

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso site na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0**41) 352-1200

Fax: (0**41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 3, 1999.

230 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00354

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Joel de Menezes Niebuhr

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de princípios. 3. Conceito e natureza jurídica da licitação. 4. O princípio da isonomia. 5. O princípio da isonomia na licitação pública. 6. O princípio da isonomia e a lei das licitações públicas. 7. Das modalidades de licitação. 8. Das fases do procedimento licitatório. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O terceiro milênio se aproxima e com ele transformações drásticas no agir e no pensar humano. A ação estatal calcada na soberania passa por profunda crise. O Estado não mais consegue sobreviver isoladamente e a interdependência entre as nações aponta para a universalidade.

Nesse contexto, o direito, como instrumento de regulação social estatal, é compelido a se ajustar a uma nova concepção das relações do mundo real. O direito preso a cultura dogmática e ao positivismo exarcebado não mais responde aos anseios da comunidade. A crescente internacionalização do direito, o pluralismo jurídico e a ineficácia da prestação jurisdicional estatal são fatos que servem como exemplos da contemporânea crise de paradigmas do direito.

Urge verdadeira revolução no trato jurídico. O direito do próximo milênio deve proporcionar relevo a posições axiológicas e teleológicas, emergindo a principiologia como canône desta nova construção. O operador jurídico não pode mais se restringir a

interpretações isoladas de artigos e leis sem atentar-se para uma criação sistêmica. Não há mais como se desprezar os preâmbulos e os princípios de uma lei e ordenamento, pois é a partir deles que se conceberá a nova ordem jurídica.

Dentro desse espectro o princípio da isonomia constitui-se no fundamento ético do direito contemporâneo. Assim sendo a igualdade é fundada na razão, já que – atributo exclusivo dos humanos – é condição inarredável de dignidade. Veda-se, pois, a arbitrariedade, embutida em discriminações odiosas e desprendidas de criações jurídico-rationais. A isonomia é o alicerce de um Estado Democrático de Direito. Numa das pontas desta complexa conjuntura está a Administração Pública como expressão da atividade estatal. Procede daí que, nesta importante função, exige-se do Poder Público total lisura em seus relacionamentos internos e externos, elevando-se a moral como fator preponderante, e, via de consequência, estando adstrita a emanações isonômicas. Sucede que a Administração Pública é, ineludivelmente, um dos grandes propulsores da atividade econômica. A Administração, desta maneira, para alcançar seus fins, necessita celebrar negócios jurídicos com particulares, discriminando situações, estabelecendo distinções, através da licitação pública, que lhe possibilitem aferir a melhor proposta de seu interesse. Todavia, haverá de assim fazer preservando a igualdade de todos perante a lei. Bem se vê que é neste ponto, discriminar com igualdade, que reside a problemática do objeto deste estudo.

2. CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O termo princípio é notadamente vago e de difícil delimitação científica. A palavra tem referência a significados amplos, tanto na linguagem coloquial como nos diversos ramos da ciência. Tal situação gera dificuldades por ocasião de trabalho científico, já que, para tanto, mister a definição e delimitação das proposições utilizadas, não se podendo servir de vocábulos ambíguos sob pena de se adentrar em perigoso relativismo.

Os interesses postos num ordenamento jurídico não são lineares e pontuais. Cabe, portanto, aos princípios, como proposições fundamentais, servir de instrumento à aplicação concreta dos ordenamentos, qualificando normas e institutos dentro de padrões axiológicos. Na realidade jurídica, os princípios são os alicerces, as proposições fundamentais, a base do sistema. Inserido na moderna metodologia os princípios são cânones que repudiam interpretações casuísticas, ligando as normas ao ordenamento e este aos valores eleitos pela coletividade. Assim sendo, cabe à principiologia o estudo, a definição, a exposição, a crítica, a maneira de atuação e a disposição hierárquica dos mais variados princípios.

Nota-se, portanto, que os princípios têm evidente caráter multifuncional. Das diversas funções principiológicas tem-se que servem como padrão axiológico, vez que definem, na ordem jurídica os valores que a informam; funcionam teleologicamente, orientando o ordenamento para determinada finalidade; agem no sentido sistêmico, conferindo coerência a toda a ordem jurídica; da mesma sorte que integram o ordenamento, preenchendo lacunas abertas pelos preceitos; têm seu lado genético, gerando outros princípios e, por fim, são controladores, proibindo a criação de normas ou atos concretos que contrariem o direcionamento teleológico e axiológico consagrados no ordenamento.

Tais proposições sustentam todo o ordenamento, dando-lhe direção e valor, portanto renegá-los seria o mesmo que usurpar a coerência da ciência jurídica. A principiologia é o norte da hermenêutica. Solução em desacordo com os princípios inerentes ao instituto aplicado são insustentáveis. Em caso de dúvida ou controvérsia de qualquer ordem, deve-se adotar solução que se coadune com os princípios postos. Havendo mais de um princípio, aplica-se o de hierarquia superior, se forem do mesmo nível serve-se daquele que melhor os responda e complete, efetivando-se e alcançando-se a *mens lege*.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO

A Administração Pública a fim de satisfazer o bem da coletividade e o progresso social, na gestão de bens e interesses

relevantes da sociedade, deve-se reger na conformidade de padrões da mais elevada moral, pois dela principalmente se exige, por representar a vontade concreta do Estado, total isenção em seus relacionamentos internos e externos. Dentro do alcance do interesse coletivo age o Estado nas mais diversas áreas da atividade humana. Ademais, ainda sobre transição de era fortemente intervencionista, temos a atuação estatal em certos campos estranhos ao seu fim. Percebe-se que o Estado, nos dias atuais, quase universalmente, ainda é o grande propulsor da atividade econômica. Basta, no caso nacional, verificar-se o montante do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios. É ele, sem sombra de dúvidas, quem mais compra e necessita dos mais variados serviços, ou seja, é o Estado quem comumente mais celebra negócios jurídicos.

Atualmente, conforme os ensinamentos de CELSO RIBEIRO BASTOS,¹ o Estado não atua na busca do lucro como os entes privados. Referido objetivo é naturalmente o fator selecionador dos contratos privados em nossa era capitalista. Desta forma, ausente do espírito estatal a cautela de natureza intrínseca, motivada pelo desejo de lucro, cabe ao instituto jurídico da licitação, como lei de caráter formal, garantir padrões de igualdade nas mais variadas ações da Administração Pública.

Neste passo, a licitação é procedimento administrativo condicional e vinculado, com vista a celebração de contrato administrativo, com o escopo de proporcionar à Administração Pública meio de seleção de proposta que lhe seja mais vantajosa, e, noutra ponta, garantir condições de igualdade aos que com ela pretendam contratar. Ou seja, é procedimento administrativo, pois constitui-se de uma cadeia de atos administrativos; é condicional no sentido que é requisito para a celebração de futuro contrato administrativo; visa satisfazer o interesse da administração buscando a melhor proposta e, por último, em nível conceptual, é o meio de concreção isonômico, efetivando equidade entre particulares, traduzindo-se no pressuposto moral do certame.

(1) Cf. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 112.

4.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O *caput* do art. 5º de nossa Carta Magna, imperativamente, respaldando posição de proporções praticamente universais em matéria constitucional, proclama a igualdade de todos – tanto a brasileiros, quanto a estrangeiros residentes no país – perante a lei. Referida emanção é disposta no título II da CF/88 sob o título “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. E, assim sendo, conferindo paridade a todos ante a norma, é, iniludivelmente, princípio norteador da atividade legislativa e das relações jurídicas concretas.

É FRANCISCO CAMPOS² quem nos oferece a *prima face* o quão fundamental é o princípio da isonomia: “*O princípio não tem, portanto, como foco de incidência um ponto previsto e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou que sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica*”.

Em termos gerais, o princípio isonômico veda toda a sorte de discriminação. *A priori* todos devem ter tratamento igualitário perante a lei. Todavia, é de ingenuidade irracional pretender que o direito se abstenha de apreciar as desigualdades que de fato existem e são inerentes à espécie humana. O direito não pode negar os fatos, “o que é, é”, “dois mais dois são quatro”. Não há Constituição ou lei que frustrate a consciência do homem. Procede daí que as desigualdades existem e geram desequilíbrio que o direito deve contrabalancear. A discriminação, por demais das vezes, é

(2) CF. RDA. vol. X, p. 380.

exigência inafastável para que se atinja a igualdade. O direito não pode se abster de proteger os menos afortunados sob a guarida da igualdade formal, nem tampouco ver o mundo como realmente é!

FÁBIO KONDER COMPARATO³ aduz: “A igualdade perante a lei, muito longe de representar o domínio da forma abstrata sobre as exigências vitais, a hipocrisia da uniformização sobre a autenticidade das diferenças criadoras, é a verdadeira garantia para a evolução harmônica da humanidade, cuja grande riqueza, como bem disse TEILHARD DE CHARDIN, é feita pela unidade de suas diferenças”.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,⁴ em conceituada monografia, desdobra o ponto sob análise. Se não, vejamos suas proverbiais considerações: “*Demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de ARISTÓTELES, assaz das vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito humano: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Ao dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?*” E adiante: “*Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional*

(3) Cf. *Direito Público e Pareceres*. Ed. Saraiva. SP, 1996. p. 60.

(4) Cf. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., Ed. Malheiros. SP, 1994, p. 10.

– é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”.

Pois bem, imperioso é tornar mensurável a atividade discriminatória, deixar menos nebulosa a fronteira entre a discriminação legítima e a arbitrária. E assim, a medida da atuação estatal entre os ditos desiguais deve ter motivos sólidos e atuação dosada. A discriminação deve ser fundada em razão fática, o direito não pode criá-la. Não se admite, desta sorte, que na ânsia de privilegiar os menos favorecidos, exarcebem-se suas prerrogativas, desequilibrando novamente a situação fática. O tratamento jurídico desigual deve nascer com o objetivo de gerar igualdade concreta em consonância com os valores consagrados na Carta Magna e no ordenamento em sua totalidade.

5. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LICITAÇÃO PÚBLICA

O inc. XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de forma elogiável, após proclamar a exigibilidade do procedimento licitatório – salvo as exceções previstas em lei – preocupou-se em estabelecer a “igualdade de condições entre todos os concorrentes”. E é nestes termos que se veda à Administração Pública a prática discriminatória, tanto positiva, favorecendo apadrinhados, quanto negativa, minimizando desafetos.

Vale lembrar, por oportuno, que o próprio *caput* do art. 5º de nosso Texto Máximo, de forma generalizada, estabelece a igualdade de todos perante a lei. Depreende-se, por via direta de consequência, que, sendo, como realmente o é, o instituto da licitação regulado por lei, o artigo invocado, elevado como garantia fundamental, já serve às relações licitatórias.

Na realidade, repete-se, o princípio da isonomia é parte do conceito de licitação. Sua função é uma das razões de existência do instituto em voga, sendo consectário direto dos princípios gerais do direito administrativo. Todavia, é inerente que se estude a isonomia à luz da segunda razão do instituto da licitação, que é servir como instrumento à Administração Pública para selecionar

a proposta que lhe seja mais vantajosa segundo suas necessidades. Assim, trabalha-se com duas situações que, à primeira vista, podem parecer antagônicas, quais sejam o fato de a Administração ter que estabelecer critérios diferenciadores, portanto que levam à discriminação e, no mesmo plano, o fazer isonomicamente, garantindo a igualdade entre os participantes.

EROS ROBERTO GRAU,⁵ confrontando a isonomia ao interesse público, esclarece que *“a licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Vale dizer: não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da isonomia, sacrifique-se o interesse público. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do interesse público em sacrifício da isonomia. Ambos, princípio do interesse público e princípio da isonomia, coexistem, completando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório”*.

Nesta dupla função, em que, bem se vê, se completam, reside certa confusão quanto à aplicação do princípio da isonomia, pois, por não poucas vezes, administradores públicos esforçam-se em condensar tais questões com o intuito de auferir vantagens particulares. Bom seria se ao tratarmos das licitações pudéssemos fixar critérios de avaliação estritamente objetivos. Todavia, a todas as luzes, há situações que necessitam de uma apreciação subjetiva, discricionária. É certo que esta discricionariedade é limitada pela lei e pela finalidade precípua da Administração Pública, respaldando-se o interesse público. Entretanto, apesar da malsinada prática administrativa nacional, as proposições elencadas não haverão de se misturar. De forma clara, a administração deve estabelecer meios que lhe discriminem a proposta mais vantajosa – mesmo com inevitável fator subjetivo – sem perder de vista o princípio da igualdade de todos perante a lei.

Neste mister, equilibrando as emanações principiológicas, alcançaremos o princípio da proporcionalidade. Ou seja, aplica-se

(5) Cf. *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos Sobre a interpretação da lei)*. Ed. Malheiros. SP, 1995, p. 17.

a isonomia viltada ao interesse público e o interesse público à isonomia, extraindo-se a medida aceitável entre os dois pontos, sem discrepância.

6. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS LEI DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Lei 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei 8.883/94, vem regulamentar o inc. XXI do art. 37 da CF/88, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Destarte, a referida lei, de forma louvável, já no *caput* de seu art. 3º, alberga, ao nosso entendimento, de maneira conceptual, o princípio da isonomia, elevando-o a objetivo da licitação. Na realidade, a lei em questão desdobra o princípio isonômico em variadas situações e aspectos. É corrente em todo o seu corpo o esforço em garantir a emanção constitucional, discriminando situações, como lhe é peculiar, mas sempre na direção da igualdade.

Sem dúvida, colocado como foi, em primeiro plano sobre os demais princípios, de forma expressa, como um dos destinos do procedimento licitatório, a isonomia é o princípio de maior relevo. Tão fundamental é sua importância que o legislador incorreu em evidente *bis in idem*, conquanto a redação confusa do *caput* do citado dispositivo – usual na legislação brasileira – prevê o princípio da isonomia e, *a posteriori*, no mesmo artigo, o princípio da igualdade, refletindo, à clara luzes, o parco estudo concernente à principiologia. Os dois vocábulos têm o mesmíssimo significado. “Iso” traduz “igualdade”! Ambos são tratados como sinônimos em todo o nosso ordenamento. O próprio artigo em questão confirma a coincidência, pois “garante o princípio constitucional da isonomia”, enquanto que a Constituição em momento algum usa tal expressão, utiliza tão-somente o termo “igualdade”.

Numa análise comparativa com os demais princípios enunciados no *caput* do artigo, conclui-se que todos mantêm ligação com o princípio da isonomia. Como sabido, os princípios formadores de um instituto se interligam para, em conjunto,

formarem um regime jurídico. Desta maneira, os princípios da legalidade da moralidade, da probidade administrativa da publicidade, da impessoalidade, da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo guardam geminação siamesa entre si, identificando-se no caráter isonômico.

A propósito CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶ assevera: *“Quanto a nós, rejeitando, de logo, à força aberta, o último dos princípios enunciados – posto que não nos parece a adjudicação seja sempre obrigatória – (cf. 183 a 192) consideramos suficientes os seguintes: a) isonomia; b) publicidade; c) respeito às condições prefixadas no edital; d) possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. Sem embargo, julgamos que todos descendem do primeiro, pois são requisitos necessários à sua existência ou à fiscalização de sua real ocorrência”*.

Nesta conjuntura o princípio da legalidade vinculando a atuação do agente administrativo à lei, investido-o de um *munus publico*, liga-se a isonomia, visto que, este traduz a “igualdade perante a lei”, sendo o termo chave o último. A legalidade é legítima quando em sintonia com a igualdade. Nestes termos, FÁBIO KONDER COMPARATO,⁷ relacionando os referidos princípios, averba que *“compreende-se, pois, nesse sistema de pensamento, que não há liberdade sem legalidade, nem legalidade sem igualdade”*.

Relativamente aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, estes se agregam, traduzindo a repulsa a condutas contrárias aos valores consagrados no sistema jurídico nacional. Sendo a igualdade verdadeiro cânone e expressão de padrões morais, concluiu-se que o desrespeito à isonomia induz à imoralidade e à improbidade administrativa.

A publicidade, adiante acentuada no § 3º do mesmo artigo, dispondo que *“a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público aos atos de seu procedimento, salvo quanto*

(6) Cf. *Licitação*. 1. ed., Ed. RT, SP, 1985, p. 2.

(7) Cf. *Ob. cit.*, p. 47.

ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”, obrigando os responsáveis a executar de forma aberta e propiciando o conhecimento de todos relativamente as operações concernentes ao certame, é instrumento da isonomia, pois só através dela todos terão oportunidade iguais de manifestar seu interesse. Neste diapasão, MARIA GARCIA⁸ acentua: “A publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização das obras, serviços e todas as modalidades *ad negotia* dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público – a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância”.

Por sua vez, o princípio da impessoalidade só faz consagrar a emanção fundamental da proposição isonômica. É que, por ele – o próprio nome o revela –, não se deve levar em conta distinções pessoais, discriminatórias e infundadas.

A vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo, de forma semelhante, vêm assegurar a isonomia. O edital deve estipular todas as regras referentes ao procedimento e só assim pode haver igualdade, pois a Administração deve claramente expor o que deseja para que os licitantes possam oferecer seus préstimos. Neste sentido, o procedimento vincula-se necessariamente ao ato convocatório e, como não poderia deixar de ser, o julgamento deverá ser realizado ante critérios objetivamente dispostos no edital. Admitindo-se o contrário, estar-se-ia sepultando a isonomia, conferindo exacerbada e incontrolável discricionariedade à Administração.

O princípio da competitividade é o postulado pelo qual a lei repele com veemência casos em que as condições ou cláusulas impostas no ato convocatório restrinjam seu caráter competitivo. Neste sentido, EROS ROBERTO GRAU,⁹ aduz que: “competição, pressuposto da licitação, é possibilidade de acesso de todos e

(8) Cf. *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Ed. Forense Universitária. RJ, 1995, p. 10.

(9) Cf. *Ob. cit.*, p. 15.

quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia da igualdade (isonomia)”.

Sem maiores delongas, percebe-se, com facilidade, a importância fundamental do princípio isonômico ante o ordenamento jurídico pátrio, no campo específico das licitações e sua relação direta e preponderante sobre os demais princípios elencados.

7. DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A primeira modalidade prevista na Lei 8.666/93 é da concorrência. Destina-se, portanto, para as licitações de maiores valores, que, por critério do legislador, mereceram procedimento mormente mais cauteloso que os demais. A concorrência é a modalidade de licitação aberta entre quaisquer interessados que passem pela fase de habilitação preliminar. Tal fase consiste nas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, formalmente disposta no inc. XXI do art. 37 da CF/88. Concluiu-se, sem receio, que a concorrência é a modalidade licitatória que melhor recebe o princípio de todos perante a lei, pois a todos é aberta, devendo, somente, comprovar as mínimas condições para celebrar o contrato.

Para negócios de valor médio o legislador buscou simplificar o procedimento. Assim, criou a segunda modalidade, conhecida como tomada de preços. Neste caso há um cadastro anterior que substitui a fase de habilitação, conferindo-se suposta agilidade ao certame. O cadastro faz as vezes da habilitação, pois, para daquele constar, é necessário comprovar os mesmos requisitos postos para esta.

A terceira modalidade, chamada convite, restringe o universo dos participantes e, por conseqüência, prejudica a igualdade. Este procedimento, para contratos de valores ainda menores, prescreve que se deverá expedir carta a no mínimo três pessoas do ramo pertinente, fixar em lugar apropriado cópia deste convite – assinalando que se entende por lugar apropriado a própria sede da

repartição responsável para licitação – estendendo-o a demais interessados e, assim, julgar qual a melhor proposta.

Como já dito, ao delinear o conteúdo da emanção isonômica perante as licitações públicas, deve-se conciliar este princípio com o interesse público, alcançando o princípio da proporcionalidade. Todavia, não se admite que, apenas por corresponder a valores ditos reduzidos e para agilizar a atividade administrativa, possa-se autorizar a contratação sem a devida publicidade e, em decorrência, sem tratamento igualitário. Sublinha-se que não se trata de interpretação racional. A simples proposição “convite” não coaduna com a proposição “isonomia”. Ora, não paira dúvidas, a lei substituiu a igualdade de todos para a igualdade entre os convidados. Sem contar a violência ao princípio da publicidade. Sob o argumento de agilizar o trabalho da Administração Pública, remete-se ao limbo os preceitos constitucionais do *caput* do art. 5º e do inc. XXI do art. 37.

Poderia-se, para facilitar a atividade administrativa, até mesmo dispensar a atividade administrativa, até mesmo dispensar a realização do certame em tais casos, o que em tese seria menos gravoso a isonomia em comparação a expedição de convites a três interessados. Se se pretende simplificar o procedimento licitatório, deve-se fazê-lo preservando a paridade entre os interessados. Dispensando-se a licitação ao menos ninguém seria especialmente convidado a participar.

Em seguida temos o concurso, aberto a todos os interessados, para a escolha de melhor trabalho técnico, científico e artístico, que é feito com divulgação ampla. Nesta modalidade, em geral, está presente um maior grau de subjetividade por ocasião do julgamento. E, por fim, o leilão, por onde a Administração aliena seus bens a quem melhor pagar. Em regra utiliza-se de pré-avaliação e a todos é facultada a possibilidade de participação.

8. DAS FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A primeira fase disposta na Lei 8.666/93 é a da habilitação. Este é o momento em que se examina a capacidade jurídica, a

qualificação técnica e econômica e a regularidade fiscal daqueles que com a Administração queiram contratar.

Nas empresas privadas é cautela inerente ao seu exercício. Um comerciante, ao celebrar contrato, por vigilância, irá certamente buscar elementos que lhe digam com quem está negociando. Deve-se atentar se a outra parte está devidamente registrada no órgão competente, qual seu capital, se é estabelecida, etc. Também nas relações de consumo temos o Serviço de Proteção ao Crédito que permite ao particular checar preliminarmente a quantas andas o crédito de quem pretende consigo negociar. Assim sendo, o inc. XXI do art. 37 da CF/88 dispõe sobre a obrigatoriedade do procedimento licitatório, em igualdade de condições, permitindo-se fazer “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Portanto, há de se ressaltar, o legislador está adstrito a exigências indispensáveis que garantam o adimplemento do contrato que se pretenda celebrar. Ou seja, quaisquer outras exigências estranhas a este fim afrontam a emanção constitucional.

A segunda fase disposta na citada lei refere-se ao edital. É de sublinhar seu fundamental papel para o certame. Pode-se afirmar que é o documento de maior relevo, já que deverá conter todas as características, exigências e particularidades do procedimento licitatório. O saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES¹⁰ refere-se ao edital como “lei interna da concorrência e da tomada de preços”. Tão grande é sua importância que a vinculação ao instrumento convocatório foi erigida no *caput* do art. 3º a princípio da licitação pública. Bem se vê, ainda, a estrita ligação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório com o princípio da isonomia. O edital é meio de se garantir a igualdade de todos perante a lei, visto que disporá sobre as mais diversas situações, sempre destinando-se a aferir o melhor contrato para a Administração Pública e a garantir a isonomia entre os licitantes. O edital deve ser preciso ao descrever o objeto da licitação para que as propostas apresentem-se com certa homogeneidade, portanto não pode ser

(10) Ob. cit., p. 260.

abrangente em demasia, dando azo a propostas díspares, nem tão-pouco restritivo, impedindo a participação daqueles que poderiam satisfatoriamente atender ao interesse da Administração.

Por derradeiro, passando pela verificação da subsunção das propostas aos termos do edital, adentramos ao julgamento, que conforme o disposto no *caput* do art. 44 e por força dos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, deverá ser realizado mediante critérios estritamente objetivos definidos no edital. Agregue-se, no entanto, que, não raras vezes, fatores subjetivos influirão no julgamento. Qualquer afirmação contrária constitui ingenuidade gritante, pois a subjetividade é inerente ao gênero humano.

Ainda, agora o § 3º, do art. 44, não admite proposta que apresente preços simbólicos e irrisórios que diretamente atacam a competitividade e a igualdade. É fato que provoca a desclassificação preliminar nos moldes das propostas que não se adequam ao objeto do edital. No entendimento de MARCELO CAETANO,¹¹ para serem apreciadas, as propostas devem ser “sérias, firmes e concretas”. Daí que a proposta deve ter condições de ser mantida e cumprida, quer dizer, deve ser exequível para ser considerada.

O § 1º do art. 45, por sua vez, elenca os tipos de licitação. Dentro deste espectro temos: (a) licitação de menor preço, quando o fator critério for exclusivamente o preço, (b) de melhor técnica e (c) de técnica e preço.

O critério relativo ao preço despreendido da técnica é o mais objetivo. Entretanto, não leva à igualdade no julgamento. Somente se aprecia se a proposta está de acordo com o edital, verifica-se quem oferece o melhor preço e proclama-se o vencedor. Nestes moldes, é irracional pretender-se elidir a apreciação técnica das propostas, como se esse fator não influenciasse no preço final. Desta forma, pode-se ter preço e técnica de baixo índice que não sejam vantajosos à Administração comparados a alta qualidade técnica com preços mais elevados, que, no entanto, reflitam seu custo real.

(11) Cf. *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Forense. RJ, 1970, p. 539.

Ocorre, destarte, que o critério do melhor preço muitas vezes, apesar de parecer albergar a isonomia, estabelece julgamento visceralmente injusto e impondo evidente discriminação aos que com melhor qualidade queiram contratar com a Administração. Ao elaborar determinada proposta leva-se em conta dois padrões, o preço e a qualidade. Ocorre normalmente, e por dedução, que a proposta de melhor qualidade não tem o menor preço e vice-versa. Ou seja, deve-se utilizar meio que condense os dois opostos e aprecie a proposta como um todo, o que, como e por qual custo oferece? Conferindo-se relevância somente ao preço, não se julga com igualdade, pois despreza-se a qualidade. A qualidade faz parte do preço, logo o critério que leva em consideração somente o fator preço afronta a igualdade, pois exclui a apreciação total da proposta, impondo distinção que não encontra guarida na racionalidade lógica. Há evidente privilégio aos que não primam pela qualidade.

Normalmente para se atingir determinado objetivo há dois caminhos. Um simplório, não nos causa tanto trabalho; outro complexo, necessita dedicação e atenção. Com raríssimas exceções, o segundo caminho nos propiciará os melhores resultados. Para se atingir a isonomia há de se julgar levando-se em consideração – de forma séria – o preço e a técnica. É o caminho mais difícil e o único, em regra, que atenderá o interesse público, respaldando a isonomia.

9. CONCLUSÃO

Diante do que se expôs, deduz-se, de forma sucinta, as seguintes conclusões:

1. A principiologia, como critério interpretativo, é fundamental para a compreensão do direito, aplicando-se, por consequência, ao instituto das licitações. Há de se libertar o espírito e trazer os princípios de nosso ordenamento à labuta diária.

2. A igualdade não se resume a formas abstratas. As condições sociais são desiguais e o direito não se pode abster de enfrentá-las.

3. O preceito isonômico vêm exposto na CF/88 como garantia fundamental dos indivíduos e adiante, confirmado como um dos

objetivos perseguidos pela licitação pública. Demais disso, é fundamento ético de um Estado Democrático de Direito, devendo, pois, ser entendido com a maior amplitude possível.

4. A essência do instituto da licitação pública reside em estabelecer critérios que levem à discriminação do que seja mais vantajoso à Administração e no mesmo plano, fazê-lo preservando a igualdade de todos perante a lei, alcançando-se a verdadeira razão de proporcionalidade entre o interesse público e o princípio da isonomia.

5. O princípio da isonomia na licitação prepondera sobre os demais, encontrando-se estes abrangidos pelo seu espectro e a ele se conformando.

6. A emanção isonômica incide sobre todo o procedimento licitatório, atingindo outros atos administrativos porventura dele decorrentes. Desta maneira, perpassa todos os procedimentos e modalidades, desnaturando-se o próprio instituto da licitação se a mesma não for respeitada.

7. Relativamente às modalidades de licitação, há de se notar o **convite**, que, de certa forma, restringindo o universo de participantes a apenas três interessados, traduz veemente ofensa à isonomia.

8. A fase da habilitação deve-se ater a exigências que comprovem as condições essenciais para que os interessados em contratar com o Poder Público assim possam fazê-lo. Há de se valer de cautela, pois exigências que exarcebem referida finalidade frustram a competitividade e a isonomia.

9. O Edital tem a pomposa função de definir as regras do certame. Deve, inarredavelmente, encarnar o princípio da isonomia. Sobremais, precisa definir claramente o objeto da licitação para que os interessados isonomicamente possam se manifestar.

10. Pretende-se que o julgamento das propostas corra por critério estritamente objetivo. No entanto, certo grau de subjetividade é inevitável e não viola *per si* o princípio da isonomia.

11. As propostas devem ser julgadas levando-se em consideração o preço e a técnica. Ao se apreciar tão-somente o fator preço, estar-se-á negando elemento fundamental consistente na qualidade do que se oferece. É critério que atira a isonomia às favas, pois os que primaram pela qualidade sofrerão infundada discriminação.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, César Ribeiro. – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. – **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 46-61.
- CRETELLA Jr., José. – **Das Licitações Públicas**. 9. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. – **Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 66-70.
- . – **Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo, Atlas, 1996.
- FARIA, José Eduardo. – **Direito e Globalização Econômica: Implicação e Perspectiva**. São Paulo, Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. – **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 2. ed., São Paulo, RT, 1992.
- GARCIA, Maria. – **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 1-17.
- GRAU, Eros Roberto. – **Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a interpretação da lei)**. São Paulo, Malheiros, 1995.
- JUSTEN, Marçal Filho. – **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro, Aide, 1993, 530 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. – **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo, Malheiros, 1990, p. 245-293.
- . – **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outro. São Paulo, Malheiros, 1996, 420 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. – **Licitação**. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo, RT, 1985.
- . – **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, 48 p.
- . – **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo, Malheiros, 1993.