que o certame terá que se desenrolar em estrita obediência a padrões éticos e que o comportamento dos licitantes e da Administração há de ser honesto.

Assim, o princípio em referência veda o auferimento de vantagens pessoais por parte do administrador e, por outro lado, acarreta impossibilidade de postura moralmente incorreta de um participante em relação aos outros.

Uma vez que a moralidade soma-se à legalidade, uma conduta compatível com a lei, porém imoral, será inválida.

Na hipótese de composição (conluio) entre os licitários, estarão frustrados os princípios da moralidade e da probidade, o que acarretará em invalidação do certame e punição dos responsáveis.²⁹

6.4 - Princípio da impessoalidade e do julgamento objetivo

A adoção do princípio da impessoalidade obsta distinções fundadas em características pessoais dos envolvidos no certame licitatório.

A impessoalidade visa a excluir o subjetivismo do agente administrativo. Como disse Marçal Justen Filho,

a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que decisão independe da identidade do julgador.³⁰

Maria Sylvia Zanella de Pietro, a respeito desses princípios, registra:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear seu comportamento.³¹

Frise-se, contudo, que só nos certames licitatórios decididos unicamente pelo preço é possível a impessoalidade ou objetividade extrema.

Na verdade, nos certames decididos pela qualidade, ou melhor, pela técnica, há supremacia da subjetividade em relação à objetividade ou impessoalidade.

6.5 - Princípio da indisponibilidade do interesse público

O certame licitatório é composto por uma série ordenada de atos jurídicos com vistas a permitir que os interessados, competindo entre si, em condições de igualdade, apresentem-se perante a Administração e, dessa forma, esta consiga realizar o melhor contrato possível.

Marçal Justen Filho entende que:

Rigorosamente, trata-se de desdobramento do princípio mais básico e fundamental que orienta a atividade administrativa do Estado. Toda atuação administrativa se orienta à consecução do interesse público. O administrador não possui disponibilidade do interesse que persegue. Em alguns casos, a Lei faculta ao administrador liberdade para escolher o modo de realizar esse interesse. Surgirá a discricionariedade, que não significa, contudo, liberação do administrador quanto ao fim a perseguir. Mesmo quando a atividade administrativa acarretar o relacionamento com terceiro, exige-se atenção à consecução do fim público. Quando a Administração recorrer à colaboração de um particular, não estará dispensada do dever de busca do interesse público, aliás, supõe-se que a convocação à participação do particular retrata a busca do interesse público.³²

7 - Aplicação do princípio da isonomia nas licitações

O princípio da igualdade, um dos alicerces da licitação, encontra-se expresso na Carta Magna, no art. 37, XXI, verbis:

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, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como facilmente se percebe, o dispositivo impede que sejam estabelecidas condições que se traduzam em preferência de uns licitantes em desvantagem de outros.

No § 1º, I, do art. 3º da Lei n. 8.666/93 encontra-se de forma implícita outro princípio da licitação, que é o da competitividade, decorrente do princípio da isonomia; segundo o qual é vedado aos agentes públicos

admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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.

Maria Sylvia Zanella de Pietro destaca que:

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei n. 8.666/93; no artigo 30, §5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, "quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro"; pelo § 3º do art.42, "as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas

oferecidas ao licitante estrangeiro"; pelo § 4º, "para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda"; e, pelo § 6º, "as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino"; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.³³

A primeira exceção, com previsão no § 2º do artigo 3º, é que assegura, em igualdade de condições, como critério de desempate, preferência, de forma sucessiva.

Aos bens e serviços: I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras. O inciso I não tem mais aplicação, porque o conceito de empresa brasileira de capital nacional desapareceu com a revogação do artigo 171 da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 6, de 15/8/95. Tal conceito permaneceu apenas para os fins previstos na Lei n. 8.348, de 23/10/91.

A segunda exceção refere-se às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: I– bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II– bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

Essas duas exceções, ensina Maria Sylvia Zanella de Pietro, não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o artigo 5º da Constituição somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais.³⁴

8 - Conclusão

Do exposto, é possível concluir que

a) a licitação pública é regida por princípios constitucionais de Direito Administrativo. Tais princípios, embora autônomos, são inter-relacionados. Dessa forma, devem-se considerar os princípios conjuntamente, de modo que a aplicação de um não produza a ineficácia de outro;

b) a enumeração dos princípios da licitação – art. 3º da Lei n. 8.666/93 – liga-se, de forma direta, ao art. 37 da Carta Magna e, indiretamente, a outros dispositivos da CF, mas a enumeração não é exaustiva, dada a expressão ... e outros que lhe são correlatos;

c) a atual legislação sobre licitações, configurada sobretudo na Lei n. 8.666/93, estipula os objetivos da licitação. De acordo com o art. 3º da referida Lei, a licitação está destinada a garantir a observância do princípio da isonomia e, ao mesmo tempo, obter a proposta mais vantajosa. A licitação, dessa forma, busca realizar dois fins igualmente importantes e igualmente relevantes, a saber: o princípio da isonomia e a escolha da melhor proposta;

d) embora se reconheça a isonomia como princípio norteador da licitação, não é concebível que, em nome da isonomia, imponha-se tratamento de extremo rigor de modo a excluir propostas potencialmente vantajosas apenas por serem verificados defeitos relevantes e secundários, pois, agindo-se dessa forma, ou seja, ao atribuir-se enorme proeminência à isonomia, estar-se-ia, eventualmente, menosprezando a melhor proposta para a Administração Pública;

e) é de relevada importância que os administradores e julgadores busquem atender à finalidade para a qual a Lei n. 8.666/93 foi criada e seus princípios norteadores;

f) pelo princípio da isonomia, é possível discriminar uns em detrimento de outros, mas o tratamento desigual encontra limites na proporcionalidade e na razoabilidade para que possa ser considerado legítimo.

9 - Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Temas de Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELLO, Raquel Discacciati. O princípio da igualdade no concurso público. Revista do TCMG, v. 20, n. 3, jul/set. 1996.

BRAZ, Petrônio. Processos de licitação – contrato administrativo e sanções penais. Leme-SP: Livraria e Editora de Direito Ltda, 1995.

DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

Notas

1 BARROSO, 1999. p. 270.

2 BARROSO, 1999. p. 137.

3 BELLO, 1996. p.139.

4 BANDEIRA DE MELLO, 1993. p.10.

5 BANDEIRA DE MELLO, 1993. p. 13.

6 BANDEIRA DE MELLO, 1993. p.13.

7 BARROSO, 1999. p. 204.

8 BARROSO, 1987.

9 BARROSO, 1999. p. 234.

10 FERAZ e FIGUEIREDO, 1994. p. 24.

11 BANDEIRA DE MELLO, 1993. p. 14.

12 JUSTEN FILHO, 2002. p. 40.

13 DI PIETRO, 2001. p. 300.

14BANDEIRA DE MELLO, 2002. p. 466.

15BANDEIRA DE MELLO, 2002. p. 467-468.

16 SIMÕES PIRES, Maria Coeli. Manual de Licitações, Contratos e Sanções Penais e Administrativas, PRODEMU - Secretaria de Estado e Assuntos Municipais do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 9.

In: BRAZ, 1995. p.46 e 47.

17 BRAZ, 1995. p. 46.

18 FREITAS, 1997. p. 155.

19 BRAZ, 1995. p. 47.

20 SUNDFELD, 1995. p. 16.

21 JUSTEN FILHO, 2002. p. 47.

22 JUSTEN FILHO, 2002. p. 57.

23 JUSTEN FILHO, 2002. p. 59.

24 BANDEIRA DE MELLO, 2002. p. 39.

25 BANDEIRA DE MELLO, 2002. p. 476.

26 JUSTEN FILHO, 2002. p. 65.

27 JUSTEN FILHO, 2002. p. 65.

28 BRAZ, 1995. p. 40-41.

29 JUSTEN FILHO, 2002. p. 72.

30 JUSTEN FILHO, 2002. p. 70.

31 DE PIETRO, 2001. p. 71.

32 JUSTEN FILHO, 2002. p. 62.

33 DI PIETRO, 2001. p. 296.

34 DE PIETRO, 2001. p. 296.