

## Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional

ALEXANDRE DE MORAES (\*)

Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: I - Da necessidade da licitação; II - Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação; III - Da dispensa da licitação; IV - Da inexigibilidade da licitação; V - Conclusão.

### I - Da necessidade da licitação

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilegitimidade do patrimônio público, determinou, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais e legais da legalidade, moralidade e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecer a uma rigorosa formalística como "precedente necessário a todos os contratos administrativos, com o fim de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado"<sup>(1)</sup>, assegurando, assim, sua licitude. A participação da Administração Pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, "o acatamento aos princípios mencionados empece - ou ao menos forceja por empecer - conluios inadmissíveis entre

(\*) - Primeiro Secretário da Associação Paulista do Ministério Público Professor de Direito Constitucional e Penal do Curso MPM/Damásio.

(1) - Celso Ribeiro Bastos "Curso de Direito Administrativo" - Saraiva 1994 - pág. 112

agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade"<sup>(2)</sup>.

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Desta forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, pois, como destaca Antônio A. Queiroz Telles, "com o fim de afastar o arbitrio, a moralidade administrativa inspirou a legislação: a formalidade da concorrência, por meio da qual a Administração adjudica obra ou serviço ao co-contratante que contra-ofereceu vantagens de maior monta para sua realização"<sup>(3)</sup>.

Sabemos que o administrador público só pode fazer o que está expressamente autorizado em lei. Isso está resumido no preceito: "L'Etat, c'est la loi", que contradição o "L'Etat, c'est moi" do absolutismo. Como ensina Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo Brasileiro", 13ª ed., pág. 61), "na Administração Pública, não há liberdade de nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". A expressão legalidade significa um pouco mais do que conforme à lei; ela deve ser entendida de modo mais abrangente, conforme ao Direito de forma mais extensa, como ensinam Vedel e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>(4)</sup>.

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal).

O eventual afastamento desses referidos direitos fundamentais, os princípios da igualdade e legalidade, por parte da Administração Pública diminui o manto duplice de proteção do cidadão em relação ao detentor do poder estatal, existente em um Estado de Direito e conceituado pelo professor da Faculdade de Direito de Coimbra e constitucionarista português J. J. Gomes Canotilho "sob uma dupla perspectiva", pois, primeiramente, "constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; e ainda, implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>(5)</sup>, e acaba por permitir em detrimento ao interesse público e com grande lesividade ao patrimônio geral.

### II - Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação

Como salienta José Afonso da Silva, "o princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público"<sup>(6)</sup>.

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação, e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos onde esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte

(2) - "Elementos de Direito Administrativo", 3ª ed., Malheiros, pág. 180.

(3) - Introdução ao Direito Administrativo, R.T., pág. 199.

(4) - Pinto Ferreira, "Comentários à Constituição Brasileira", 2º vol. art. 37 caput pág. 362.

(5) - "Direito Constitucional", Almedina, 6ª ed., 1993, pág. 541.

(6) - "Curso de Direito Constitucional Positivo" ed. Malheiros 9ª ed. pág. 573.

propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses infraconstitucionais a serem previstas a dispensa e a inexigibilidade do certame licitatório.

Analisando as normas técnicas para interpretação constitucional, José Tarcizio de Almeida Melo aponta que "deve ser acentuado o caráter teleológico, finalístico, da norma constitucional. No processo de interpretação constitucional, deve-se atentar para o objetivo imediato que a Constituição desde sua origem, tem preservado".<sup>(7)</sup>

Este objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

Pinto Ferreira salienta que "existem diversos princípios que disciplinam as licitações. Sayagués Laso menciona os princípios da igualdade e de estrito cumprimento do edital. José Roberto Dromi relembra os princípios da livre concorrência e da igualdade entre os afetantes", e mais adiante acrescenta "a licitação representa uma disputa entre concorrentes".<sup>(8)</sup>

A exegese constitucional indica que havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação e somente, excepcionalmente, a dispensa ou a inexigibilidade prevista na legislação ordinária deverá ser aplicada.

Assim, o intérprete deve respeito à hermenêutica constitucional, como afirma Maria Helena Diniz, ao analisar o papel da semiologia na construção científica da questão eficaz do preceito constitucional, afirma que "o jurista ao delinear o conceito de eficácia deve colocar-se no plano da axiologia positiva, pois ao compreender o sentido e o alcance do referido conceito, apresentando soluções viáveis, deve ater-se aos valores jurídicos constituídos pelas valorações reais vigentes numa sociedade em certo momento. Com isto, não há penetração das opiniões pessoais do cientista do direito na seleção e valoração do fenômeno eficaz, objeto de sua investigação".<sup>(9)</sup>

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr., analisando a aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, ensina que "admitindo-se que as normas jurídicas instauram uma relação de autoridade - portanto uma relação de hierarquia - entre o seu emissor e o seu destinatário (cometimento), e ao mesmo tempo expressem um relato, o chamado 'conteúdo normativo', o sucesso da norma estará na adequação entre a relação de autoridade e o conteúdo da norma. Assim, se o objetivo do emissor é obter uma obediência ou submissão (cometimento), mas o conteúdo normado não tem condições de ser cumprido, o sucesso da disposição normativa é frágil, ou não existe. A norma não tem ou tem baixa eficácia. Mas se o objetivo é, por exemplo, não a obediência, não a submissão, mas simplesmente, vamos dizer assim, uma satisfação ideológica, o apaziguamento da consciência política, embora o disposto seja impossível de ser cumprido, este conteúdo impossível de ser cumprido é adequado à relação de autoridade. Porque é exatamente em razão da não aplicação que vai se dar o sucesso da norma. Portanto, nesses termos, a eficácia enquanto termo relativo ao normativo, tendo em vista a relação entre o emissor da norma e o seu destinatário, exige-se que se leve em conta o objetivo colimado na instauração da relação de autoridade".<sup>(10)</sup>

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos

(7) - "Direito Constitucional Brasileiro", Del Rey, 1996, pág. 46.

(8) - "Comentários à Constituição Brasileira", Sarauá, 1990, 2ª vol., pág. 393.

(9) - "Normas constitucionais e seus efeitos", Sarauá, 2ª ed., pág. 16.

(10) - "Interpretação e Estudos da Constituição de 1988", Atlas, pág. 16.

casos especificados na legislação. Desta maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a Administração Pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram-se em exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

### III - Da dispensa da licitação

Analisando o tema da dispensa da licitação, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo afirmam:<sup>(11)</sup>

"A dispensabilidade não afasta, em princípio, e fatalmente, a incidência do requisito da licitação. Por quê? Para o homem do Direito, é muito importante que se tente sempre amarrar a construção doutrinária e a elaboração conceitual, num patamar irreduzível. O mundo do Direito é feito de sucessivas reduções conceituais. Vai-se partindo de uma categoria de pensamento para uma outra que serve de embasamento àquela de onde se partiu. O processo de decantação em sucessivas camadas prossegue, até que se chega a um momento último em que, com segurança, termina o processo. A partir daí, o que se tem já é metafísica jurídica. E esta - como toda a metafísica - prescinde de demonstração. Esse último patamar de reduções sucessivas é a Constituição. Nela é que temos de compreender quais os parâmetros fundamentais que tornam a licitação uma obrigatoriedade; e, a partir daí, verificar se as hipóteses de dispensabilidade, dispensa ou de inexigibilidade têm, ou não, amparo suficiente e confortável, no texto constitucional. A licitação existe, em termos de embasamento constitucional, para a realização dos princípios vetoriais, dos princípios fundamentais, da Lei das Leis. A Constituição aponta princípios fundamentais, que fazem da licitação a regra, e a contratação direta, a exceção: os princípios da igualdade e da moralidade. É imprescindível licitar, porque não se pode fazer uma discriminação entre iguais: todos aqueles que se apresentam no mundo de uma eventual contratação, com iguais aptidões, não devem sofrer privilégios ou detrimimentos, sem uma razão lógico-jurídica, solidamente detectável e palpável. E o princípio da moralidade impõe não ser razoável que os recursos captados da população sejam canalizados, sem competição, para esse ou para aquele, segundo as conveniências ou as preferências do administrador. Todavia, se a conveniência administrativa in concreto comprovada, aliada ao comprovado interesse público específico, ambos concomitantemente encareáveis, em uma das hipóteses do art. 24 da Lei nº 8.666 (antigo art. 22 do Decreto-Lei nº 2.300/86), apontarem excepcionalmente para a preferência à diretiza da contratação direta, a licitação pode ser dispensada; não se pondo em xeque ou em choque, então, os aludidos princípios de isonomia e moralidade".

A legislação ordinária, portanto, deve prever as hipóteses de dispensa da licitação, em conformidade com o fim colimado pela Constituição Federal. Assim "não é dado ao legislador, arbitrariamente, criar hipótese de dispensa de licitação, porque a licitação é uma exigência constitucional." Se o elemento tomado em consideração para que seja feita essa dispensa não for pertinente, não for razoável ou compatível com o princípio da igualdade, a lei será inconstitucional. A dispensa indevidamente dada pela lei não pode valer perante a Constituição. Portanto, não é dado ao legislador dispensar licitação ao seu talante, à sua vontade, se esse fator discriminem, se o elemento tomado em consideração não for relevante e não tiver abrigo constitucional, se não for razoável, pelo menos, à luz da Constituição.<sup>(12)</sup>

A mesma obrigatoriedade exigida para o legislador, que deve no exercício da função legiferante visar o fim colimado pela Constituição, é imposta e deverá ser obedecida pelo

(11) - "Dispensa e Inexigibilidade de licitação", Malheiros, 3ª ed., pág. 401.

(12) - Adilson Dallari "Aspectos Jurídicos da Licitação" Sarauá, 3ª ed., pág. 32.

intérprete, no momento de analisar as hipóteses legais de dispensa da licitação. Sempre a interpretação deve estar de acordo com a previsão constitucional da exigibilidade do certame licitatório, não havendo, pois, possibilidade de interpretações extensivas, que alarguem as hipóteses de dispensa, como salienta Carlos Ari Sundfeld<sup>(13)</sup>.

Para a incidência de dispensa, a norma excepcional, mister a presença de situação fática tal a tornar fundada e razoável a não realização de licitação. Se o caso concreto não é daqueles onde se vislumbra a real inconveniência de licitar, a dispensa não se justifica, mesmo quando, à primeira vista, ele pareça enquadrar-se na descrição normativa tomada em abstrato. Cada hipótese de dispensa descrita na lei tem por trás uma finalidade de interesse público a ensejá-la. Se, em virtude das peculiaridades do caso concreto, tal finalidade não é atingida com a dispensa, a norma não pode incidir. Do contrário, a aplicação da norma se faria em prejuízo de seus objetivos determinantes - é dizer: em contraste consigo mesma<sup>14</sup>.

Hely Lopes Meirelles ensina que licitação dispensável "é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier"<sup>(14)</sup>, nos casos previstos em lei.

Assim, o fato de a hipótese enquadrar-se no dispositivo legal não opera automaticamente a dispensa, sendo necessária a análise, por parte da Administração Pública, da conveniência e oportunidade da referida dispensa, ou seja, "a Administração Pública não está dispensada da licitação, embora seja comum essa assertiva. A dispensa não se opera automaticamente ex vi lege, ainda que os fatos se enquadrem em uma das hipóteses arroladas nesse artigo. Tal dispositivo apenas prescreve que a licitação é dispensável. Por conseguinte, a Administração Pública cabe ajuizar, a cada caso, da conveniência e oportunidade da dispensa. Nessas hipóteses, a entidade obrigada a licitar tem uma faculdade, não obrigação"<sup>(15)</sup>.

Desta forma, para haver dispensa da licitação, dois são os fundamentos exigidos pela Constituição Federal:

O primeiro: saber se o fato adequa-se à previsão taxativa da legislação ordinária caracterizadora da dispensa.

O segundo: uma vez existente a citada adequação, se há conveniência e oportunidade de a Administração para o afastamento do procedimento licitatório.

#### IV - Da inexigibilidade da licitação

Diferentemente da dispensa da licitação, ocorrerão as hipóteses de inexigibilidade, "quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração... Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato"<sup>(16)</sup>.

Como já exaustivamente analisado, a licitação é praxe exigida constitucionalmente, e tanto o legislador quanto o intérprete deverão, sempre, procurar atingir o fim colimado pela Constituição, em respeito, principalmente, aos princípios da igualdade, legalidade, e moralidade pública. Contudo, existirão situações onde os interesses da Administração, e consequentemente, o interesse público, ficará melhor resguardado com a não realização

(13) - "Licitação e contrato administrativo", Malheiros, 2ª ed. pag. 58.

(14) - "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 21ª ed. pag. 253.

(15) - Diógenes Casparini, "Direito Administrativo", Saravia, 4ª ed., pag. 302.

(16) - Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 21ª ed. Malheiros, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, págs. 256-7.

do certame licitatório. Na inexigibilidade há a inviabilidade da licitação por impossibilidade de do processo de competição entre os participantes. Desta forma, será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, como salienta Antônio Tito Costa<sup>(17)</sup>: "a licitação tende a proporcionar vantagem e vantagem é produto de comparação. Daí por que os bens únicos, por serem incomparáveis, não podem ser vantajosos ou desvantajosos para ninguém. Onde não há comparação, é ociosa a licitação", **contrario sensu**, onde houver possibilidade de comparação, necessária e indispensável será a licitação.

Da mesma forma, Eros Roberto Grau afirma que se houver possibilidade de competição, a licitação será indispensável, pois "a competição de que se trata, objetivo visado pela licitação, impõe-se seja desenvolvida de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso a contratações da Administração"<sup>(18)</sup>.

A função de administrador da coisa pública, além de compreender a condução da unidade política, corresponde à realização de atos e contratos de natureza negocial, envolvendo bens e serviços de que necessita para o desenvolvimento das próprias atividades.

Assim, se de um lado haverá necessidade de depurar, tanto quanto possível, tais atos e contratos de toda possibilidade de riscos e prejuízos afetos, geralmente, ao particular ou à empresa privada, de outro lado, da parte dos fornecedores desses bens e serviços, ter-se-á de manter uma situação de igualdade e abrangência, diante da Administração Pública, mediante a observação do processo de concorrência de todos os interessados, que é o processo de licitação. A licitação representa, portanto, a oportunidade de atendimento ao interesse público, pelos particulares, numa situação de igualdade.

Maria Garcia, analisando "A lei das Licitações e o Princípio da Cidadania", aponta o princípio da isonomia como informador da matéria, pois "dirige-se ao tratamento igual em situação igual, de todos os interessados em oferecer propostas à Administração Pública para escolha da melhor, assegurados os seus direitos e deveres"<sup>(19)</sup>, devendo, pois, existir a licitação sempre que a competição não for inviável, como determinava expressamente o texto do art. 23, II, do Decreto-Lei nº 2.300/86 e hoje prescreve o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Hely Lopes Meirelles, na análise da legislação anterior, afirmava que<sup>(20)</sup> "o que caracteriza a inviabilidade da competição, nos termos do art. 23, do Decreto-Lei nº 2.300/86, é a impossibilidade jurídica de disputa entre eventuais interessados, tornando impraticável a instauração de qualquer modalidade de procedimento seletivo para a contratação pretendida pela administração".

Da mesma forma, Sônia Yuriho Tanaka<sup>(21)</sup> afirma que "Verifica-se, portanto, que o fato de o objeto ser peculiar, singular é que torna a licitação impossível de ser processada, por não ser possível realizar o confronto com outros objetos que serão diferentes daquele. E daí a explicação da afirmação anteriormente efetuada, ou seja: a inexigibilidade da licitação decorre, exclusivamente, em razão do objeto a ser adquirido. A pessoa com quem se contrata é sempre secundária em relação ao objeto com que se faz necessário à Administração, por mais notória que seja. Conclui-se, portanto, que nos casos em que houver a impossibilidade de se realizar a competição, a licitação não deverá ser promovida".

#### V - Conclusão:

A Constituição Federal exige a licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos

(17) - "Da Licitação" RDP 16/302.

(18) - RDP, 100/30.

(19) - "Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos", editora Forense Universitária, pag. 2.

(20) - "Estudos e Pareceres de Direito Público", v. II, RT, 1991, págs. 22-3.

(21) - "Estudos sobre a lei de licitações e contratos - Dispensa e Inexigibilidade da Licitação" - FU, pag. 52.

Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois "o princípio da licitação representa exigência superior da própria moralidade administrativa e, como tal, a sua dispensa deverá ocorrer excepcionalmente em casos expressamente especificados em lei, respeitando sempre o interesse público." (22)

Assim, qualquer atividade do legislador ordinário, ou mesmo qualquer análise interpretativa sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação deverão ser taxativas e restritivas, em obediência aos fins colimados pela norma constitucional.

(22) - Apud Homero Santos, "Licitação - Instrumento de Moralidade Administrativa", in RDA, 186/378