

A Licitação e sua adequação constitucional por parte da Administração Pública

Um verdadeiro Estado de Direito deve pautar-se pela Lei.

Para que haja a efetiva segurança nas relações entre governante e governados, a Lei deve se apresentar como verdadeiro ideal a ser observado por todos, garantindo a necessária estabilidade e pacificação social.

Somente mediante a criação de leis substancialmente e adjetivamente adequadas à proteção do ser humano, bem como o efetivo respeito e observância por todos os que integram o corpo social – incluindo o próprio Estado, através de seus representantes – estar-se-á alicerçando as bases axiológicas necessárias à almejada Ordem e Progresso.

Extraído da leitura circumspecta de textos constitucionais, é unânime o entendimento de que a concepção de “Estado de Direito” atingiu tamanha relevância nas ciências jurídicas após o advento da II Grande Guerra Mundial, instigando, *ex vi*, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, a tecer o apropriado comentário:

A evolução da instituição acabou culminando no surgimento do Estado de direito, noção que se baseia na regra de que ao mesmo tempo em que o Estado cria o direito, deve sujeitar-se a ele. A formula do *Rule of Law* prosperou de tal forma que no mundo jurídico ocidental foi ela guindada a verdadeiro postulado fundamental.

Ressalte-se, por fim, que a Lei deve salvaguardar os direitos individuais consagrados, sem distanciar-se nas liberdades públicas; uma linha extremamente tênue, exigindo do corpo social, como um todo, o espírito, o respeito e o altruísmo público necessário para o melhor desenvolvimento de nossa Sociedade.

Conforme lição dos Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citando os Professores Roberto Senise Barbosa e Gilberto Haddad Jabour, temos:

Os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para as suas projeções ou exteriorizações para a Sociedade. Por isso, impõem à coletividade uma conduta negativa, evitando embaraço ao seu exercício. De outro lado, as liberdades públicas “são condutas individuais ou coletivas realizadas de forma autodeterminada, em face da autorização expressa ou implícita,

conferida pelo Estado”, como pondera Roberto Senise Lisboa. Disso não discrepa Gilberto Haddad Jabur, esclarecendo que “as liberdades públicas surgem quando o Estado consagra direitos individuais ou fundamentais”.

Para perseguir de seu objetivo primordial, qual seja, materializar através da Lei o interesse público, o Estado, mediante o exercício de sua função administrativa, promove uma série de ações multifacetárias e complexas, em âmbito Federal, Estadual, Municipal, exercendo relevantes funções de cunho administrativo.

Dentre elas, destacamos a atividade licitatória, servindo-se de bens e serviços para a realização de obras, execução de serviços públicos, prestação de serviços, dentre outras infinitivas atividades e necessidades que diuturnamente se apresentam em nossa coletividade.

A atividade de licitar decorre da necessidade de efetivos controles procedimentais direcionados a salvaguardar os princípios constitucionais que fundamentam a atividade administrativa estatal, zelando pela proteção do patrimônio e moralidade públicos¹

Da lição do Professor Enrique Sayagués Laso, em seu Tratado de Derecho Administrativo, temos que a licitação veio contornar tais riscos, sendo um procedimento anterior à celebração de um contrato, “permitindo que várias pessoas ofereçam suas propostas e, em consequência, seja escolhida a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”.

Assim, podemos concluir que a licitação veio a prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador público, seja ele atuando em âmbito dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, “algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa”, nas precisas palavras do Professor José dos Santos Carvalho Filho.

Concomitantemente, a licitação busca conferir tornar efetivo o postulado constitucional da Igualdade, proporcionando a todos os interessados em contratar com a Administração Pública as mesmas condições materiais e formais, estimulando a competitividade para o bem maior de toda a coletividade.

¹ A licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, a final, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Nesse ponto, o artigo 37 da Constituição Federal indica expressamente os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência como parâmetros a serem observados pela atividade administrativa estatal, não impedindo a presença de outros postulados identificados implicitamente na exegese de institutos normativos previstos em nosso ordenamento jurídico.

José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua o instituto jurídico da Licitação;

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, científico ou artístico.

Para conferir efetiva proteção legal a tal instituto jurídico, adequando-se aos valores ontológicos que norteiam o positivismo estatal, primando pelo respeito, obediência e submissão à Lei, o artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988 referiu-se expressamente acerca da Licitação, conferindo competência privativa da União Federal para legislar sobre o tema, assim expondo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Na mesma linha de tutela constitucional, o artigo 37, inciso XXI, estabelece que fora dos casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Parecer Jurídico elaborado por Adriana Maurano, Procuradora do Município de São Paulo (SP), intitulado "**A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**", aponta que a Constituição de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública, pois “**apesar dos textos constitucionais anteriores contemplarem dispositivos relacionados ao acesso à função**

pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta de 1988”.

Explica a Procuradora Adriana Maurano:

O art. 37, XXI da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.666, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), em vigor atualmente, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Esta Lei estabelece cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso. Estas modalidades estão definidas no art. 22 da Lei Federal nº 8.666/93.

Temos, dessa forma, que todos os entes que integram a estrutura estatal, seja direta, ou indireta, pessoas jurídicas ou físicas, devem necessariamente atender aos parâmetros normativos estabelecidos pela legislação infraconstitucional, alinhando-se aos anseios de nosso legislador constituinte.

Oportuna a esclarecedora lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho:

A noção de Estado não pode abstrair-se da de pessoa jurídica. O Estado, na verdade, é considerado um ente personalizado, seja o âmbito internacional, seja internamente. Quando se trata de Federação, vigora o pluripersonalismo, porque além da pessoa jurídica central, existem outras internas que compõem o sistema político. Sendo uma pessoa jurídica, o Estado manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja, as pessoas físicas que pertencem a seus quadros.

Neste sentido, temos que a Administração Pública pode atuar de forma direta ou de forma indireta, sendo esta caracterizada por um conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada, executando algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas, conforme aponta o Professor Carvalho Filho:

O Estado é o exclusivo juiz da conveniência e da oportunidade em que deve ser descentralizada esta ou aquela atividade e, em consequência, criada (ou extinta) a entidade vinculada. Mas não há dúvida de que, criada essa entidade, a atividade a ser por ela exercida será descentralizada.

Como exemplo, temos as Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações Públicas, inseridas na administração indireta através da Lei Nº 7.596, de 10 de abril de 1987.

Tratando especificamente do exemplo da Petrobrás, entidade integrante da Administração Pública Indireta, temos que em 2006, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu pedido liminar feito pela Petrobrás para suspender decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que impedia a empresa de utilizar seu regulamento de procedimento licitatório simplificado.

Relator do processo, Gilmar Mendes reconheceu, em sede liminar, o fundamento da argumentação da empresa, observando expressamente que a empresa atua em mercado que, por força da Emenda Constitucional nº 9/95, está aberto à participação de empresas privadas. A competição direta com companhias privadas justificaria, assim, um regime mais flexível de contratação por parte da Petrobrás, já que, nas palavras do ministro, "a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes".

De acordo com informações extraídas do Instituto Rui Barbosa em 2007, a então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, ao deferir a liminar requerida no Mandado de Segurança (MS) 26808, garantiu à Petrobrás o direito de promover licitações simplificadas, de acordo com o Decreto Presidencial 2.745 /98.

A Petrobrás alega que o Decreto 2.745 /98 regula o processo simplificado para suas licitações porque "objetiva atender a dinâmica do setor do petróleo, caracterizado por um ambiente 'de livre competição com outras empresas e regido em função das condições de mercado, onde agilidade é fundamental', razão pela qual a adoção do sistema de licitação e contratação imposto pela Lei nº 8.666 /93 é inadequado e incompatível ao ambiente de livre concorrência, muito menos com o princípio da eficiência presente no artigo 37, caput, da Constituição Federal".

Entretanto, entendemos ser necessária a observância dos procedimentos adotados pela Lei nº 8.666/93, mesmo diante das peculiaridades mercadológicas em tela. Por outro lado, há de se construir novos caminhos jurídicos, a exemplo do Pregão Eletrônico, adequando-se a realidade econômico social à necessidade de normatização para a efetiva proteção do patrimônio público.

Citando outro exemplo, temo o caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPS, entidades integrantes do chamado Terceiro Setor, são consideradas estas entidades da sociedade civil que possuem fins públicos e não lucrativos, tendo como objetivo o desenvolvimento político, econômico, social e cultural, por meio de atividades complementares, ou suplementares à Administração Pública.

A Lei Federal nº 9.790/99 institui e disciplina o regime das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, consideradas OSCIP. Ainda, com base no art. 9 desta lei, tais entidades podem realizar Termo de Parceria com o Poder Público, para o fomento e execução de projetos públicos e sociais. Sobre o tema, extraímos a lição de Tarso Cabral Violin, trazendo importante reflexão:

O art. 119 da Lei n.º 8.666/93 determina que as entidades da Administração indireta federal e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições da Lei de Licitações. Diante deste dispositivo legal, entendemos que o regulamento próprio das OSs e OSCIPs para suas contratações deverá atender as normas gerais e princípios da Lei Nacional de Licitações, sob pena de ser considerado ilegal e até inconstitucional.

Tendo em vista a íntima ligação entre as atividades desempenhas pelas OSCIPS e os fins sociais vislumbrados pelo Estado, entendemos ser extremamente salutar a subordinação de tais entidades aos parâmetros normativos estipulados pela Lei 8.666/93, salvaguardando a própria linearidade categorimática e sistêmica de nosso ordenamento jurídico.

No momento em que o texto constitucional elenca valores fundamentais a serem observados para uma melhor atividade estatal, bem como a concretização de tais preceitos esculpidos em Lei Federal, nada mais juridicamente harmônico do que enquadrar todas as entidades que atuam em apoio à atividade estatal nos preceitos estabelecidos por nossa carta maior, salvaguardando a linearidade, segurança e equilíbrio de toda a sistemática administrativa.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSEVALD, Nelson. **Direito Civil- Teoria Geral**. 8ª edição, Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo**. Daniel H. Martins: Montevideú, 1974.

MAURANO, Adriana. **Parecer Técnico: A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**. Disponível em www.conlicitacao.com.br . Acesso em 14 de dezembro de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Editora Fórum, 2006.