

JOSÉ MANOEL CAIXETA

**Os Princípios Administrativos Aplicáveis
às Licitações Públicas:
A Doutrina Dominante e a Jurisprudência
do Tribunal de Contas da União**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Controle Externo, Área Auditoria Governamental.

Orientador: MSc. Lucas Rocha Furtado

**Brasília – DF
2004**

Dedico o presente trabalho a minha mãe, Dona Avelina, e a minha irmã Nicinha, *in memoriam*.

Agradeço:

a Sérgio Ricardo Valadares Fonseca, pela grande ajuda no desenvolvimento das idéias e na seleção da bibliografia;

a Rosana de Azevedo, a Simone Soares Viegas e a Jorge Ulisses Jacoby Fernandes;

aos meus colegas da 4ª Secex, à diretora Márcia Maria Soares Abbehusen e à secretária de controle externo Maria do Perpétuo Socorro Teixeira Rosa, pelo apoio durante a realização do curso e a elaboração da monografia;

a Carlos Wellington Leite de Almeida, pelo constante incentivo e apoio;

ao Tribunal de Contas da União, que me deu todas as condições de participar do curso de Pós-Graduação em Controle Externo e de produzir este trabalho.

A Administração Pública constitucionalizou-se. Os fundamentos de seu regime já não se põem na norma infraconstitucional. Repousam, antes, na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais e, inclusive, as regras referentes a alguns comportamentos e decisões considerados pelo constituinte como dotados de magnitude.

Cármem Lúcia Antunes Rocha

RESUMO

CAIXETA, José Manoel. Os Princípios Administrativos Aplicáveis às Licitações Públicas: A Doutrina Dominante e a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 2004. 91 folhas. Monografia de conclusão de curso de especialização em Controle Externo, Área Auditoria Governamental, pelo Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União.

A presente monografia versa sobre os princípios administrativos nas licitações e contratos públicos.

Inicia-se com a conceituação dos princípios, normas e regras, destacando-se as diferenças entre esses termos. Ainda na parte introdutória, definem-se as licitações públicas e a inserção dos princípios administrativos na Constituição Federal e na Lei de Licitações.

Em seguida, é revisada a doutrina dominante sobre os princípios administrativos, destacando-se-lhes a aplicabilidade nas licitações públicas. Comenta-se a respeito de cada um dos princípios, mencionando o pensamento de vários dos principais doutrinadores da matéria e, quando cabível, detalhando os pontos de convergência ou divergência. Ao se destacar os princípios, termina-se por rever boa parte da Lei de Licitações, eis que os princípios encontram-se muitas vezes inseridos no texto legal.

Finalizando, a monografia estuda casos da jurisprudência do TCU. A jurisprudência foi explorada com pesquisas no sistema Juris, por intermédio do Portal de Pesquisa Textual, indicando-se como parâmetros de consulta o nome do princípio em evidência e o ano de 2003. A escolha dos casos a ser comentados foi feita por intermédio de refinamento da consulta, com a introdução de palavras-chaves como licitações ou licitação. O resultado dessa pesquisa foi novamente refinado, desta feita por intermédio da leitura das ementas, na qual se buscaram

casos em que o Tribunal se posicionou quanto à obediência aos princípios administrativos em licitações e contratos.

Como se vê, não há rigor estatístico na constituição da amostra, o que se justifica pelo caráter descritivo da monografia.

Pode-se assumir que, neste trabalho, a análise da jurisprudência confirma a doutrina visitada na revisão bibliográfica. E esta, em muitos casos, embasa aquela. Os casos em que a ocorrência de afronta a um princípio implica a afronta a outro são estudados na doutrina e comprovados na jurisprudência.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Arts. por artigos

TC por processo do Tribunal de Contas da União

SIGLAS

Adfis – Secretaria Adjunta de Fiscalização do Tribunal de Contas da União

ANP – Agência Nacional do Petróleo

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

Cepisa – Companhia Energética do Piauí S/A.

Codesa – Companhia Docas do Espírito Santo

Dataprev - Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social

DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (extinto)

DNIT - Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes

Infraero – Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária

Inmetro – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

MPOG - Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

PA – Procedimentos de Auditoria

Saudi – Secretaria de Auditoria do Tribunal de Contas da União (extinta)

Secex – Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União

Segecex – Secretaria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União

Sesi – Serviço Social da Indústria

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TCE – Tomada de Contas Especial

TCU – Tribunal de Contas da União

UFRRJ - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

	Página
<i>INTRODUÇÃO</i> _____	11
<i>Capítulo 1 - As fiscalizações de Licitações Públicas no âmbito do Tribunal de Contas da União</i> _____	13
1.1 Licitações Públicas - Generalidades _____	13
1.2 Fiscalizações em Licitações Públicas realizadas pelo TCU _____	14
<i>Capítulo 2 - Normas, Regras e Princípios</i> _____	17
2.1 Os Princípios Administrativos na Constituição Federal _____	17
2.2 Os Princípios Administrativos na Lei de Licitações _____	18
2.3 Distinção entre Princípios e Regras _____	21
2.4 A Discricionariedade e seus Limites _____	22
<i>Capítulo 3 - Os Princípios Administrativos Aplicáveis às Licitações Públicas - A Doutrina Dominante</i> _____	24
3.1 O Princípio da Isonomia ou da Igualdade _____	24
3.2 O Princípio da Economicidade _____	27
3.3 O Princípio da Legalidade _____	29
3.4 O Princípio da Publicidade _____	32
3.5 O Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa _____	35
3.6 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório _____	37
3.7 O Princípio do Julgamento Objetivo _____	40
3.8 O Princípio da Impessoalidade _____	42
3.9 O Princípio da Razoabilidade _____	44
3.10 O Princípio da Motivação _____	46
3.11 O Princípio da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público _____	49
3.12 O Princípio da Adjudicação Compulsória _____	51
<i>Capítulo 4 - Os Princípios Administrativos Aplicáveis às Licitações Públicas - A Jurisprudência do Tribunal de Contas da União</i> _____	53
4.1 O Princípio da Isonomia ou da Igualdade _____	53
4.2 O Princípio da Economicidade _____	57

4.3 O Princípio da Legalidade _____	60
4.4 O Princípio da Publicidade _____	62
4.5 O Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa _____	66
4.6 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório _____	69
4.7 O Princípio do Julgamento Objetivo _____	73
4.8 O Princípio da Impessoalidade _____	74
4.9 O Princípio da Razoabilidade _____	76
4.10 O Princípio da Motivação _____	78
4.11 O Princípio da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público_	81
4.12 O Princípio da Adjudicação Compulsória _____	83
<i>CONCLUSÃO</i> _____	85
<i>REFERÊNCIAS</i> _____	87

INTRODUÇÃO

A desobediência aos princípios administrativos é uma das irregularidades mais frequentes em licitações e contratos da Administração Pública. A inobservância desses princípios geralmente ocorre associada à transgressão de formalidades previstas na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), principalmente, e, também na Lei do Pregão – Lei 10.520/2002 (BRASIL, 2002).

Essas transgressões aparecem associadas ainda e, com certa frequência, à ocorrência de fraudes e de desvios de recursos públicos. No entanto, as agressões aos princípios administrativos nem sempre são mencionadas nos relatórios de auditoria e nas instruções do TCU. É comum os analistas do Tribunal fixarem-se na análise da irregularidade formal, diretamente observável, e não mencionar a agressão aos princípios administrativos.

Este trabalho objetiva discutir esses princípios no contexto da doutrina e da jurisprudência do TCU. Cabe realçar que a ótica empregada na condução do texto é a de um analista do Tribunal de Contas da União encarregado de analisar processos relativos a licitações públicas ou de realizar auditorias em licitações e contratos públicos.

O referencial teórico inerente a este trabalho é constituído pelos princípios administrativos aplicados às licitações públicas. A Lei de Licitações e a Constituição Federal são as principais referências normativas utilizadas nesta monografia.

A monografia caracteriza-se como um estudo de caráter descritivo, que investiga a importância do atendimento aos princípios administrativos nas licitações públicas. Compõe-se

de sucinta revisão bibliográfica, com a compilação da doutrina mais reconhecida, e de estudo de casos em que o Tribunal de Contas da União apreciou o cumprimento desses princípios.

De antemão esclareça-se que a revisão empreendida na jurisprudência do TCU não tem caráter científico nem pretende comentar a qualidade das decisões, mas apenas mencionar o seu conteúdo quanto aos princípios administrativos em licitações públicas.

Resumidamente, os objetivos específicos para a monografia são os seguintes:

- a) identificar os princípios que norteiam as licitações públicas;
- b) compilar a doutrina predominante sobre os princípios administrativos aplicáveis às licitações públicas;
- c) identificar e comentar alguns casos da jurisprudência do TCU decididos preponderantemente com base nesses princípios.

Capítulo 1

AS FISCALIZAÇÕES DE LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

1.1 Licitações Públicas - Generalidades

Antes de se prosseguir na monografia, necessário se faz conceituar o significado do termo “licitação pública”, que é repetido um sem número de vezes neste trabalho. Os diversos doutrinadores consultados para a consecução deste trabalho apresentam definições semelhantes. A seguir, o entendimento de alguns dos mais renomados autores:

Meirelles (2003, p. 264), ao definir o significado de licitação, já a vincula ao cumprimento de alguns princípios administrativos:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Ao dicionarizar termos de Licitações Públicas, Cretella (2000, p. 115) apresentou entendimento muito semelhante na definição de licitação:

Procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, locações, obras, trabalhos ou serviços, inclusive os de publicidade, seleciona, entre várias propostas feitas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade.

Como se vê, as definições acima transcritas são muito parecidas. Consultados vários outros autores, não se identificam divergências de entendimento quanto ao significado do termo licitação pública.

Tem-se, portanto, que licitações públicas são certames promovidos pela Administração Pública para adquirir bens ou contratar serviços. Quanto à natureza, licitação pública é ato vinculado, estritamente formal, com regras estabelecidas e objetivos definidos. Destinam-se a obter os menores custos para o erário e, ao mesmo tempo, permitir a mais ampla participação dos interessados.

Existem seis modalidades de licitação: leilão, concurso, concorrência, tomada de preços, convite e pregão. As contratações diretas, quando cabíveis, realizam-se por dispensa ou por inexigibilidade de licitação. As circunstâncias em que cada uma dessas modalidades de licitação ou de contratação direta são aplicadas refogem ao escopo desta monografia. Os princípios administrativos, objeto deste trabalho, são aplicáveis em todas as modalidades de licitação, inclusive nos casos de dispensa e de inexigibilidade.

1.2 Fiscalizações em Licitações realizadas pelo Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União - TCU, na qualidade de órgão encarregado de fiscalizar os gastos públicos federais, rotineiramente realiza fiscalizações com o fim específico de auditar licitações promovidas pelos diversos órgãos públicos jurisdicionados. No âmbito do TCU, as auditorias de licitações enquadram-se na classificação de auditoria de

conformidade, que são aquelas destinadas à verificação de requisitos legais relacionados a um determinado tema.

As equipes de auditoria são nomeadas por portarias das diversas Secretarias de Controle Externo (Secex). Para a consecução dos trabalhos de auditoria, as equipes encarregadas de auditorias em licitações, dispõem, dentre outros instrumentos, do documento Procedimentos de Auditoria nº 03 – PA-03, editado em 1988 pela antiga Secretaria de Auditoria (Saudi), e do Roteiro de Auditoria de Conformidade, editado em 2003 pela Secretaria Adjunta de Fiscalização da Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex/Adfis).

O Roteiro de Auditoria de Conformidade traça diretrizes e padrões para as diversas auditorias de conformidade. Esse documento introduziu conceitos de matriz de planejamento, matriz de procedimentos, matriz de achados e matriz de responsabilização. Dessa forma, cuida de todas as fases da auditoria, desde o planejamento até a entrega do relatório de auditoria.

O PA-03 é um documento com roteiro de verificações exaustivo, sobre todos os pontos abordados pela Lei 8.666/93. Apesar de completo à época de sua edição, e de ser ainda nos dias atuais amplamente empregado pelas equipes de auditoria, o PA-03 já está defasado. Ainda não inclui a modalidade pregão, introduzida pela Medida Provisória nº 2.026/2000, posteriormente aprovada por intermédio da Lei 10.520, de 17/6/2002, e é anterior à adoção do Roteiro de Auditoria de Conformidade. No que se refere à proposta desta monografia, registre-se a lacuna do PA-03 quanto à verificação do atendimento, nas licitações públicas, dos princípios administrativos.

Há ainda outros trabalhos de fiscalização realizados pelo TCU que também analisam licitações públicas. As tomadas e prestações de contas, as tomadas de contas especiais, as

denúncias e as representações formuladas por licitantes ou por unidades técnicas são alguns desses trabalhos.

Capítulo 2

NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

2.1 Os Princípios Administrativos e a Constituição Federal

Princípios são proposições que contêm as diretrizes estruturais de uma determinada ciência. No caso das ciências humanas, os princípios consubstanciam valores morais, éticos, religiosos, políticos. Como esses valores são mutáveis ao longo do tempo, é correto supor que no campo das ciências humanas, onde reside a ciência jurídica, os princípios refletem um momento histórico e, por isso, são mutáveis ao longo do tempo.

No campo do Direito, os princípios são os valores que ordenam o sistema jurídico e variam conforme o momento histórico, social e político. Com certeza os princípios hoje aceitos como válidos eram utópicos nos primórdios do Direito e não mais serão aceitos quando a sociedade atingir níveis mais elevados de desenvolvimento.

Até recentemente, os princípios relativos à Administração Pública encontravam-se na legislação infra-constitucional. No entanto, como bem assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha no parágrafo usado como epígrafe desta monografia, a Administração Pública constitucionalizou-se.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 inovou, consagrando no seu artigo 37 que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência (...). Esclareça-se que o princípio da eficiência foi acrescentado por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/98.

Bonavides (2003, p. 264) observa que na fase jurídica contemporânea, por ele chamada de pós-positivismo, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. Com isso, o autor quer acentuar o pensamento de Dworkin, jurista de Harvard, que adverte para a necessidade de se tratar os princípios como direito, reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.

É de se esclarecer que não são apenas os princípios elencados na Constituição Federal que devem nortear a atuação da Administração Pública. Os vários doutrinadores mencionaram, cada um segundo suas premissas e conveniências, os princípios da Administração Pública explícitos ou implícitos no texto constitucional. Neste trabalho, destacamos os princípios de maior aplicabilidade no contexto das licitações públicas.

2.2 Os Princípios Administrativos na Lei de Licitações

Como já se conceituou neste trabalho, licitação pública, em qualquer de suas modalidades, é o procedimento administrativo formal do qual a Administração Pública se vale para adquirir produtos e contratar serviços necessários ao funcionamento do aparelho do

Estado. A obrigatoriedade de licitar é uma exigência insculpida na Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, que tem como regulamentação básica a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Estão sujeitos à obrigatoriedade de licitar, nos moldes previstos na Lei 8.666/93, todos os órgãos da administração direta, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Observe-se que as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica terão o seu regime de licitações diferenciado, conforme dispõe o art. 173 da Constituição Federal.

A Lei 8.666/93 regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O art. 3º dessa Lei estabelece, *in verbis*:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública 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 lhe são correlatos.

Dois desses princípios são considerados os pilares da licitação pública, qualquer que seja sua modalidade: a economicidade, princípio pelo qual a Administração Pública busca a contratação que lhe seja mais econômica, e a isonomia, que objetiva conceder igual oportunidade a todos os particulares interessados em prestar os serviços ou vender seus produtos.

O dispositivo legal acima transcrito não mereceu unânime aprovação por parte dos doutrinadores. A propósito, é de se destacar o comentário de Pereira Júnior (1994, p. 30), *in verbis*:

Pondere-se que o art. 3º da Lei nº 8.666/93 não seguiu inspiração de todo feliz ao reunir os princípios a que afetas as licitações e contratações públicas. A uma, porque não os hierarquizou; a duas, porque não os sistematizou; a três, porque não os distinguiu, tanto que repetiu princípios com nomes diversos – isonomia e igualdade, moralidade e probidade administrativa.

Em que pese essa ressalva, é inegável que a positivação dos princípios na Lei de Licitações enrobustece o objetivo da Lei. O mesmo administrativista, logo em seguida a essa observação, na mesma página, relaciona vantagens da definição dos princípios no corpo legal:

facilitam a dedução das normas gerais que lhe dão cumprimento;

delimitam a elaboração das leis estaduais e municipais, bem como dos regulamentos internos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e entidades sob controle estatal, de forma a evitar que componham subsistemas incompatíveis com o da lei federal;

fixam os pontos cardeais para a interpretação de todo o conjunto normativo relativo à licitação pública.

Além dos princípios da economicidade e da isonomia, a licitação, qualquer que seja sua modalidade, é regida por vários outros. Há os princípios positivados na Lei, e, portanto, explícitos. Existem ainda outros princípios não mencionados diretamente, mas implícitos pelo sentido da Lei. São os princípios chamados de correlatos. Por serem citados por quase todos os doutrinadores, é de se supor que sejam correlatos os princípios do formalismo, da razoabilidade, da motivação, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e da adjudicação compulsória.

Cabe destacar a importância do princípio da legalidade, que deve permear todos atos administrativos. Este princípio e vários outros igualmente mencionados no art. 3º da Lei 8.666/93 são comuns a qualquer atividade administrativa, não sendo, portanto, exclusivos ao campo das licitações e contratos públicos. Relembre-se que a Constituição Federal, no art. 37, menciona explicitamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O art. 3º da Lei 8.666/93 menciona também “*os que lhes são correlatos*”. Além daqueles explicitamente citados, os doutrinadores, com alguma divergência, mencionam vários outros, sendo mais freqüentemente mencionados os princípios da razoabilidade, da motivação, da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da adjudicação compulsória.

De se destacar ainda que os princípios inter-relacionam-se, criando situações em que não se pode falar de um deles isoladamente, sem que se atinja a seara coberta pelo outro.

2.3 Distinção entre Princípios e Regras

Os princípios são gerais, as regras são específicas. Essa é a primeira e a mais simples distinção que se pode fazer entre eles. Adiantando um pouco mais, é correto afirmar que princípios são normas, e que estas são constituídas por princípios e regras. Segundo Bonavides (2003, p. 256), princípios são máximas doutrinárias ou simplesmente meros guias do pensamento jurídico que podem vir a adquirir o caráter de normas de Direito Positivo.

Ao comentar sobre a gravidade de infrações às normas e aos princípios, eis como se posicionou Bandeira de Mello (2000, p. 748):

4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Mais agudo ainda é o entendimento de Antunes Rocha (1994, p. 59), para quem a infração aos princípios é mais grave do que a infração às regras constitucionais:

Pela sua natureza qualificada, aos princípios confere-se uma superconstitucionalidade. Daí não ser incomum verificar-se serem eles dotados de uma rigidez constitucional superior às regras constitucionais. E, por isso mesmo, a sua inobservância tem conseqüências jurídico-constitucionais mais sérias que aquelas decorrentes do descumprimento de regulações jurídicas, como antes enfatizado.

Desse entendimento, cresce a importância da verificação de possíveis infrações aos princípios administrativos quando da realização de licitações e de contratações públicas.

2.4 A Discricionariedade e seus Limites

O administrador público deve pautar sua atuação pela obediência aos ditames da lei. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público só pode fazer aquilo que a lei determina. No entanto, a própria lei concede ao administrador uma certa liberdade de ação, uma certa parcela de discricionariedade.

De fato, da mesma forma que a lei não pode prever todos os acontecimentos da vida, também não pode regular todos os fatos da Administração Pública. O legislador não pode detalhar cada procedimento administrativo das organizações públicas. É na parte que não está regulamentada que reside a discricionariedade do administrador público.

A lei, ao dar o poder da discricionariedade ao administrador, muitas vezes não estabelece os limites dessa discricionariedade. Sabe-se, no entanto que ela não é ilimitada. O

principal fator limitante da discricionariedade é o princípio da legalidade: o administrador não pode fazer nada que não esteja previsto na lei. Mas há casos em que, sem afrontar a lei, o administrador pode adotar medidas muito diferentes. Vê-se, portanto, que o princípio da legalidade não é suficiente para limitar a discricionariedade.

É de se indagar então onde é que se encontram os limites da discricionariedade. Como resposta, encontramos justamente princípios administrativos. É a obediência plena aos princípios da moralidade, da economicidade, da razoabilidade, da publicidade, da motivação, dentre outros, que limita o poder discricionário do administrador público.

Capítulo 3

OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLÍCÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS – REVISÃO DA DOCTRINA DOMINANTE

A seguir, breve revisão doutrinária dos princípios da Administração Pública, conforme destacados pelos principais autores. Serão analisados os princípios da isonomia ou da igualdade, da economicidade, da legalidade, da publicidade, da moralidade e da probidade administrativa, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da razoabilidade, da motivação, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e da adjudicação compulsória.

3.1 O Princípio da Isonomia ou da Igualdade

A igualdade de todos é um dos pilares do Estado de Direito. No que se refere às licitações públicas, esse princípio assegura a todos os interessados em contratar com a Administração o direito de competir nos certames licitatórios públicos. A Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, assegura igualdade de condições entre todos os concorrentes: “... as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes ...”.

Há, no entanto, que se discutir o significado do termo igualdade de condições.

No entendimento da doutrina dominante, a isonomia não significa dar tratamento igual a todos, mas tratamento igual aos iguais. Esse entendimento é síntese de aprofundados estudos, como o abaixo-transcrito:

O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-las. A *priori*, prestigiando o aspecto negativo, todos os que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com igualdade, ser tratados. Este é um enunciado que comporta exceções. Portanto, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de fato. Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como a oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, (...) aquilo que falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais (NIEBHUHR, 2000, p.141).

Furtado (2003, p. 35) destaca a associação do princípio da isonomia ao princípio da economicidade. Esse autor defende que a busca de maiores vantagens “não autoriza a violação de garantias individuais ou o tratamento mais favorecido a empresa ou particular, em detrimento dos demais interessados em participar do procedimento que irá resultar na celebração do futuro contrato”.

Ponto de vista semelhante é esposado por Justen Filho (2000, p. 59-61), que chama a atenção para a contraposição entre os princípios da isonomia e da economicidade, por ele chamado de vantajosidade. A obtenção da vantagem, por maior que seja, não autoriza a violação de direitos e garantias individuais. Esse mesmo autor considera equivocada a suposição de que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública, visto que o próprio ato de contratar está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Registra, todavia, “que não se admite, porém, a discriminação arbitrária,

produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público”. Diz ainda o referido autor:

Toda e qualquer discriminação deverá constar do ato convocatório. Não são válidas discriminações ‘inovadoras’, introduzidas após editado o ato convocatório. Se é impossível (e indesejável) suprimir as diferenciações, devem elas ser definidas de antemão. Também sob esse ângulo, o ato convocatório envolve auto-restrição à discricionariedade administrativa.

A isonomia também se aplica no transcurso da licitação. Após editado o ato convocatório, o princípio da isonomia continua aplicável. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento idêntico.

No mesmo sentido é o entendimento de Meirelles (2003, p. 265), segundo o qual a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. No entanto, o estabelecimento de requisitos mínimos nos editais e convites, quando colocados para garantir a execução do contrato, a segurança e a perfeição do serviço, não estabelece ofensa ao princípio da isonomia ou da igualdade. Segundo esse autor, se, todavia, configurado a quebra do princípio da isonomia na licitação, quer pelo favorecimento que pela perseguição a licitante, o edital ou o julgamento são passíveis de anulação.

O princípio da isonomia é mencionado em diversos pontos da Lei 8.666/93, a iniciar pelo art. 3º, § 1º, I e II. O inciso I veda, nas convocações, a existência de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações e que estabeleçam preferências ou distinções irrelevantes para o fim do contrato; o inciso II veda tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Di Pietro (2001, p. 296) sintetiza os demais aspectos em que o princípio da isonomia é aplicado na Lei 8.666/93:

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei nº 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 nesta 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 a 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 às aquelas 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 e destino'; o artigo 90 define como crime o fato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, pra si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

No essencial, o princípio da isonomia significa que além de permitir a participação de todos os interessados, os concorrentes devem receber do administrador público o mesmo tratamento, sem diferenciação por privilégios ou perseguições.

A Lei 8.666/93 registra possibilidades de exceções ao princípio da isonomia apenas como critério de desempate, ocasião em que se considerará a nacionalidade do fornecedor de bens e serviços em geral.

3.2 O Princípio da Economicidade

Alguns autores referem-se ao princípio da economicidade como sendo a eficiência na aplicação dos recursos públicos. A conceituação desse princípio é muito bem colocada por Bugarin (2004, p. 129) como a busca permanente pelos agentes públicos da melhor alocação possível dos escassos recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes. Há ainda os que se referem aos princípios da economicidade e da eficiência da mesma forma, sem nenhuma distinção.

Quanto a essa última classificação, é de se ver que ela é diversa da posituação constitucional. Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 19/98, relativa à Reforma Administrativa, incluiu a eficiência como princípio administrativo, obrigando a Administração Pública a prestar seus serviços com eficiência. Nesse caso, não há como atribuir à busca da proposta mais vantajosa como sendo o princípio da eficiência, mas resta ainda a alternativa de chamar de princípio da economicidade à eficiência na alocação dos recursos públicos.

Niebuhr (2000, p. 91) diz que “a Constituição Federal e a legislação não exaurem os princípios informadores da licitação pública, porque estes são colhidos dos valores sociais e dos meandros do sistema jurídico”. Lembra ainda o referido autor que o *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 enumera os princípios da licitação pública e admite a inclusão de outros, os correlatos. O princípio da economicidade não foi nominalmente citado; sua menção foi indireta: “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a **selecionar a proposta mais vantajosa ...**” (negrito no original).

Com base nesse entendimento, torna-se lícito incluir a economicidade como um dos princípios administrativos relacionados à licitação pública e, mais especificamente, como um de seus pilares.

Há casos em que a busca da economicidade conflita com o atendimento a outros princípios, como o da isonomia, e permeia o poder discricionário do administrador público. Na verdade, é de se esperar que a discricionariedade seja utilizada em benefício da economicidade. Mas há limites para essa assertiva. É de se admitir que nem sempre a escolha mais econômica seja, ao mesmo tempo, a mais indicada. Justen Filho adverte para a

possibilidade de que, caso a opção mais econômica coloque em risco a integridade de vidas humanas, a Administração deve optar por uma escolha mais onerosa, porém mais segura.

Associação entre o princípio da economicidade e os princípios da moralidade e da eficiência é destacada por Justen Filho (2000, p. 72-73). Sobre o primeiro, afirma que “o princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade”. Nesse sentido, menciona que a economicidade se contrapõe a possíveis vantagens pessoais do administrador quando da tomada de decisões administrativas. Quanto à associação entre os princípios da economicidade e da eficiência, diz que “a economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”.

De se ressaltar a contraposição entre os princípios da isonomia e da economicidade, já destacada neste estudo, conforme observado por Furtado (2003, p. 35) e Justen Filho (2000, p. 72-73).

3.3 O Princípio da Legalidade

Este princípio é um dos principais sustentáculos do Estado de Direito e uma das principais garantias de que os direitos individuais serão respeitados. Também é a base de todo o regime jurídico da Administração Pública, pois demonstra a subordinação da atividade administrativa à lei. Vejamos os dizeres de Bandeira de Mello (2000, p. 71):

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas

de poder autoritário, desde o absolutista, contra o que irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Nos dizeres de Furtado (2003, p. 38-39), no âmbito da Administração Pública, a legalidade deve ser entendida como a impossibilidade de se praticar qualquer ato sem que haja expressa autorização legal. Caso não haja lei autorizando o administrador a praticar determinado ato, ele estará proibido de praticá-lo, e, se ainda assim o fizer, o ato será nulo. Esse entendimento é dominante na doutrina. Os dizeres de Meirelles (2003, p. 86):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

Entendimento um pouco diferente, mas não divergente, é manifestado por Niebuhr (2000, p. 93-95), quando afirma ser a Administração Pública vinculada à lei, mas que essa condição não pode ser entendida de forma absoluta, sob pena de paralisia da atividade administrativa, com o conseqüente impedimento de uma fluidez necessária ao atendimento do bem comum. Lembra ainda que "o Estado de Direito vai muito além da legalidade, logrando os valores sociais que informam a totalidade do sistema jurídico".

O princípio da legalidade, quando aplicado aos procedimentos de licitação, vincula a Administração Pública e os licitantes às regras estabelecidas. A licitação é ato estritamente vinculado, vez que todas as suas fases e procedimentos são estabelecidos em lei. Não cabe nenhuma inovação. Por exemplo, não se pode licitar por uma modalidade de licitação não prevista em lei ou utilizar critérios de julgamento de propostas inovadores, diferente dos oferecidos pela lei.

Motta (2002, p. 102-103) observa que o princípio da legalidade é a pré-condição indispensável do Estado de Direito e que, em última análise, todos os artigos constitucionais velam por este princípio, destacando o art. 5º, I, XXV, LXIX, e o art. 49, V. Relativamente à Lei 8.666/93, esse autor destacou o art. 4º, que estabelece o direito à fiel observância do procedimento, e o art. 41, que exige o cumprimento das normas e condições do edital, são dispositivos que se destinam precipuamente a concretizar o princípio da legalidade. Niebuhr (2000, p. 95-96) ressalta esse entendimento da seguinte forma:

O texto da lei ganha relevância nas licitações públicas. Afinal, a licitação pública se constitui num procedimento administrativo que pressupõe uma série encadeada de atos seqüentes, visando a alcançar determinado resultado. Este procedimento está previsto na lei, que contém os passos da licitação, e que deve ser tomado com o devido rigor, pois é neste plano que se desenvolve o certame.

Em seguida, esse autor destaca que os princípios da legalidade e da isonomia são essencialmente correlacionados:

Vinculando o procedimento à lei, a sua observância passa a ser condição apriorística para a implementação dos demais princípios aplicáveis ao instituto. No que tange à isonomia, esta é vestibularmente assegurada em razão da obediência aos parâmetros fixados na lei. Todos são tratados na mesma forma, subordinando-se às mesmas regras e condições da contratação. Se, para alguns o procedimento for enrijecido e para outros for suavizado, não há isonomia. O procedimento legal parifica todos os licitantes, constituindo-se elemento primário para a concreção da igualdade.

Em palavras mais singelas, se não houver atendimento ao princípio da legalidade, o princípio da isonomia já estará comprometido.

3.4 O Princípio da Publicidade

Este princípio, que também é explicitamente citado no art. 37 da Constituição Federal, preconiza, nos dizeres de Motta (2002, p. 112), a visibilidade dos atos da administração para viabilizar o exercício pleno do controle da parte da sociedade, contrariamente à visão segredista, que tende a dificultar o acesso a dados e documentos aos interessados e também a proclamar a desnecessidade de motivar os atos.

Prescreve este princípio o dever da Administração Pública de dar plena transparência de seus atos, exceto nos casos em que o sigilo se justifique por imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, exceção permitida na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIII.

Para atender a este princípio nas licitações públicas, quis o legislador que todas as suas fases, exceto o conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, sejam públicas. Em outras palavras, o princípio da publicidade impõe a divulgação das diversas fases da licitação e faculta a qualquer interessado o acesso às licitações públicas e seu controle, garantindo com isso a lisura do pleito e o atendimento aos demais princípios administrativos. A transparência beneficia não apenas os licitantes, mas também a qualquer cidadão.

A publicidade dos atos relativos às licitações públicas é exigida em vários pontos da Lei 8.666/93. O art. 3º, § 3º, estabelece que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Além disso, o art. 21, no seu inciso I, exige a publicação dos extratos dos editais das concorrências e das tomadas de preço e o parágrafo único do art. 61 determina a publicação dos contratos e aditamentos. O art. 40, VIII, exige a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão

fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto. O § 3º do art. 43 reza que é pública a abertura de envelopes com a habilitação e proposta dos licitantes. O art. 109, § 1º, também faz referências expressas a casos em que é exigida a publicação de atos relacionados à licitação – habilitação, julgamento, anulação, revogação e rescisão contratual. O art. 34, § 1º, exige a ampla divulgação do registro cadastral e o chamamento, pela imprensa oficial e jornal diário, para a atualização e o ingresso de novos interessados. Além de tudo isso, o art. 16 estabelece a publicidade mensal da relação das compras feitas pela Administração Pública, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

De se realçar que, para licitações de grande monta, o art. 39 estabelece que o processo iniciar-se-á por audiência pública.

Todavia, a publicação dos atos administrativos não é o único caráter da aplicação do princípio da publicidade em licitações públicas. Furtado (2000, p. 46), alarga o conceito desse princípio:

Não se deve, no entanto, confundir a publicação com a publicidade. Esta não se deve confundir com a mera publicação de atos em órgão oficial (Diário Oficial). A publicidade, porém, não se resume a isso. Ela significa a possibilidade de o cidadão obter da Administração o acesso à informação. Ademais, a publicação é apenas uma das formas de dar divulgação a atos administrativos.

Resumindo o entendimento dominante sobre o princípio da publicidade nas licitações públicas, cabe recordar os dizeres de Justen Filho (2001, p. 72), quando observa que, nas licitações, o princípio da publicidade desempenha duas funções: permitir o amplo acesso dos interessados ao certame e a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados.

O efetivo cumprimento do princípio da publicidade possibilita o controle social, desejo da sociedade brasileira, ainda em fase embrionária, e contrapõe-se ao antigo modo patrimonialista de gerenciar a coisa pública. O controle só é possível se os fatos forem conhecidos, o que, por sua vez, só se torna possível com a sua divulgação. Daí que o conceito de cidadania se alarga com a ampla publicidade dos fatos pela Administração Pública, o que implica a informação integral.

A Lei 8.666/93 ainda não atingiu esse patamar. A publicidade a que obriga o gestor público, ainda não é aquela que garante o amplo controle social. Mas já é um avanço, mesmo porque permite a qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento da licitação e mesmo impugnar os atos a ela relacionados, a exemplo do disposto no art. 15, que no §§ 1º, 2º e 3º estabelece o sistema de registro de preços e no § 6º permite a qualquer cidadão impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade com o preço vigente no mercado.

Niebuhr (2000, p. 103-107) destaca a dependência da isonomia à publicidade: sem esta, aquela ficaria prejudicada, já que os interessados só podem ser tratados igualmente se tomarem conhecimento de todas as informações e procedimentos. Furtado (2001, p. 45) condiciona a eficácia dos atos administrativos e a realização do princípio da moralidade à publicidade do que ocorre no âmbito da Administração.

3.5 O Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa

No art. 3º da Lei 8.666/93, a moralidade e a probidade administrativa são mencionados como se fossem princípios distintos. No entanto, predomina entre os doutrinadores o entendimento de que a moralidade e a probidade administrativa têm o mesmo significado: obediência à honradez, à ética e à honestidade na prática dos atos administrativos.

O governo honesto é exercido pelo administrador probo, ou seja, aquele que o conduz dentro dos mais rígidos postulados do interesse público. A atual Constituição fala em moralidade administrativa, que como a probidade diz respeito ao desempenho do administrador com honestidade, honra e retidão (MENDES, 1991, p. 10-11 apud MOTTA, 2002, p. 109).

De se destacar que mesmo quando não afronta a lei, uma conduta ofensiva à ética e à moral não é válida. Segundo Justen Filho (2000, p.71), a moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Cabe precisar o sentido da palavra moral, no sentido de moralidade. Segundo Niebuhr (2000, p. 97), “a moral é o valor e os princípios, por sua vez, são o instrumento para levá-lo ao Direito. Por isto, não é simples falar-se do princípio da moralidade, todos os princípios são por ela congregados”. Na lição desse autor, qualquer correlação conceitual de moral passa pelos costumes, padrão de comportamento ou conduta social que se espera de um membro da sociedade. Assim, a moral refere-se diretamente aos valores sociais. Esse é também o pensamento de Bandeira de Mello (2000, p. 89), para quem os agentes públicos “... têm de atuar na conformidade de princípios éticos; violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação ...”.

Di Pietro (2001, p. 77-79) defende a idéia de que o desrespeito ao princípio da moralidade surgiu e se desenvolveu associado à idéia de desvio de poder, pois, em ambas as

hipóteses, a Administração Pública se vale de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares, ou seja, a imoralidade estaria na intenção do agente. Mais adiante, esse autor assevera que o princípio da moralidade obriga não apenas os administradores públicos, mas também o particular que se relaciona com a Administração Pública. Destaca que, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes como um exemplo de ofensa ao princípio da moralidade. Nos casos em que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, mesmo estando em consonância com a lei, se ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará ofendendo ao princípio da moralidade.

O princípio da *moralidade* significa que o procedimento licitatório terá de desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da *probidade administrativa*. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes BANDEIRA DE MELLO (2000, p. 463-464).

Relativamente à prática nas licitações públicas, é consenso que a conduta dos administradores públicos e também dos licitantes deve ser lícita e não afrontar a moral, a ética, os costumes e as regras da boa administração.

Justen Filho (2000, p. 71), a exemplo de Niebuhr, menciona a possibilidade de nulidade do ato nos casos em que afrontada a moralidade:

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para a validade dos atos.

Os princípios aplicam-se tanto à conduta dos gestores públicos quanto à dos licitantes. Segundo esse autor, deve ser nulo o ato praticado para atender interesses particulares do administrador, próprios ou em favor de terceiros, ou quando verificada a ocorrência de conluio – conduta passível de punição por previsão legal como crime - ou de composição entre os licitantes.

Importante destacar que na aferição da imoralidade administrativa é essencial o emprego princípio da razoabilidade, objeto de análise neste trabalho, em páginas adiante.

3.6 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Por este princípio, ficam a Administração e os licitantes obrigados a observar as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Só será permitido fazer ou agir dentro dos limites previstos na carta-convite ou no edital. Conforme destaca Furtado (2001, p. 48), esse princípio consta do art. 3º da Lei 8.666/93 e é enfatizado no art. 41 da mesma Lei, que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Meirelles (2003, p. 266) destacou de forma simples e definitiva que o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. O edital é impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

O edital pode apresentar falhas e dar margens a situações imprevistas. Os doutrinadores vislumbram casos em que é possível solucionar essas situações. Motta (2002, p. 113-114) defende que se deve valer do teor, dos princípios e dos valores da Lei 8.666/93 e que, ante a identificação de eventuais incorreções ou ilegalidades, o licitante, antes da abertura das propostas, pode se valer do disposto no art. 4º dessa Lei, que visa à garantia do direito ao efetivo cumprimento legal. Furtado (2001, p. 49-50) considera que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa a imutabilidade do edital ou da carta-convite e afirma que, havendo real e efetiva necessidade de retificação, esta pode e deve ser feita. Chama a atenção para o fato de que, no caso da alteração vir a afetar o conteúdo das propostas, será obrigatória nova divulgação do instrumento convocatório e a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, conforme dispõe a Lei 8.666/93, no art. 21, § 4º.

A distinção entre os casos em que é imprescindível a invalidação do instrumento convocatório com os casos em que é possível a simples correção pode ser feita da seguinte forma:

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

Por outro lado, revelando-se falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo através do aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração de propostas (MEIRELLES, 2003, p. 266).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se confunde em parte com o princípio do formalismo. Furtado (2003, p. 48), no entanto, adverte que a submissão da Administração ao instrumento convocatório, prescrita na Lei 8.666/93, art. 41, não significa, todavia, que o administrador esteja obrigado a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias. Diz o referido autor:

Não agir com excesso de formalismo ou não se ater a interpretações literais não significa, no entanto, violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ao contrário, deve o administrador usar seu poder discricionário – nunca arbitrário – e sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública.

O art. 43, V, da Lei 8.666/93 exige que o julgamento e a classificação das propostas obedeam aos critérios editalícios. De acordo com inciso II do mesmo artigo, devem ser devolvidos fechados os envelopes com as propostas dos concorrentes inabilitados. Daí que também os concorrentes devem atender aos requisitos editalícios quanto à habilitação, sob pena de inabilitação. O art. 48, I, estabelece que serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do ato convocatório. Vê-se, pois, que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório subordina a Administração Pública e os participantes dos processos licitatórios.

Eventuais descumprimentos ao princípio em pauta podem dar azo à agressão a outros princípios: o da isonomia, da publicidade, da legalidade e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no instrumento convocatório.

(...) ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta por outro licitante que os desrespeitou DI PIETRO (2001, p. 299).

Apenas para exemplificar esse entendimento, o objeto da licitação não pode ser modificado pelos licitantes. Caso a Administração Pública divulgue edital com vistas à reforma de um edifício, não poderá um licitante ofertar a construção de um edifício novo.

3.7 O Princípio do Julgamento Objetivo

Este princípio indica que no julgamento das propostas a Administração deve observar os critérios objetivos definidos no ato convocatório. Com isso, não será permitida a utilização de fatores subjetivos ou de quaisquer critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em proveito da Administração Pública. De igual modo, não cabe à comissão de licitação discricionariedade para escolher como vencedora proposta que desobedeça a ditame do instrumento convocatório, mesmo que mais vantajosa.

Julgamento objetivo, nos dizeres de Furtado (2001, p. 50), significa que “além dos critérios serem objetivos, eles devem estar previamente definidos no edital. Prossegue o doutrinador afirmando que “não seria possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios para julgar as propostas apresentadas”.

Ao tratar do assunto, Justen Filho (2001, p. 448), diz o seguinte:

Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz do interesse público. O interesse público não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasadas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.

Observa-se que o encadeamento lógico do autor descreve, como necessário ao julgamento objetivo, que sejam atendidos na seqüência, em grau de importância crescente, a exigência de imparcialidade, de atendimento ao interesse público, do ato convocatório e do disposto em lei.

Um pouco divergente é a observação de Bandeira de Mello (2000, p.464), no que respeita à objetividade absoluta. Segundo o autor, esta só é possível nos certames decididos exclusivamente pelo preço. “Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes *indispensáveis para a aferição das propostas* – nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema ...”.

O princípio do julgamento objetivo é, de forma cristalina, definido nos arts. 44, 45 e 46 da Lei 8.666/93. Dizem os arts. 44 e 45:

Art. 44 – No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

(...)

Art. 45 – O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

Também os casos de empate merecem tratamento à luz do julgamento objetivo, mas nesse caso, nos dizeres de Furtado (2001, p. 51), devem ser aplicados apenas os critérios de desempate previstos na Lei 8.666/93, art. 3º, § 2º, ou, a persistir o empate, o disposto no art. 45, § 2º da mesma Lei.

De se observar a profunda coesão que há entre os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, que é onde são definidos os critérios de seleção. Niebuhr afirma que eles se completam. Esse autor observa ainda que o princípio do julgamento objetivo está adstrito ainda ao princípio da impessoalidade e ao da isonomia.

3.8 O Princípio da Impessoalidade

Di Pietro (2001, p. 71) defende que a impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como em relação à própria Administração. No segundo caso, o princípio significa que os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão público do qual o funcionário faz parte. No primeiro caso, o princípio relaciona-se à finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Dado o escopo do presente trabalho, esse será o entendimento adotado e apenas a ele nos referiremos.

Meirelles (2003, p. 89-90) diz que o princípio da impessoalidade, referido na Constituição, é o mesmo princípio da finalidade, “o qual impõe ao administrador público que só se pratique o ato para seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*”. O descumprimento desse princípio, segundo esse autor, caracteriza o desvio de finalidade e está associado ao abuso de poder. No entanto, o entendimento de Meirelles sobre este princípio não é posição partilhada por muitos doutrinadores.

Alguns autores entendem que impessoalidade e isonomia têm o mesmo significado, reconhecendo-lhes os mesmos valores. Bandeira de Mello (2000, p. 84), assim define o princípio da impessoalidade:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo

nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Também não é unanimidade o pensamento de Bandeira de Mello. Tema controverso, há doutrinadores que vêem o princípio da impessoalidade como um subconjunto do princípio da isonomia.

Percebe-se que há dois vetores conceituais em relação ao princípio da impessoalidade. Primeiramente, ele é subsumido ao princípio da isonomia, o que, cumpre assinalar, é acertado. As duas proposições permitem a confusão, até mesmo pela coincidência terminológica, uma vez que o conteúdo isonômico concerne precisamente à vedação de discriminações pessoais. Em segundo lugar, muito embora a impessoalidade não se aparte da isonomia, pretende-se conferir aquela relativa autonomia (princípio derivado), proibindo, em especial, que os agentes públicos tirem proveitos pessoais daqueles atos por eles praticados em nome da Administração (NIEBUHR, 2000, p. 102).

Outros destacam que, particularmente em licitações, os princípios da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo estão intimamente ligados. Os dois primeiros guardam sintonia desde as etapas preparatórias da licitação, incluindo-se o último princípio apenas quando da etapa do julgamento.

É de se ver que os princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo tratam da mesma situação, quando se observa a impessoalidade apenas pelo prisma do julgamento das propostas. Esse é o aspecto abordado por Justen Filho (2001, p. 70-71), quando preceitua que decisão impessoal é aquela que deriva racionalmente de fatores alheios à vontade ou à identidade do julgador.

Em atendimento ao princípio da impessoalidade, quando da realização de licitações, deve a Administração ater-se, em suas decisões, aos critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo nos procedimentos inerentes às licitações. A licitação, além de buscar selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, serve, também, como mecanismo de concretização do princípio da

impessoalidade, na medida em que evita que o administrador público contrate apenas pessoas de seu relacionamento.

Segundo Bandeira de Mello (2000, p. 462), o princípio da impessoalidade torna desnecessária a proibição de “quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”.

Além de relacionado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, Niebuhr (2000, p.101) relaciona o princípio da impessoalidade com a legalidade, considerando que a intenção é restringir a atuação do agente público àquilo que é permitido na legislação, impossibilitando-o de agir segundo suas conveniências.

3.9 O Princípio da Razoabilidade

Também chamado de princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, é mais uma tentativa de refrear a discricionariedade administrativa, contendo o excesso. Segundo Gordillo (1977, apud DI PIETRO, 2001, p. 80-81), mesmo quando não transgredir nenhuma norma, a decisão discricionária do agente público será ilegítima nos seguintes casos:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam;
- b) não considere os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios;
- c) não se estabeleça proporção adequada entre os meios empregados e o fim desejado.

Essa última condição reforça o aspecto teleológico da discricionariedade, ou seja, estabelece relação de pertinência entre oportunidade e conveniência com a finalidade almejada. Nos dizeres de Moreira Neto (1989, apud DI PIETRO, 2001, p. 81):

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato tenha a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Tem-se que o princípio da razoabilidade é a exigência de proporcionalidade entre os meios e os fins. Meirelles (2000, p. 90-91), considera que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade nada mais é do que a proibição do excesso, e que objetiva compatibilizar os meios e os fins, de modo a que se evitem lesões aos direitos fundamentais por restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública. No entanto, esse autor adverte que, em nome da razoabilidade, a vontade da lei não pode ser substituída pela vontade do intérprete e que a razoabilidade deve ser aferida segundo os valores do homem médio.

Bandeira de Mello distingue os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Para ele, o princípio da razoabilidade significa que, no exercício da discricionariedade pela Administração, esta terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, que estejam de acordo com o senso normal de pessoas equilibradas e com a finalidade da competência exercida. Já o princípio da proporcionalidade limita a competência administrativa à extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para a consecução da finalidade do interesse público.

Niebuhr relaciona a razoabilidade a todos os demais princípios jurídicos, e, especialmente, à moralidade. Segundo ele, não é possível aplicar nenhum princípio sem abordar, de maneira implícita, a razoabilidade. A razoabilidade seria o princípio norteador de

toda a concretização normativa, mas é dirigida pela moral. No campo das licitações públicas, é a razoabilidade que resolve, por ponderação, a aplicabilidade de todos os demais princípios.

3.10 O Princípio da Motivação

É um princípio implícito no art. 1º da Constituição Federal e definido como princípio administrativo na Lei 9.784/99, art. 2º. Por obediência a este princípio, deve a Administração justificar seus atos quanto aos fundamentos de direito e de fato. Todos os atos administrativos devem ser motivados, excetuando-se aqueles atos vinculados em que há aplicação automática da lei. Bandeira de Mello diz que nos atos administrativos discricionários e também nos atos vinculados que dependem de avaliação é imprescindível motivação detalhada, sob pena de invalidade. A sociedade tem o direito de saber o porquê da ação da Administração. E mais: a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Na mesma linha o pensamento de Furtado (2001, p. 43), que observa o seguinte:

Afirmar que o administrador deve motivar seus atos significa, em primeiro lugar, que deverá indicar os fundamentos de direito que legitimam sua atuação. Deve ainda fazer a correlação lógica entre os eventos, os fatos que justificam a prática de determinado ato e a solução por ele adotada.

A motivação deverá conter, assim, a indicação:

- dos motivos que o levaram a praticar o ato;
- da finalidade que se busca com a prática do ato; e
- da fundamentação legal.

Vários doutrinadores correlacionam o princípio da motivação à verificação de outros princípios.

(...) não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 83).

Além da judicialidade mencionada pelo administrativista, há que se adiantar que a obediência ao princípio da motivação é imprescindível também à possibilidade de controle pelos órgãos competentes, dentre os quais o TCU.

Relativamente às licitações públicas, todos os seus atos devem ser motivados: as razões que levaram à abertura do processo licitatório, a especificação do objeto, a análise de recursos administrativos, a adjudicação. O maior interessado na obediência ao princípio da motivação é o próprio administrador público, especialmente os encarregados de contratar e de compor comissões de licitação.

Essa motivação demonstra-se, não poucas vezes, útil ao administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se não tivesse o administrador justificado por que não realizou a licitação, ou por que impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou por que exigiu determinada especificação no produto ou serviço, seria sua atitude certamente considerada fraudulenta, e seria o responsável por sua realização punido administrativa e penalmente. Em matéria de motivação ou justificação de licitação, é melhor pecar por excesso do que por omissão. Até porque, excesso de motivação mal nenhum poderá causar a seu responsável (FURTADO, 2001, p. 44-45).

Desse arrazoado, percebe-se que, além de facilitar os trabalhos de controle, a motivação é a segurança do administrador.

Sobre a desclassificação de propostas, assim se posicionou Justen Filho (2000, p. 476):

Em qualquer caso, a decisão de desclassificação exige plena, cumprida e satisfatória fundamentação. A Administração deve indicar, de modo explícito, os motivos pelos

quais reputa inadmissível uma proposta. Não basta a simples alusão ao dispositivo violado ou fundante da desclassificação. A fundamentação não necessita ser longa, mas deve indicar, de modo concreto, o vício encontrado pela autoridade julgadora. É nula a decisão de desclassificação que simplesmente invoque, por exemplo, 'ofensa ao item... do Edital'. O licitante não pode ser constrangido a adivinhar o vício encontrado pela Administração.

Especificamente nos casos de dispensa e de inexigibilidade, o legislador reforçou a necessidade de motivação. O art. 26 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98 diz o seguinte, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Esse dispositivo legal consubstancia o princípio da motivação em situações em que há maior discricionariedade para o administrador. Ressalta a necessidade de que determinada contratação não licitada seja motivada, incluindo as razões da contratação, a escolha do fornecedor e o preço contratado.

3.11 O Princípio da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público

O interesse público está acima do interesse particular e o gestor público não pode dispor do interesse público. Esses são os significados para as partes do nome do princípio, que, para muitos doutrinadores se subdivide em dois: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Dada a similitude dos significados e ao fato de serem intimamente correlacionados, adotar-se-á, neste trabalho, que se trata de apenas um princípio: o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Trata-se de desdobramento dos princípios constantes do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

A Administração Pública representa e deve sempre buscar o bem público. O direito público contém normas do direito público, que visam, primordialmente, a atender ao interesse público, se bem que, colateralmente, também atendam ao interesse individual, ou, em outra via, visam pelo menos não agredi-lo. É consenso que, no âmbito da Administração Pública, entre o interesse público e o interesse privado, o primeiro deve sempre prevalecer, porém sem a supressão do segundo.

Seria ilógico supor, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a Administração Pública preterisse o bem comum em função de interesses privados. Mas de igual forma não se pode supor que a Administração Pública amesquinhue os direitos privados, causando prejuízos ou penalizando os contratados sem justificativas razoáveis

Conforme anota Furtado (2001, p. 36):

Como exemplos dessa supremacia, podemos citar, no caso dos contratos administrativos, a possibilidade de a Administração, unilateralmente, rescindir o contrato, alterar as cláusulas contratuais, fiscalizar e aplicar multas aos contratados. Vê-se que a celebração do contrato somente se materializa com o consentimento da pessoa a ser contratada. Contudo, uma vez celebrada a avença, a Administração contratante assume posição de supremacia em face do particular. Isso não significa que a Administração terá ampla e irrestrita liberdade de alterar ou modificar o contrato. As alterações unilaterais a serem realizadas pela Administração nos contratos deverão sempre obedecer aos limites definidos na Lei das Licitações.

Vê-se que foi definido um limite para a supremacia do interesse público: a lei.

A indisponibilidade do interesse público significa que a Administração Pública, na realização do interesse público, não pode abdicar dos poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico. Mais uma vez Furtado (2001, p. 35-36): “o administrador não representa interesses pessoais, mas atua visando à realização do interesse da comunidade. Se o contrário ocorrer, verificar-se-á desvio de finalidade e o ato será nulo”. Vislumbra-se aqui mais uma possibilidade de nulidade de ato público em face de inobservância a princípio administrativo.

Di Pietro (2001, p. 68-71) registra que a Administração Pública não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei. Não pode dispor dos interesses públicos que lhe são atribuídos, razão pela qual os poderes igualmente a ela atribuídos, têm o caráter de poder-dever, ou seja, são poderes que ela tem o dever de exercer, sob pena de omissão.

3.12 O Princípio da Adjudicação Compulsória

Em atendimento ao princípio da adjudicação compulsória, não pode a Administração Pública, uma vez concluído o processo licitatório, adjudicar seu objeto a outro que não o legítimo vencedor do certame. Veda também que se abra nova licitação enquanto ainda há adjudicação válida para o mesmo objeto. Mas não obriga a Administração à imediata contratação do licitante vencedor. Restam as possibilidades de, havendo motivos justos e suficientes, a licitação ser revogada, anulada ou ainda de adiamento do contrato.

Di Pietro (2001, p. 301) critica o nome dado a este princípio:

Em verdade, a expressão *adjudicação compulsória* é equívoca, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. **Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor**; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento. (negrito inovado)

No entanto, depois de concluída a licitação, ao licitante vencedor estará assegurado, nos termos deste princípio, o impedimento de “que a Administração, no prazo de validade da licitação, contrate para a realização do objeto licitado qualquer outra empresa, tenha essa empresa participado ou não da licitação” (FURTADO, 2001 p. 53). Nem mesmo em nome de vantagem consubstanciada, por exemplo, em proposta comercial mais econômica.

Este princípio encontra resguardo na Lei 8.666/93, art. 50, que proíbe a Administração de celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade. O art. 64, § 2º, da mesma lei, de forma oblíqua, também aplica o princípio da adjudicação compulsória, quando possibilita o chamamento dos demais licitantes em caso de desistência do licitante vencedor.

Esse dispositivo legal esclarece que os licitantes remanescentes devem ser convocados na ordem de classificação.

Capítulo 4

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A seguir, alguns exemplos em que o TCU avaliou o cumprimento dos princípios administrativos em licitações e contratos. Deve-se destacar que os casos trazidos à mostra foram obtidos em consulta ao sistema Juris e não estão elencados com rigor estatístico; buscaram-se, apenas, casos específicos em que cada um dos princípios foi apreciado, estabelecendo os motivos pelos quais o Tribunal considerou atendido ou não o princípio em lide.

4.1 O Princípio da Isonomia

O TC 002.086/2000-4 – processo do TCU nº 002.086/2000-4 - refere-se a representação formulada por parlamentar contra indícios de irregularidades em licitação de concessão para explorar rodovia federal mediante cobrança de pedágio.

A irregularidade em pauta foi a desobediência ao princípio da igualdade entre os licitantes e da publicidade dos atos, consubstanciada na alteração das normas de pré-qualificação do edital, permitindo o ingresso de terceiros interessados que participaram da licitação no capital social da concessionária, sem que fosse dado conhecimento a todos os participantes da licitação.

Processo de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido o Acórdão 182/2001-Plenário, que aplicou ao responsável, ex-diretor-geral do extinto Departamento

Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, responsável pela concessão, multa prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/92.

Há, na jurisprudência do TCU, casos em que o princípio da isonomia foi ofendido em licitação internacional cujo edital proibia expressamente a participação de empresas brasileiras, por ser a aquisição financiada com recursos estrangeiros. O TC 014.642/2001-3, de relatoria do ministro Lincoln Magalhães da Rocha, trata de representação formulada pela 3ª Secex sobre licitação promovida pelo Ministério da Defesa/Comando da Marinha com o objetivo de adquirir equipamentos destinados aos hospitais da Marinha. O edital proibia expressamente a participação de empresas brasileiras no certame.

O ministro-relator acompanhou entendimento do Ministério Público junto ao TCU, segundo o qual não se pode dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º, do art. 42, da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação, que ou decorrem do princípio do julgamento objetivo ou na própria Constituição Federal, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes. Aduziu o senhor ministro-relator que não se poderia afrontar o princípio da isonomia para introduzir cláusulas prejudiciais à participação de empresas nacionais. Podem ser adotadas regras que tornem mais acessível a participação de licitantes sediados no estrangeiro, mas não se poderá dificultar o acesso dos licitantes nacionais. Esse entendimento foi encampado pelo Plenário do TCU no Acórdão 135/2003-Plenário, que proibiu a vedação à participação de empresas brasileiras em licitações promovidas pela entidade representada.

O TC 018.338/2002-0, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, refere-se a representação formulada por participante de licitação promovida pela Coordenação Geral de

Recursos Logísticos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que tinha por objeto a prestação de serviços de engenharia especializada em rede lógica e elétrica para informática. A licitante alegava que os requisitos mínimos necessários para a contratação e os critérios de análise da proposta técnica da concorrência, de itens pontuáveis, favoreceriam empresas de maior porte. Segundo esse entendimento, estariam afrontados o princípio da isonomia e a Lei 8.666/93 em seu art 3º, § 1º.

Tratava-se de uma licitação de técnica e preço, na qual é feita a ponderação de itens conforme critérios estabelecidos no edital. O senhor ministro-relator, em seu voto, observou que os critérios de classificação das propostas revelam-se compatíveis com a natureza e dimensão do objeto licitado. Os critérios ponderáveis foram os seguintes: número de funcionários do quadro permanente da empresa licitante com certificados de treinamento e cursos técnicos de nível superior relacionados à área do objeto (7% da pontuação máxima); disponibilização de serviço 0800 (menos de 1% da pontuação total); frota própria para agilizar a prestação de serviços (3% da pontuação total).

O senhor ministro-relator considerou que o edital estabeleceu a documentação necessária para a qualificação técnica nos termos estabelecidos pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e que não houve restrição ou frustração ao caráter competitivo da licitação nem ofensa ao princípio da isonomia. O objetivo da habilitação, apurar a idoneidade e a capacitação de quem se propõe a contratar com a Administração Pública, foi atingido. Entendeu também que as exigências editalícias para a habilitação eram aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme prevê o inciso XXI do art. 37 da CF. O Tribunal, por intermédio do Acórdão 325/2003 – Plenário, julgou a representação improcedente.

Também o patrocínio de estatais a clubes de futebol foi analisado sob a ótica dos princípios administrativos constantes da Lei 8.666/93.

O TC 008.450/2002-7, de relatoria do ministro Adylson Motta, cuida de auditoria realizada na Petrobrás Distribuidora S/A, na área de contratos de publicidade e propaganda. Essa estatal mantém, há anos, contrato de patrocínio ao Clube de Regatas do Flamingo. Esse contrato era seguidamente reajustado e prorrogado, sem que houvesse previsão no edital de licitação. Além disso, não havia a verificação da regularidade fiscal da associação desportiva. Também não era realizada a avaliação prévia do custo/benefício desse patrocínio.

Por identificar ofensa ao princípio constitucional da isonomia e também aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, ínsitos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, por intermédio do Acórdão 999/2003-Plenário, o Tribunal determinou à empresa estatal que:

- realize estudos periódicos sobre a aceitação no mercado da divulgação adotada e da eficiência e do efetivo retorno para a empresa dos investimentos em propaganda e publicidade, visando à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração;

- avalie previamente, nos casos de patrocínios, fazendo constar do respectivo processo, a relação custo/benefício de cada possível contratação, visando à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

4.2 O Princípio da Economicidade

Há julgados do TCU que apontam ofensa ao princípio da economicidade perpetrado por edital que restringia a participação de licitantes ou em que não foi observada a adjudicação por itens.

O TC 017.206/1996-0 cuida de relatório de auditoria do ministro Benjamim Zylmer realizada na área de convênios e contratos do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro. O Tribunal, por intermédio do Acórdão 136/2000-2ª Câmara, julgou pela irregularidade. A licitação, por empreitada global, incluía a prestação de serviços e o fornecimento de equipamentos. A não-adjudicação por itens restringiu a participação de licitantes e revelou-se antieconômica. Foi aplicada aos responsáveis a multa individual prevista na Lei 8.443/92, art. 58, inciso III.

Em sede recursal, Pedido de Reexame, agora sob a relatoria do ministro Adylson Motta, o Tribunal novamente pronunciou-se pela irregularidade do feito, Acórdão 331/2003-2ª Câmara. No relatório e no voto o senhor ministro-relator da peça recursal evidenciou a restrição ao caráter competitivo de licitação, que uniu, em um só certame, a realização de obras e a aquisição de equipamentos, quando havia possibilidade técnica e econômica na separação do objeto. As atividades de execução de obras de construção civil e a aquisição e instalação de equipamentos eletrônicos eram absolutamente segregáveis.

O princípio da economicidade foi agredido pela inserção de condições de habilitação que diminuía o caráter competitivo do certame, fato comprovado pelo número de licitantes, apenas nove, quando quarenta empresas manifestaram interesse em participar. Infringidos também o disposto no inciso IV do art. 15 e no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93.

O TC 011.994/2003-9, de relatoria do ministro Adylson Motta, refere-se a representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado de Santa Catarina - Secex/SC, sobre irregularidades em editais de concorrências promovidas pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - Dnit que tratam da supervisão das execução e do gerenciamento ambiental da duplicação da BR-101. Essa obra depende de recursos externos e a autoridade responsável pelo órgão federal encarregado da construção de estradas pretendia, com base na Lei 8.666/93, art. 42, § 5º, a adoção de procedimentos licitatórios nos moldes exigidos pela instituição financeira que empresta os recursos, com a única restrição de que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

No caso, o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID reserva-se o direito de não financiar a aquisição de bens ou a contratação de serviços nas quais não tenham sido observados os procedimentos do Banco, integrantes do contrato de empréstimo que venha a ser firmado.

A Secex/SC mencionou que constavam dos editais a pontuação com base em faturamento anterior, a diferenciação entre as pontuações para experiência em consultorias com base na fonte de financiamento do contrato e a limitação do número de licitantes habilitados a participar da segunda etapa da licitação, que não poderia ser superior a seis. Essas condições afrontam o princípio da economicidade, visto que, limitando-se o número de licitantes que participarão da segunda fase, prejudica-se a possibilidade de seleção de proposta mais vantajosa.

A Secex/SC considerou que nem mesmo os editais eventualmente amparados pelo § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 podem restringir a competitividade, pois estaria afrontando a

Constituição Federal e a Lei 8.666/93, art. 3º, por atentar contra o princípio da economicidade.

O ministro-relator asseverou que havia concedido Medida Cautelar suspendendo os editais, tendo em vista a patente ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que dispõe sobre procedimento licitatório, bem assim aos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, e 31, § 1º, da Lei 8.666/93, no que tange ao princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também em função da desobediência à Decisão nº 1640/2002 - Plenário – TCU. A seguir, trecho do voto condutor do Acórdão 1541/2003-Plenário.

Além disso, a concessão da aludida Medida Cautelar, visou, ainda, evitar a ocorrência de possível dano ao Erário, consubstanciado na iminência de prejuízo ao patrimônio público, já que os Editais de Licitação mencionados têm por objeto, em síntese, a seleção e contratação de empresas consultoras, visando à prestação de Serviços Técnicos Especializados de Supervisão de Obras de Construção e Restauração Rodoviária e Supervisão e Gerenciamento Ambiental da Execução do Projeto de Ampliação da Capacidade e Modernização da BR -101 SC/RS (trecho Florianópolis/SC - Osório/RS).

Na forma como foram concebidos os Editais ora impugnados, não são observados os princípios supramencionados e, por conseguinte, não se garante a contratação da melhor proposta para a Administração.

Na oportunidade em que foi concedida a Medida Cautelar, ficou, também, evidente que a Decisão nº 1.640/2002 - Plenário - TCU, que acata Parecer do Ilustre Procurador-Geral do Ministério Público junto a esta Corte de Contas, Dr. Lucas Rocha Furtado, foi descumprida pelo DNIT, já que não autorizava o descumprimento da Lei nº 8.666/93, muito menos da Constituição Federal, como querem crer os Responsáveis junto àquela Autarquia Federal, tendo em vista, inclusive, trecho do citado Parecer, que novamente transcrevo, in verbis, a fim de que não restem dúvidas quanto ao que ora se discute:

“O importante, então, é que seja conciliada essa exigência do BID com o mandamento constitucional a que acima nos referimos, de inafastável observância da lei ordinária brasileira na contratação administrativa. Obviamente, isso é conseguido mediante a simples transcrição, para o edital de licitação, de todas as regras da Lei nº 8.666/1993 aplicáveis ao certame ora em análise e que não contrariem as normas formal, efetiva e comprovadamente impostas pelo BID, desde que estas, por sua vez, **não afrontem a Constituição Brasileira** (grifei)”

No julgamento, o Tribunal determinou a modificação dos editais das concorrências, com a exclusão a pontuação ou qualquer outra exigência relativa a faturamento anterior, a diferenciação entre as pontuações para experiência em consultorias com base na fonte de financiamento do contrato e a limitação em seis ou qualquer outro número de licitantes pré-qualificados por lote, por contrariar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e o art. 31, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

O Acórdão 1.541/2003-Plenário foi posteriormente modificado pelos Acórdãos 370/2004-Plenário, 620/2004-Plenário e 1.051/2004-Plenário. Todavia, considerando-se que não se alterou a análise empreendida quanto à observância do princípio da economicidade, continua válido o entendimento aqui relatado.

4.3 O Princípio da Legalidade

O processo TC 013.820/2000-4, de relatoria do ministro Adylson Motta, trata de denúncia formulada sobre diversas irregularidades havidas no Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Rio Grande do Sul. Foram denunciadas a existência, no edital, de duas datas diferentes para apresentação das propostas, a realização de uma fase de “apreciação cadastral” posterior à apresentação das propostas de preços, fase não prevista no edital e muito menos na Lei 8.666/93, e ainda a inobservância da Lei 8666/93 quanto ao número de propostas válidas em licitações na modalidade convite, critério de desempate de propostas de forma diversa do critério legal, o sorteio.

De fato, ante a ausência de três propostas válidas, era cabível a repetição da licitação (convite), o que de fato não ocorreu. Ante a situação de empate entre as duas únicas propostas válidas, foi utilizado critério de desempate diferente do previsto na Lei 8.666/93, art. 45, § 2º, que seria o sorteio. A empresa contratada pertence a um irmão do presidente da entidade contratante e localiza-se em município distinto do da sede da entidade.

Segundo o princípio da legalidade, o administrador público só pode fazer o que a lei permite. No caso presente, o administrador utilizou procedimentos não previstos em lei, caracterizando ofensa ao princípio em pauta.

Em consequência das ilegalidades praticadas, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 284/2003-Plenário, aplicou aos responsáveis a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, inciso III.

O processo TC 018.622/2002-7, da relatoria do ministro Lincoln Magalhães da Rocha, cuida de relatório de auditoria nas áreas de licitações, contratos e pessoal do Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Estado do Rio Grande do Sul - Sesi. Dentre as diversas irregularidades, consta descumprimento de normas legais regulamentares, mormente o regulamento de licitações e contratos da entidade.

Uma dessas irregularidades refere-se à contratação de uma empresa que incorporou licitante vencedora de concorrência promovida pela entidade paraestatal. A adquirente não passou pela fase de habilitação e julgamento do procedimento licitatório, exigência presente nos arts. 12 e 14 do regulamento de licitações e contratos da entidade. Também a Lei 8.666/93 foi descumprida, bem como o princípio da legalidade, uma vez que não havia previsão legal para a contratação da empresa incorporada.

No voto condutor do Acórdão 2371/2003-Primeira Câmara, o senhor ministro-relator consignou que o conjunto de irregularidades evidencia a desobediência aos princípios de legalidade e moralidade dos atos de gestão, sobretudo quanto aos atos relativos às licitações e contratos. Além de várias outras medidas e determinações, foi aplicada ao superintendente da entidade a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92.

4.4 O Princípio da Publicidade

O TC 928.677/1998-2 é uma representação formulada por licitante de concorrência internacional promovida pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero, tendo por objeto o fornecimento, fabricação, montagem e instalação de sistema de esteiras em terminal aeroportuário.

Houve modificações no objeto da licitação e a comissão de licitação as informou às licitantes por meio de mensagem, sem a necessária reabertura do prazo inicialmente estabelecido. Desatendido, dessa forma, o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, que determina que qualquer modificação no edital deve ser divulgada da mesma forma utilizada para o texto original e que o prazo inicialmente estabelecido deve ser reaberto.

No julgamento da representação, relatoria do ministro Marcos Vilaça, foi proferido o Acórdão 188/99-Plenário, que aplicou multa aos responsáveis pela licitação, por considerar ofendido o princípio da publicidade, com restrição ao caráter competitivo do certame.

Posteriormente foi interposto pedido de reexame, que, levado a Plenário pelo ministro Ubiratan Aguiar, não foi acolhido – Acórdão 164/2002-Plenário. Todavia, esse acórdão parcelou a multa de um dos responsáveis.

Em embargos de declaração interpostos pelos apenados e relatados pelo ministro Ubiratan Aguiar, por intermédio do Acórdão 001/2003-Plenário foi retirada a multa. Todavia, o teor embargado dizia respeito à valoração das modificações do objeto e não à ofensa ao princípio da publicidade.

O TC 004.633/1999-7, de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, refere-se a representação de equipe de auditoria da Secex/AP sobre várias irregularidades verificadas na área de licitações e contratos da Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Amapá.

Dentre as irregularidades representadas, transgressão ao princípio da publicidade pela publicação de avisos em jornal semanal e de pequena circulação, quando a exigência legal insculpida na Lei 8.666/93, art. 21, III é de que a divulgação seja feita em jornal diário de grande publicidade. Associada a esta irregularidade, foi adotada modalidade menos abrangente do que a exigida para o respectivo contrato, inicialmente previsto para prazo reduzido. Após a licitação, os contratos foram enormemente prorrogados e majorados. A equipe de auditoria identificou indícios de fraude, sendo flagrante a desobediência ao princípio da publicidade.

Por intermédio do Acórdão 128/99-Plenário, o Tribunal rejeitou as razões de justificativa e aplicou aos responsáveis a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, III.

Em pedido de reexame de relatoria do ministro Augusto Sherman Cavalcanti, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 420/2003-Plenário, o Tribunal manteve a multa aos responsáveis.

Também no TC 007.427/2002-4, de relatoria do ministro Humberto Guimarães Souto, o Tribunal aplicou multa em razão de desobediência ao princípio da publicidade em licitações públicas. Tratava-se de mais uma representação de licitante acerca de irregularidades ocorridas em procedimento licitatório realizado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Inspeção realizada pela Secex/RJ constatou infringência a dispositivos da Lei nº 8.666/93 e a prática de atos com desobediência aos princípios constitucionais da legalidade, da publicidade e da eficiência.

A UFRRJ usualmente divulgava os resultados de licitações na modalidade convite no seu mural, publicava no seu *site* e informava por telefone. O Tribunal entendeu que os meios utilizados pela universidade para divulgação dos resultados de suas licitações estão em desacordo com a legislação, especificamente a Lei 8.666/93, o que torna a sua utilização não combinada com outros meios não só desaconselhada, mas também vedada.

Em decorrência das irregularidades verificadas, dentre elas o desatendimento ao princípio da publicidade, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 1.046/2003-1ª Câmara, aplicou aos responsáveis a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, incisos II e III, c/c o art. 43, parágrafo único.

Outra representação de licitante, desta feita em licitação promovida pela Petrobrás - Refinaria Gabriel Passos para a contratação de empresa fornecedora de alimentação, questionou a aplicação dos princípios constitucionais da publicidade, da isonomia e da impessoalidade. Trata-se do TC 006.458/2003-4, de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar.

A licitação foi realizada na modalidade convite, quando os valores a enquadravam na modalidade concorrência. Com isso, não houve a ampla divulgação, uma vez que as exigências legais para a divulgação de convites são muito menores do que o exigido para a publicidade de licitações na modalidade concorrência. Ademais, mesmo como convite, a licitação não teve a publicidade necessária.

Restou evidenciado que a preocupação da Comissão de Licitação era realizar o convite no menor tempo possível, com a participação de determinadas empresas, escolhidas de acordo com critérios de capacitação técnica e econômico-financeira. Para que isso fosse concretizado, a publicidade da licitação deveria ser a mínima. Caracterizou ofensa à Lei 8.666/93 pelo irregular enquadramento da modalidade de licitação e também aos princípios da publicidade, da isonomia e da impessoalidade.

Em conclusão, por intermédio do Acórdão 1.429/2003-Plenário, o Tribunal assinou o prazo de 90 dias para que a estatal adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistentes na anulação do referido convite e respectivo contrato, destinados à contratação de prestador de serviços de fornecimento e de distribuição de alimentação aos empregados, tendo em vista a não-divulgação do respectivo edital, cerceando a participação de outros interessados, caracterizando ofensa aos princípios da publicidade, da isonomia e da competitividade contidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

4.5 O Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa

Um caso exemplar de ofensa ao princípio da moralidade foi apontado no TC 005.929/1998-9. Era uma representação transformada em tomada de contas especial, de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar.

Para cumprir um convênio federal que objetivava a ampliação de uma escola, a Prefeitura Municipal de Ibaiti/PR realizou licitação na modalidade convite. Venceu o certame uma empresa de propriedade do pai do presidente da comissão de licitação, que exercia também o cargo de contador da prefeitura. Há fortes indícios de que a licitação foi forjada. Na verdade, durante a investigação realizada pela Secex/PR, não foram obtidos documentos que comprovassem a sua realização. O setor financeiro da prefeitura, ao emitir a nota de empenho, emitiu-a como dispensa de licitação.

A empresa contratada não detinha condições de entregar os materiais nas quantidades especificadas. Ainda assim, o presidente da comissão de licitação adjudicou-lhe o objeto. O contrato não foi cumprido, mas o pagamento foi integralmente efetuado, sendo o cheque emitido em favor do proprietário da empresa. Foram apresentadas notas fiscais inidôneas, dadas pela empresa como extraviadas.

Além dos evidentes vínculos familiares entre o proprietário da empresa contratada e o presidente da comissão de licitação – pai e filho -, o Tribunal concluiu que o presidente da comissão de licitação sabia de antemão que o objeto da licitação não seria realizado. Restou caracterizado o desrespeito ao princípio da moralidade.

No julgamento do feito, por intermédio do Acórdão 009/2003-2ª Câmara, o Tribunal condenou os responsáveis ao pagamento do débito apurado e encaminhou cópia dos autos ao Ministério Público Federal.

Outro caso de representação transformada em tomada de contas especial, com infringência ao princípio da moralidade administrativa deu-se em processo de representação movida pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Trata-se do TC 016.407/2002-0, de relatoria do ministro Benjamim Zymler, na qual o TCE/PE denunciou indícios de irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Salgadinho/PE.

Dentre as irregularidades, o projeto básico era incompatível com a obra e o orçamento foi superestimado. Além disso, houve reajuste irregular do valor original do contrato, foram incluídos serviços não previstos na licitação e houve pagamentos com quantitativos superiores aos efetivamente prestados. O objeto do contrato foi executado apenas parcialmente, mas o pagamento foi integralmente realizado.

No processo em tela, o Tribunal considerou que houve afronta ao princípio na moralidade pelo fato de que autor do projeto básico era, ao mesmo tempo, representante da empresa contratada e ainda fiscalizava as obras para a prefeitura municipal em questão. Além da agressão ao princípio constitucional da moralidade, essa multiplicidade de atribuições profissionais é objetivamente vedada pela Lei 8.666/93, art. 9º, inciso I.

Por intermédio do Acórdão 1.343/2003-Plenário, o TCU determinou a conversão da representação em tomada de contas especial para que fosse promovida a citação dos responsáveis com vistas à recuperação de valores irregularmente pagos por sobrepreço e por serviços não realizados.

O TC 006.069/2002-8, de relatoria do ministro Lincoln Magalhães da Rocha, refere-se a denúncia sobre irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Baía Formosa/RN, tais como fraude em processos licitatórios, utilização de notas fiscais frias, pagamento de serviços não executados, superfaturamento, apropriação de receitas municipais, pagamento de propinas, nepotismo, favorecimento de parentes em compras e contratações da prefeitura.. A prefeitura teria agido em conluio com empresas licitantes em aquisições de merenda escolar.

Em três licitações na modalidade convite para compra de merenda escolar com recursos públicos federais provenientes dos *royalties* decorrentes da extração de petróleo, ocorreram três empresas licitantes, duas das quais pertencentes aos mesmos sócios. A terceira licitante não possuía como objetivo social a comercialização de gêneros alimentícios.

As três licitações tiveram exatamente o mesmo objeto, composto de 30 itens de gêneros alimentícios, variando apenas as quantidades. Os vencedores de duas licitações apresentaram os mesmos preços unitários, com exceção de um item, pão francês, que variou R\$ 0,01. Uma das competidoras, de propriedade dos mesmos sócios da licitante vencedora, ofertou preços superiores em todos os itens.

As afirmações do sócio de uma das licitantes em resposta a audiência confirmam o conluio havido, asseverando que não entregou as mercadorias, que apenas emitiu as notas fiscais de suporte, que havia combinação prévia com servidor da prefeitura e que havia a convivência do Prefeito. As informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal confirmam que licitante vencedora não possuía, à época da licitação, estoques dos gêneros alimentícios constantes das notas fiscais emitidas à Prefeitura.

Inegável a quebra dos princípios da moralidade e da probidade administrativa. Os autos comprovaram que a Prefeitura Municipal de Baía Formosa/RN tinha pleno

conhecimento das irregularidades e mais, participou ativamente delas. O Tribunal, por intermédio do Acórdão 195/2004-Plenário, declarou a inidoneidade dos licitantes, impedindo-os de participar de licitações públicas por período de tempo, e determinou a transformação dos autos em tomada de contas especial, com vistas à recuperação dos valores indevidamente gastos.

4.6 O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

De um modo geral, o Tribunal tem considerado como irregularidade formal a desobediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, em consequência, tem limitado-se a emitir determinações. Poucas multas foram aplicadas devido à infringência desse princípio. No entanto, quando da desobediência desse princípio resultaram outras irregularidades ou danos para o erário, o Tribunal aplicou medidas mais contundentes.

Exemplo de caso em que o Tribunal analisou com profundidade a obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ocorreu no processo TC 018.125/1996-4, de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar. Trata-se de auditoria em contratações realizadas pela Caixa Econômica Federal, na área de informática, incluindo a contratação de serviços de operacionalização dos sistemas de loterias. Nessa auditoria foram identificados, em uma única licitação, vários casos de possível transgressão ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. De se esclarecer que o processo ainda tramita, agora transformado em tomada de contas especial, e os responsáveis foram chamados a quitar o débito apurado em consequência das irregularidades apontadas ou a apresentar suas alegações de defesa.

Neste trabalho serão mencionados apenas os indícios de irregularidades e os fundamentos pelos quais o Tribunal concluiu, em primeiro julgamento, Acórdão 692/2003-2ª Câmara, pela ocorrência ou não de transgressão ao princípio em tela.

O primeiro indício encontrado foi a contratação com preços alterados após o julgamento da licitação, com modificação das faixas de arrecadação semanal, tanto em termos de moeda utilizada (de dólar para real) como de amplitude das faixas dos preços, e dos percentuais de remuneração a elas associadas, resultando em aumento do preço em reais. Com isso, caracterizou-se a ilegalidade do ato, por ferir o disposto no art. 54, § 1º, da Lei 8.666/93, violou-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório expresso nos arts. 3º e 41. Caracterizou-se também a antieconomicidade do ato, por representar potencial dano aos cofres da empresa pública nas hipóteses de ocorrência de arrecadações semanais elevadas nos primeiros anos da contratação. Quanto à questionada antieconomicidade, os gestores apresentaram razões de justificativa que não foram acolhidas pelo Tribunal. Quanto à violação ao princípio da vinculação ao edital, não houve controvérsia.

Outro indício de violação ao princípio em tela, no mesmo processo, deu-se pela inserção de obrigação contratual para a contratante, sem previsão editalícia. A contratante se obrigou a realizar análise trimestral do crescimento da arrecadação e, na ocorrência de taxas de crescimento inferiores às projetadas, comprometeu-se a realizar os melhores esforços para, no menor prazo possível, recompor o nível de arrecadação projetado, resultando em garantia potencial em contrato de risco (margem de lucro da contratada dependente do montante arrecadado em cada concurso lotérico) não oferecida aos demais licitantes, configurando, além de ofensa ao princípio da vinculação ao edital, violação ao princípio constitucional da isonomia.

Foi também constada discrepância no contrato firmado com a licitante vencedora no tocante ao quantitativo de terminais lotéricos a serem instalados, já que o contrato prevê a instalação de 11.300 terminais, quando o edital previa a implantação de 14.500 terminais, o que viola o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso nos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93. No entanto, as razões de justificativa apresentadas caracterizaram que essa irregularidade não teve outras repercussões, caracterizando-se apenas como irregularidade formal, passível apenas de determinação saneadora.

Outra discrepância constatada no contrato firmado com a licitante vencedora refere-se ao não-atendimento da seqüência estipulada para a implantação dos terminais on-line. Caracterizada mais uma violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mas para a qual, a exemplo da anterior, os gestores apresentaram justificativas acolhidas pelo Tribunal, que considerou essa infringência apenas como irregularidade formal.

Registrou essa auditoria ainda o descumprimento de itens editalícios que exigiam da licitante vencedora a apresentação de rotina ou subsistema destinado a executar o controle e a baixa dos prêmios dos bilhetes da Loteria Federal do Brasil e Loteria Federal do Brasil Instantânea e o recebimento de contas de concessionárias de serviços públicos. Essa exigência foi desconsiderada no julgamento do certame, à revelia do princípio de vinculação ao instrumento convocatório, expresso no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Em muitos julgados o TCU analisa em conjunto o cumprimento dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O TC 019.397/2003-4 cuida de representação formulada por licitante a respeito de possíveis irregularidades praticadas em licitação promovida pela Agência Nacional do Petróleo - ANP com o objetivo de adquirir mobiliário (estações de trabalho). A empresa

representante alega que foi desclassificada da concorrência por descumprimento de exigência não prevista no edital, com grave descumprimento dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A desclassificação da licitante deu-se com base em parecer da empresa de consultoria contratada pela agência promotora do certame para executar o anteprojeto e administrar as obras de instalação do mobiliário licitado. O ministro-relator concordou com a alegação de que a comissão de licitação extrapolou os exatos termos do edital ao desclassificar a representante por descumprimento de exigências não-previstas naquele instrumento convocatório.

Além disso, a representante considerou, ainda, injustificada a realização de despesa excessivamente onerosa para a Administração Pública contratante, uma vez que o preço ofertado pela única licitante habilitada alcança a cifra de R\$ 6.493.042,11 ao passo que sua proposta comercial perfaz o montante de R\$ 2.854.300,00.

Ao apreciar o processo, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 1.712/2003 – Plenário, além de outras determinações e providências, ratificou medida cautelar proferida pelo Relator Walton Alencar Rodrigues e determinou à ANP a sustação de todos os atos administrativos praticados com vistas à contratação e à execução do objeto relativo à concorrência denunciada, até que o Tribunal decidisse sobre o mérito da questão em pauta.

Após a audiência do diretor-geral da ANP e dos membros da comissão de Licitação, bem como intimou as empresas licitantes, em novo julgamento, foi exarado o Acórdão 309/2004-Plenário, que fixou o prazo de 15 dias para que a agência reguladora adote as providências necessárias à anulação da Concorrência representada e emitiu determinações para que em futuras licitações não ocorram as irregularidades apuradas, especificamente no

que se refere ao cumprimento do princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

4.7 O Princípio do Julgamento Objetivo

Como mencionado anteriormente, é muito comum a verificação pelo TCU de ofensas aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo em um único processo, a exemplo do caso acima citado. Mas há casos em que o Tribunal verifica ofensas isoladas ao princípio do julgamento objetivo.

O TC 011.173/2003-5, de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar, cuida de auditoria realizada na Petrobrás. Um dos achados da auditoria referia-se à ausência de critérios objetivos de desclassificação de propostas de licitantes nos instrumentos convocatórios analisados. As desclassificações davam-se em decorrência de preços considerados excessivos ou manifestamente inexequíveis, ou ainda por ineficiência técnica, administrativa ou financeira. Como não havia critérios objetivos para essas desclassificações, constatou-se ofensa ao princípio do julgamento objetivo.

Por intermédio do Acórdão 1329/2003 – Plenário, o TCU determinou que a estatal estabeleça, nos instrumentos convocatórios de licitações, critérios objetivos para a desclassificação de licitantes, em especial em razão de preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, ou ainda, por ineficiência técnica, atendendo ao princípio do julgamento objetivo, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

4.8 O Princípio da Impessoalidade

Em processo de representação movida por sindicato, com base na Lei 8.666/93, art. 113, § 1º, contra licitação promovida pelo Banco do Brasil, o ministro-relator Ubiratan Aguiar concedeu cautelar determinando a suspensão de licitação. Trata-se do TC 001.936/2003-1.

A participação de muitos licitantes no certame afastou a denúncia de ofensa ao princípio da impessoalidade. Foi o que asseverou o ministro Benjamin Zymler, ao pronunciar voto revisor no TC 001.936/2003-1, em favor de agravo contra suspensão de processo licitatório promovido por banco estatal.

Ponto crucial que, também, leva-me ao provimento do agravo, eis que ratifica os argumentos que já espossei, é o fato de oito empresas terem participado do certame, consoante informações do agravante. Esta circunstância mostra, de forma clara, que não há que se falar em violação ao Princípio da Impessoalidade e ao caráter competitivo do certame. Em termos concretos, o Princípio da Impessoalidade foi obedecido. É verdade que, como lembra o eminente Relator em seu bem lançado Voto, mais empresas poderiam ter apresentado propostas. (...) A potencial existência de maior competitividade não pode servir como parâmetro seguro para a aferição da observância do Princípio da Impessoalidade, sob pena de se ter que considerar quase todos os procedimentos licitatórios ilegais. Neste sentido, esta Corte, em suas decisões, tem confirmado o entendimento de que a impessoalidade deve ser aferida em termos concretos, de acordo com a situação fática analisada.

No julgamento, Acórdão 686/2003 – Plenário, o Tribunal deu provimento ao agravo e revogou a referida medida cautelar.

Interessante posicionamento manifestou o Tribunal no julgamento do TC 012.620/1997-1, de relatoria do ministro Adhemar Paladini Ghisi, que versava sobre denúncia de irregularidades praticadas na área de licitações e contratos no Instituto de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Amapá.

Por intermédio da Decisão 462/1999-Plenário, o Tribunal determinou à entidade que: evite fazer aquisições de materiais e serviços, especialmente em casos de dispensa de licitação e na modalidade carta convite, sem que haja outras propostas, de empresas cujo comerciante, individual, sócio ou cotista, seja cônjuge ou possua relação de parentesco com servidores envolvidos no procedimento, seja no certame licitatório, seja no recebimento/atesto bens e serviços adquiridos, atendendo, portanto, aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.

Vê-se que a Decisão 462/1999-Plenário não proibiu a participação nas licitações públicas de empresas pertencentes a parentes de membros da comissão de licitação ou de outras pessoas envolvidas no recebimento dos bens ou serviços; todavia, vedou a contratação de empresas que se enquadrem nessa condição em dispensas de licitação e em convites, quando não houver outras propostas.

Bem parecido foi o entendimento exarado no julgamento do TC 016.458/2002-0, de relatoria do ministro Adylson Motta, que versou sobre denúncia de irregularidades praticadas no Conselho Regional de Administração no Amazonas e Roraima. A denúncia mencionou indícios de favorecimento a empresa contratada para prestar serviços de agenciamento de transporte aéreo e hospedagem.

Realizada a inspeção, a Secex/AM constatou a contratação de empresa pertencente a um conselheiro titular da entidade contratante para fornecimento dos serviços de venda e agenciamento de passagens aéreas e hospedagem. A Secex aduziu que a contratação por si só não é ilegal; desde que tal procedimento atenda aos requisitos previstos na legislação específica de contratações do serviço público.

No voto condutor do Acórdão 1.560/2003 – Plenário, o ministro-relator observou que, embora cada aquisição isoladamente seja de valor inferior ao limite de dispensa, os gastos totais com aquisições de passagens estavam bem acima do limite legal fixado para dispensa de licitação, conforme previsto na Lei 8.666/93, art.24, inciso II. Aduziu o senhor ministro-relator que, como agravante à irregularidade da contratação em foco, “tem-se a flagrante afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade mediante a contratação de empresa presidida por quem tem acesso privilegiado à administração, na condição de conselheiro ...”.

No julgamento, o Tribunal aplicou multa ao responsável, com fundamento na Lei 8.443/92, art. 58, II.

4.9 O Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

No julgamento do relatório de auditoria realizada na Companhia Energética do Piauí, do ministro Ubiratan Aguiar, TC nº 008.569/2001-6, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 121/2002–Plenário, multou a gestora pública que, desarrazoadamente, exigiu prova de qualificação técnica para a execução de serviços de construção de redes elétricas de 69 KV. Os valores orçados nesse item correspondiam a apenas cerca de um por cento do valor total do orçamento de cada licitação. O Tribunal considerou a exigência de prova de qualificação técnica para a execução de parcelas de serviços de menor valor e relevância absurda e contrária ao princípio da razoabilidade, com restrição ao caráter competitivo dos certames, contrariando o comando contido no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Na representação formulada por licitante de concorrência promovida pela Academia de Força Aérea, TC 013.431/2001-4, também da relatoria do ministro Ubiratan Aguiar, o TCU proferiu o Acórdão 460/2002-Plenário, que aplicou multa ao gestor responsável pela desclassificação de propostas vantajosas com base no art. 48 da Lei 8.666/93, quando havia apenas vício formal. O Tribunal considerou que o vício formal poderia ser facilmente sanável, e por isso foi ofendido o princípio da razoabilidade.

Há casos, no entanto, em que o Tribunal considerou pertinentes as exigências de habilitação também com base no princípio da razoabilidade. É o que se vê na representação formulada por sindicato contra licitação promovida pela Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa. Trata-se do TC 003.009/2001-8, da relatoria do ministro Marcos Vilaça. O representante questionava edital que permitia a participação apenas de firmas com objeto social que contém atividades relacionadas ao objeto da licitação, que exigia dos licitantes a apresentação de declaração de que a empresa executaria as obras de acordo com o projeto e as especificações fornecidas pela entidade patrocinadora da licitação e que alocaria todos os equipamentos, pessoal técnico-especializado e materiais necessários, e declaração de que tomaria todas as medidas para assegurar um controle de qualidade adequado.

Por intermédio da Decisão 528/2001-Plenário, o Tribunal permitiu que não fosse dada continuidade à licitação pública representada. O relatório do ministro-relator reconheceu que exigências de requisitos mínimos para participação no certame eram pertinentes, por observarem o princípio da razoabilidade.

O processo TC 004.343/2001-0 é uma representação de equipe de auditoria contra indícios de direcionamento de licitação promovida pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Roraima, consistente na exigência de comprovação de aptidão para execução dos

serviços. No relatório, o ministro-relator Augusto Sherman Cavalcanti enfatizou que o problema do limite de condições para habilitação, mesmo tendo sido regulado em lei e tratado na doutrina, é acima de tudo questão de bom-senso, de razoabilidade e de proporcionalidade e que exigências excessivas frustraram o caráter competitivo da licitação.

A exigência descabida, no caso, referia-se à necessidade de comprovação de diversos serviços em um único contrato. Empresas que tivessem prestado todos os serviços nos quantitativos indicados, mas em diversos contratos, seriam inabilitadas. Ofendido o princípio da razoabilidade. No julgamento, foi proferido o Acórdão 307/2001-Plenário, que multou o gestor e inabilitou-o para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por oito anos.

4.10 Princípio da Motivação

O TC 010.205/2001-0, de relatoria do ministro Adylson Motta, trata de representação formulada por licitante, com base na Lei 8.666/93, art. 113, § 1º, contra ato da comissão de licitação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS que desclassificou a proposta do licitante sem a devida explicação de forma clara e concisa.

Antes que a representação fosse apreciada pelo Tribunal, a autarquia, de ofício, resolveu anular a licitação. No entanto, o senhor ministro-relator, como medida preventiva, determinou a continuidade do processo e as necessárias determinações corretivas ao órgão, para que em futuros certames as irregularidades verificadas não se repitam.

Concluiu-se que a Comissão Especial de Licitação não fundamentou a decisão de desclassificação das propostas técnicas, nem a decisão dos recursos administrativos interpostos, contrariando o disposto nos arts. 44 e 45 da Lei nº 8.666/93. Não houve a devida exposição dos motivos pelos quais concluiu pela desclassificação, remetendo-se apenas a itens do edital. A decisão de desclassificação não comportou os pressupostos fáticos que justificassem o descumprimento de tais itens, caracterizando subjetivismo no julgamento e ofensa ao princípio da motivação.

No julgamento, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 918/2003-2ª Câmara, rejeitou as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis e aplicou-lhes, individualmente, a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, inciso II, e determinou à autarquia que em futuras licitações proceda à plena fundamentação das decisões proferidas nos julgamentos das propostas e dos recursos administrativos, notadamente no tocante à desclassificação de propostas de licitantes, explicitando de forma precisa os aspectos que determinaram a incompatibilidade da proposta com os requisitos inerentes à licitação, em atenção ao disposto nos arts. 44 e 45 da Lei 8.666/93 e em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos norteado pelos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99.

O TC 006.368/2000-0, também de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar, cuida de denúncia sobre possíveis irregularidades praticadas na Companhia Energética do Piauí – Cepisa, em licitação na modalidade tomada de preços. Dentre as irregularidades constavam modalidade de licitação inadequada, inexistência de planilha de custos unitários, restrição ao caráter competitivo ante a exigência de qualificação técnica, deficiência no projeto básico, inobservância do prazo legal para a apreciação de recursos administrativos e revogação imotivada de procedimento licitatório.

No que se refere ao não-atendimento do princípio da motivação, a licitação em comento foi revogada após a fase de julgamento pela comissão de licitação, porque a responsável recusou-se a cumprir liminar judicial que determinava a abertura dos envelopes de licitante que havia sido inabilitada, sem, contudo, indicar os fundamentos fáticos e jurídicos para a medida. Os termos utilizados pela autora da revogação estão longe de constituir motivação de ato administrativo. Os termos foram os seguintes, *in verbis*: “*Revogo em razão de questões judiciais e interesse administrativo*”. Não foi dito qual seria esse interesse administrativo e qual a correlação lógica entre uma questão judicial e o interesse administrativo. Além do desrespeito ao princípio da motivação, foi contrariado também o disposto na Lei 8.666/93, art. 49.

Em resposta a audiência, a responsável pela revogação alegou a impossibilidade de continuidade do certame em razão de tumulto gerado pela interposição de recurso administrativo e de ação judicial. O ministro-relator apontou que no caso da decisão judicial desfavorável, a Administração deveria se utilizar dos recursos cabíveis e, quanto ao recurso administrativo, caberia à Administração simplesmente apreciá-lo nos prazos legais, o que não ocorreu.

Considerando as demais irregularidades denunciadas e a não-motivação da revogação da licitação, que não observou também o direito do contraditório e da ampla defesa prescritos na Lei 8.666/93, art. 49, § 3º, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 167/2001 – Plenário, aplicou multa à responsável a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, inciso III.

Em julgamento de pedido de reexame, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 329/2004 – Plenário reduziu o valor da multa, por acatar parcialmente a defesa quanto às outras irregularidades, mas não quanto ao descumprimento do princípio da motivação.

O TC 001.987/2003-0, de relatoria do ministro Ubiratan Aguiar, refere-se a representação formulada por sindicato contra possíveis irregularidades em licitação promovida pela Prefeitura Municipal de Marabá/PA. Foi questionada a exigência injustificada de índices contábeis no edital da concorrência, o que caracterizaria restrição ao caráter competitivo da licitação.

O ministro relator considerou que a exigência de índice contábil na forma contida no edital, por si só, não caracterizou restrição ao caráter competitivo da licitação, mas sim inobservância ao princípio da motivação dos atos administrativos e violação ao art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

Em vista disso, o Tribunal, por intermédio do Acórdão 1.668/2003 – Plenário, aplicou aos responsáveis a multa prevista na Lei 8.443/92, art. 58, II, tendo em vista grave infração ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93, ao não justificar a exigência dos índices de liquidez geral, corrente e de endividamento utilizados para a habilitação dos interessados em participar da Concorrência nº 007/02/CPL/SEVOP.

4.11 Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público

O TC 004.440/2001-4, de relatoria do ministro Augusto Sherman Cavalcanti, cuidou de Levantamento de Auditoria realizado na Secretaria de Infra-Estrutura de Estado de Alagoas. Dentre os pontos levantados na auditoria, constava sub-rogação de parte de contrato de obras e serviços de complementação e melhoria dos recursos hídricos de regiões do Estado.

Nesse processo o tema da sub-rogação de contratos públicos foi minuciosamente discutido, terminando por se firmar entendimento que pacificou a jurisprudência do Tribunal sobre o assunto, à luz da observância do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

No relatório e voto que fundamentaram a Decisão 420/2002-Plenário, o ministro-relator Augusto Sherman esclareceu que quando a contratada cede ou transfere sua posição a terceiro significa que a Administração está firmando um novo contrato, efetuando uma nova contratação, em razão do caráter *intuitu personae* dos contratos. Com isso, a sub-rogação elimina as responsabilidades contratuais e legais do contratado perante a Administração Pública. Ter-se-á, portanto, nova contratação direta, sem que a hipótese esteja contemplada dentre aquelas previstas para a espécie nos dispositivos do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos.

A seguir, trecho do voto do ministro-relator vinculando a supremacia do interesse público à sub-rogação contratual:

18. A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas ou jurídicas, que com eles mantenham eventual relação. A substituição do licitante vencedor por terceiro (e a Administração chegou ao licitante vencedor mediante análise de uma série de elementos, dentre eles capacidades técnica e econômica) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.

Posteriormente a essa decisão, o Tribunal vem condenando as sub-rogações de contrato em nome do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

O TC 014.003/2001-2, de relatoria do ministro Adylson Motta, cuidou de auditoria operacional na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Dataprev.

Por intermédio da Decisão 1.459/2002 – Plenário, posteriormente modificada pelo Acórdão 85/2003 – Plenário, foi determinado à referida empresa que renegocie os contratos indicados no Acórdão e na Decisão, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público, levando-se em conta estarem os preços desses contratos acima daqueles praticados no mercado, além de terem sido firmados em condições desfavoráveis para a contratante.

O princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público foi invocado também no julgamento de pedido de reexame do TC 015.723/2001-8, interposto contra o Acórdão 322/2002 – Plenário, que aplicara multa a ex-prefeito municipal de Piquet Carneiro/CE e a ex-membros de comissão de licitação. Na análise do pedido de reexame, o ministro-relator Adylson Motta citou artigo do ministro Augusto Sherman publicado na Revista do TCU, onde se diz que *“o princípio do ‘in dubio pro reo’ não cabe nos processos em que o ônus de prestar contas incumbe ao gestor. Isso porque se tratam de processos iluminados pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público”*. A decisão recorrida foi mantida, conforme Acórdão 453/2003-Plenário.

4.12 Princípio da Adjudicação Compulsória

Este é, sem nenhuma dúvida, o princípio administrativo menos presente na jurisprudência do TCU. Pesquisa ao sistema Juris indica que foi feita menção ao princípio da adjudicação compulsória em apenas quatro processos julgados pelo Tribunal. E em três desses processos a menção se referia à confirmação do seu efetivo cumprimento.

O único processo em que o Tribunal observou descumprimento desse princípio foi o TC 006.318/1995-9, de relatoria do ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Era uma representação formulada por licitante contra a comissão de licitação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A empresa representante questionava sua desclassificação para a prestação de serviços de realização de exames psicotécnicos em candidatos aprovados em concursos públicos, sob alegação de não-cumprimento das exigências do convite. De fato a representante fora inabilitada no certame e a licitante vencedora fora contratada. Ocorre que, em face da necessidade da repetição de alguns exames de candidatos reprovados no exame psicotécnico, o presidente da comissão de licitação determinou que esses exames fossem realizados exatamente pela empresa representante. Foi aí que o TCU verificou descumprimento do princípio da adjudicação compulsória, vez que parte do objeto da licitação fora adjudicado a empresa outra que não a legítima vencedora do certame, exatamente a empresa representante.

No entanto, dado o pequeno valor da despesa – R\$ 1.500,00 – e a ausência de dano ao erário, o Tribunal, por intermédio da Decisão 683/96 – Plenário, determinou à entidade promotora da licitação a observância dos preceitos do Estatuto das Licitações, em particular dos arts. 50 e 64, no que se refere ao princípio da adjudicação compulsória ao licitante vencedor.

CONCLUSÃO

Após a revisão da doutrina e da jurisprudência, conclui-se que a observância dos princípios administrativos nas licitações e contratos públicos é fator essencial para a legalidade e a regularidade das contratações públicas.

Viu-se que os princípios originam-se dos costumes e valores humanos, e, por isso, são mutáveis ao longo do tempo e da história.

Como dito no Capítulo 2, os princípios são mais importantes do que as normas. E que os princípios orientam a elaboração das leis, inclusive da Constituição e que, de outra via, alguns princípios já foram incluídos no texto constitucional e outros já foram introduzidos no texto da lei; a Lei de Licitações elencou os princípios administrativos aplicáveis, todos aqui relacionados e analisados à luz da melhor doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Que, em licitações públicas, o descumprimento de um princípio quase sempre implica o descumprimento de outros princípios e de normas positivadas na legislação aplicada a licitações e contratos públicos.

Viu-se ainda que apenas a legalidade formal é, muitas vezes, insuficiente. Para executar um procedimento legal, o administrador público deve se guiar por valores acima da lei: os princípios.

Por derradeiro, verificou-se que o Tribunal de Contas da União observa o efetivo cumprimento dos princípios administrativos nas licitações e contratos públicos, sendo a sua inobservância motivo suficiente para penalizações e até mesmo para a declaração de nulidade dos correspondentes atos e contratos administrativos.

ve ser impressa no verso da folha de rosto

Sobrenome, Nome.

Título : subtítulo / Nome completo. -- Cidade [S.n.], ANO.

n.º f.

Trabalho de conclusão de curso Sigla da Instituição. Curso de
Direito

1. Assunto. 2. Assunto. I. Título.

CDU - XXX.XX

REFERÊNCIAS

ATTIE, Willian. *Auditoria: Conceitos e Aplicações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal, Brasília: 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 06/07/2004.

BRASIL. Lei 8.666 (1993) *Lei de Licitações*. Senado Federal, Brasília: 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 06/07/2004.

BRASIL. Lei 10.520 (2002) *Lei do Pregão*. Senado Federal, Brasília: 2002. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 06/07/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: Orientações Básicas/Tribunal de Contas da União*. 1. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 002.086/2000-4. Representação. Acórdão 182/2001-Plenário. Brasília, TCU, 2001.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 014.642/2001-3. Representação de Unidade Técnica. Acórdão 135/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 018.338/2002-0. Representação de licitante. Acórdão 325/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 008.450/2002-7. Auditoria. Acórdão 999/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 017.206/1996-0. Auditoria. Acórdão 136/2000-2ª Câmara. Brasília, TCU, 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 017.206/1996-0. Pedido de Reexame. Acórdão 331/2003-2ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 011.994/2003-9. Representação de Unidade Técnica. Acórdão 1.541/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 013.820/2000-4. Denúncia. Acórdão 284/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 018.622/2002-7. Auditoria. Acórdão 2.371/2003-1ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 928.677/1998-2. Representação de Licitante. Acórdão 188/1999-Plenário. Brasília, TCU, 1999.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 004.633/1999-7. Representação de Equipe de Auditoria. Acórdão 128/99-Plenário. Brasília, TCU, 1999.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 007.427/2002-4. Representação de Licitante. Acórdão 1.046/2003-1ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 006.458/2003-4. Representação de Licitante. Acórdão 1.429/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 005.929/1998-9. Tomada de Contas Especial. Acórdão 9/2003-2ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.407/2002-0. Representação convertida em Tomada de Contas Especial. Acórdão 1.343/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 006.069/2002-8. Denúncia convertida em Tomada de Contas Especial. Acórdão 195/2004-Plenário. Brasília, TCU, 2004.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 018.125/1996-4. Auditoria. Acórdão 692/2003-2ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 019.397/2003-4. Representação de Licitante. Acórdão 1.712/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 011.173/2003-5. Auditoria. Acórdão 1.329/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 001.936/2003-1. Representação. Acórdão 686/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 012.620/1997-1. Denúncia. Decisão 462/1999-Plenário. Brasília, TCU, 1999.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.458/2002-0. Denúncia. Acórdão 1.560/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 008.569/2001-6. Auditoria. Acórdão 121/2002-Plenário. Brasília, TCU, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 013.431/2001-4. Representação de Licitante. Acórdão 460/2002-Plenário. Brasília, TCU, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 003.009/2001-8. Representação. Decisão 582/2001-Plenário. Brasília, TCU, 2001.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 004.343/2001-0. Representação de Equipe de Auditoria. Acórdão 307/2001-Plenário. Brasília, TCU, 2001.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 010.205/2001-0. Representação. Acórdão 918/2003-2ª Câmara. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 006.368/2000-0. Denúncia. Acórdão 167/2001-Plenário. Brasília, TCU, 2001.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 001.987/2003-0. Representação. Acórdão 1.668/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 004.440/2001-4. Levantamento de Auditoria. Decisão 420/2002-Plenário. Brasília, TCU, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 014.003/2001-2. Auditoria Operacional. Decisão 1.459/2002-Plenário. Brasília, TCU, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 015.723/2001-8. Representação formulada pelo TCE/CE. Acórdão 453/2003-Plenário. Brasília, TCU, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 006.318/1995-9. Representação de Licitante. Decisão 683/96-Plenário. Brasília, TCU, 1996.

BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Dicionário das Licitações Públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

ECO, Humberto. *Como se Faz uma Tese*. 18. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*. Brasília: Editora Fórum, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de Mattos. *Licitação e seus Princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

OLIVEIRA, Ivo Ferreira. *Licitação: Formalismo ou Competição?* Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. Ed. São Paulo: Renovar, 2003.

VIEIRA, Liliâne dos Santos Vieira. *Pesquisa e Monografia Jurídica na Era da Informática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.