DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Durvalina Araújo, Especialista em Direito Processual Civil - Associação de Administração do Ensino e da Pesquisa de Sergipe - FANESE e Gerência e Tecnologia da Qualidade-Recursos Humanos – Centro Federal de Educação Tecnológica-CEFET/MG, autora do livro *Exame de DNA e a Prova Emprestada* e de vários artigos jurídicos. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ex-Professora Substituta da Universidade Federal de Sergipe-UFS na disciplina Direito Administrativo. durvaaraujo@infonet.com.br.

RESUMO: O princípio do devido processo legal originou-se do direito inglês sendo referendado pela Declaração dos Direitos dos Homens de 1948 propagando-se para todo o mundo, sendo adaptado ao sistema jurídico de cada Estado. Ocorre que o âmbito de sua aplicação era somente na esfera processual, garantindo uma regularidade formal nos processos judiciais não levando em consideração o aspecto substancial. Sob essa vertente foi-se desenvolvendo e adaptou-se a realidade temporal sob os anseios da sociedade, se difundindo para a análise do aspecto substancial. Nesse diapasão, a razão precípua deste ensaio é mostrar a necessidade de ampliação da processualística brasileira para os atos procedimentais do Direito Administrativo. A cláusula do devido processo legal está pautada na observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, vetores da conduta administrativa, voltada para a consciência crítica sobre a cidadania universal no Estado Democrático de Direito. Neste Estado social, sopesando os bens jurídicos envolvidos deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, aplicando uma medida justa, legal e equilibrada interpretando-se sistematicamente os princípios constitucionais, mantendo a igualdade substancial. Dentro desse panorama, a adoção do instituto da supranacionalidade tem especial relevo nas licitações públicas, diante da probabilidade de existência de imoralidade pública, principalmente quando se está diante de contratações milionárias. Assim, deve o Estado assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa - fundamentos do devido

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

processo legal, valorando o amplo sentido normativo-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; procedimento administrativo; licitação; princípio; supranacionalidade.

RESUMEN: El principio del Debido Proceso Legal se originó en el derecho inglés siendo refrendado por la Declaración de los Derechos de los Hombres de 1948 extendiéndose a todo el mundo, siendo adaptado al sistema jurídico de cada Estado. Ocurre que el ámbito de su aplicación era solamente en la esfera procesal, garantizando una regularidad formal en los procesos judiciales no teniedo en consideración el aspecto sustancial. Bajo esta vertiente se fue desarrollando y se adaptó a la realidad temporal bajo las ansias de la sociedad, difundiéndose para el análisis del aspecto sustancial. En ese diapasón, la razón principal de este ensayo es mostrar la necesidad de ampliación de la "procesualística" brasileña para los actos procedimentales del Derecho Administrativo. La cláusula del Debido Proceso Legal está pautada en el cumplimiento riguroso de los principios de la razonabilidad, proporcionalidad e isonomía", orientadores de la conducta administrativa, volcada para la consciencia crítica sobre la ciudadanía universal en el Estado Democrático de Derecho. En este Estado social, sopesando los bienes jurídicos envueltos se debe utilizar el principio de la proporcionalidad, aplicando una medida justa, legal y equilibrada interpretándose sistemáticamente los principios constitucionales, manteniendo la igualdad sustancial. En este escenario, la aprobación del instituto de la supranacionalidad es particularmente importante en las licitaciones públicas, delante de la probabilidad de la existencia de inmoralidad pública, especialmente cuando nos enfrentamos a contrataciones millonarias. Así, debe el Estado asegurar los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa - fundamentos del debido proceso de ley -, valorando el amplio sentido normativo-constitucional.

PALABRAS CLAVES: Debido proceso legal; procedimiento administrativo; licitación; principio**;** supranacionalidad.

SUMÁRIO: Introdução; Origem do princípio do devido processo legal; Finalidade do devido processo legal; Devido processo legal no procedimento administrativo; Generalidades sobre a licitação pública; Aspectos conceituais; Regime principiológico; Poder Constituinte Supranacional e licitação;

Procedimento Aplicável; Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Indiscutível a importância da aplicação do princípio do devido processo legal no campo do Direito Público, com as devidas reservas para o Direito Privado, pois neste caso deverá respeitar a autonomia da vontade desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nesse passo serão apresentados aspectos do devido processo legal no Direito Administrativo com realce no procedimento na licitação pública.

Esse princípio originou-se da cultura anglo-saxônica, por meio da Magna Carta Libertatum em 1215, como forma de garantir os direitos dos cidadãos. Sua evolução histórica deu-se paulatinamente, de acordo com as transformações da sociedade, sendo concretizada essa garantia através da Constituição Federal Americana, ressaltando o trinômio vida-liberdade-propriedade.

Inicialmente a sua acepção era meramente formal e abrangia o campo do direito processual civil e penal não existindo aplicação para o direito administrativo, objeto do presente trabalho.

Após vários julgados pela Corte Americana foi se firmando sua concepção no âmbito material ou substancial constituindo um inesgotável manancial de criatividade hermenêutica, pautado nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

No direito brasileiro o texto constitucional adota expressamente o princípio do devido processo legal, encontrando-se inserido no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo um vetor para apreciação judicial e administrativa.

Nesse contexto, após discorrer acerca dos aspectos gerais sobre o devido processo legal, este trabalho tem por escopo demonstrar a incipiente necessidade de se firmar o devido processo legal nos procedimentos administrativos garantindo o exercício de cidadania no Estado Democrático de Direito.

Serão desenvolvidos os temas relativos a cláusula do devido processo legal no procedimento administrativo, bem como características gerais da licitação pública, destacando o regime, fundamento jurídico e conceitualização no direito pátrio.

Em notas conclusivas serão feitas considerações concernentes ao desenvolvimento desse trabalho, ratificando a importância da aplicabilidade do devido processo legal nos procedimentos administrativos, contribuindo para efetivação dos direitos fundamentais e segurança jurídica dos atos administrativos, corolário da atividade pública.

Ressalte-se que este estudo enfocará a ampliação da aplicação do devido processo legal no campo do Direito Administrativo, destacando as normas pertinentes e posição jurisprudencial acerca da (in) observância nos atos procedimentais da função administrativa.

Busca-se neste trabalho, sistematizando-o, a conscientização de novos valores éticos no âmbito do Poder Público, cuja finalidade tem por foco a legitimidade da atuação administrativa em sua amplitude assim como assegurar os direitos fundamentais do cidadão em real consonância com o estado social.

Com efeito, será de fundamental influência os aspectos principiológicos constitucionais, com intuito de dimensionar a finalidade do devido processo legal, com vistas a promover maior eficiência e legitimidade nos procedimentos administrativos adequando-se à realidade temporal que, hoje, mais do que ontem, clama por uma responsabilidade máxima, onde seja identificada com os Direitos Humanos Universais, ressaltando a primazia da adoção de normas supranacionais nas contratações públicas como forma de acompanhar a aceleração do fluxo mundial capitalista, primando pela cidadania democrática, objetivando prevenir, combater e punir atos contrários à moralidade, a bem do interesse público.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LICITAÇÃO PÚBLICA

2.1 PRINCIPIOLOGIA

O trajeto seguido para normalização dos princípios foi árduo e difícil. Sua aplicação no Direito era de forma subsidiária, não tendo, por conseguinte, força normativa cogente. Entretanto, após o pré-positivismo, a jurisprudência e a doutrina adentraram pelo caminho de interpretá-los com força valorativa.

Dessa forma, a partir das Constituições, os princípios surgem como viga-mestra de todo o ordenamento jurídico. Nesse passo, afirma o jurista Paulo Bonavides. "... 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."[1]

O grau de importância dos princípios constitucionais reside no fato de que os operadores de direito, apesar de existirem àqueles que não acolhem, possam interpretar o Direito de forma a considerar a evolução dos tempos, pois são normas abstratas, atingindo uma generalidade e não simplesmente casos específicos como ocorre com as regras.

A Constituição Federal deve ser vista não sob o ângulo isolado de cada princípio, mas em uma interpretação sistemática, levando-se em consideração, quando for o caso, a realidade fática a fim de adaptar as normas às evoluções sociais.

Não é por outra razão que modernamente é difundida a distinção entre princípios e regras na hermenêutica jurídica. Assim, enquanto os princípios têm uma abrangência mais ampla, as regras, por sua vez, têm conteúdo mandativo, diretivo, sendo aplicadas a um número indeterminado de atos e fatos, ao passo que os princípios permitem uma infinidade de aplicações.

Percebe-se que violar um princípio é uma ofensa não somente a um comando jurídico, mas a uma singularidade em todo sistema normativo.

2.2 ORIGEM DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O surgimento do devido processo legal tem origens na cultura anglo-saxônica, tendo como marco a Magna Carta *Libertatum*, no ano de 1215. Esta carta, de caráter político, resultou de pressões por parte da nobreza e do clero britânico sobre o rei da Inglaterra, o João Sem Terra.

Os julgamentos provenientes da Coroa, muitas vezes despóticos, amedrontavam os senhores feudais, que passaram a pressionar o rei com o intuito de garantir e manter seus privilégios. O poder da nobreza se via enfraquecido.

O capítulo 39 da Lei da Terra traz a seguinte disposição: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer outro modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país[2]".

---

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 237.

[2] GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal.* São Paulo: Editora de Direito, 2005, p. 43.

Com essa norma, restringiu-se a arbitrariedade do rei, cujo poder sofreu limitações e restrições.

Veja, entretanto, que este princípio se instalou como exigências dos senhores feudais de serem julgados por um Tribunal formado dentre seus pares e segundo as Leis da Terra, não sendo estendido para o povo.

Note-se que em 1354 esta Carta foi reafirmada pelo Rei Henrique III, filho de João Sem Terra, por meio do *Statute of Westiminster of the leberties of London*, sendo utilizada pela primeira vez a expressão *due processo flaw*, ampliando sua concepção, simbolizando o direito concedido ao indivíduo de ter um processo ordenado em substituição ao termo Lei da Terra.[3]

Constitucionalizado através da Constituição Federal Americana em 1787, foi incorporado ao sistema de maneira uniforme, estando presente o trinômio vida, liberdade e propriedade. Assim, se assenta uma nova era no Direito, que põe relevo os direitos fundamentais e tem no devido processo legal a maior expressão de garantia dos direitos individuais dos cidadãos contra o poder arbitrário do Estado.

Observe-se a ênfase dada pelos juristas no que concerne ao seu conteúdo, pois lhe era dado uma acepção meramente formal, sendo atendido seu preceito sob o aspecto de regularidade procedimental, *o due prosedural processo flaw*, estaria, portanto, assegurando o devido processo legal.

Porém, com o desenvolvimento do princípio pelo Direito Norte-Americano, o devido processo legal ganhou um aspecto muito mais substantivo ou material, *substantive due processo of law*, possibilitando o surgimento dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, princípios basilares que garantem o controle sob os atos meritórios do Estado.

Saliente-se que a concepção originária da cláusula do devido processo legal partindo-se dos primeiros julgados da Suprema Corte americana foram realizados sob o enfoque processualístico *(procedural due process*), não admitindo as investidas de se dar uma conotação substancial a essa garantia constitucional.[4]

Assim, como forma de assegurar a qualquer indivíduo o direito de um processo justo e isonômico, o princípio constitucional também foi firmado no artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

---

[3] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de Castro. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 07.

[4] CASTRO. op. cit., p. 42.

> 8º "toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

Nesse desiderato, o desenvolvimento e a firmação do *substantive due process* marcam impulso de ascensão do Judiciário, abrindo-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade estatal.

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na ideia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é mais bem fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados.

Após alguns ensaios da aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas fora do Estado.[5]

Nesse passo, a decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em Lochner *vs* New York, onde em nome da liberdade de contrato considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. Esse período ficou conhecido como a era *Lochner*.[6]

No Direito Brasileiro observa-se a presença expressa da garantia do devido processo legal no processo judicial ou administrativo somente a partir da Constituição de 1988, a exemplo do artigo 5º inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Frise-se que sua aplicação já era sedimentada no direito processual penal e processual civil com a garantia do contraditório e da ampla defesa, difundindo para o campo administrativo, como bem expressa Carlos Roberto

[5] Ibidem, p. 54.
[6] Ibidem, p. 34.

Siqueira de Castro.[7]

Por fim, não é demais lembrar que a doutrina brasileira desconsidera qualquer tipo de limitação conceitual ao devido processo legal, até porque dentro da amplitude dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade das partes a aplicação dessa cláusula sem sombra de dúvidas tem todo o aparato de que tanto o cidadão como a Administração Pública terão resguardados os direitos pertinentes.

Em outra face, o devido processo legal segue um extenso caminho interpretativo moldando-se às exigências da sociedade de forma a atender o progresso e à evolução dos costumes no agasalho jurisprudencial consubstanciado no princípio da isonomia.

2.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

É sob o prisma do Estado Democrático de Direito que se desenvolve a afirmação do devido processo legal no procedimento administrativo como garantia nas relações Estado-indivíduo e Estado-sociedade estabelecendo uma harmonização e equilíbrio no exercício da Administração Pública.

Registre-se que o entendimento mais atual é aquele que vê no *devido processo legal* um conteúdo substancial de *legalidade, proporcionalidade e razoabilidade,* de modo a permitir o controle da produção e procedimentalização dos diversos atos editados por quaisquer dos órgãos das funções estatais.

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro.

A atividade administrativa, manto que cobre a atuação do Estado em suas relações com os cidadãos e interfere nas relações sociais de modo concreto, há de se pautar pela razoabilidade, com repúdio a gestão arbitrária.

Nesse contexto, o direito ao devido processo legal apresenta-se guarnecido pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com o propósito de repelir o arbítrio na discricionariedade administrativa, revelando-se como nuanças do controle de constitucionalidade, contribuindo de forma efetiva a garantir os direitos e garantias fundamentais.

[7] CASTRO. op. cit., p.55.

Essa exigência pauta-se no exercício de cidadania e pelas prerrogativas que a Administração Pública dispõe em sua atividade administrativa, distinguindo-se do inquérito policial que se mantém o sigilo, sendo uma das suas características a bem da ordem pública e do receio de prejudicar as diligências caso o indiciado tenha conhecimento do andamento do procedimento.

Porém, como já dito anteriormente a aplicação da cláusula do devido processo legal advém do processo penal e civil ganhando prestígio na seara dos procedimentos administrativos, não abrangendo somente àqueles em que já existe a previsão legal, mas, a todo e qualquer procedimento em que as partes envolvidas sejam de um lado a sociedade, de outro o Poder Público.

Todas essas considerações procuram evidenciar a importância da aplicação do devido processo legal nos procedimentos administrativos, com observância dos princípios da legalidade e da moralidade, não bastando a regularidade formal, mas, principalmente o enfoque no âmbito material, com o fim de estabelecer uma relação equânime e justa entre os administrados e o Poder Público.

Neste contexto é importante ressaltar que sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa que só tem sentido se for produzida previamente a decisão para ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir.[8]

Com efeito, consubstanciada nestas premissas serão mostradas a seguir as peculiaridades do procedimento licitatório, devendo ser obedecida a regularidade formal, assim como o conteúdo da manifestação do Poder Público enquanto atuante do interesse primário da coletividade, prestigiando o exercício da democracia.

2.4 GENERALIDADES SOBRE A LICITAÇÃO PÚBLICA

No Direito brasileiro, inicialmente a licitação foi tratada no Código de Contabilidade Pública da UNIÃO de 1922. Após, Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de l967.

[8] FERRAZ, DALLARI Sérgio e Adilson. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90-01

Nesse contexto, segue o Decreto-Lei federal nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 no artigo 85 dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, também aplicável aos Estados, Municípios, Distrito federal e Territórios as normas gerais nele estabelecida.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, toda a controvérsia estava resolvida ao estabelecer no artigo 24, inciso XXVII a competência privativa da União para legislar sobre, *in verbis*:

> Art. 24. Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

Assim, pela interpretação do artigo 85 do Decreto nº 2.300, combinado com artigo 24, § 2º e art. 30, II, da Constituição Federal, os Estados e Municípios podem exercer Competência legislativa suplementar em matéria de licitação pública.

Por efeito, foi editada a Lei nº 8.666/93 regulamentando o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, instituindo normas de licitações a serem aplicadas nas necessidades de contratações de obras e serviços públicos da Administração Pública.

Registre-se, por oportuno, que o artigo 173 da Constituição Federal preceitua que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Todavia, o TCU já se manifestou no sentido de que as pessoas jurídicas indicadas no citado artigo devem se submeter às regras da lei de licitações até que lei regulamentadora venha dispor sobre tal matéria, nos ditames constitucionais.

Quanto ao caso da Petrobras, importante registrar que o artigo 67 da Lei 9.478/97 estabelece procedimento simplificado. O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto 2.745/98 e tem a sua constitucionalidade discutida perante o Egrégio Tribunal Superior, não tendo até o momento decisão definida, com forte tendência para considerar legítimo tal

procedimento simplificado[9].

Em outras palavras, o legislador quis dizer que necessariamente essas entidades não serão regidas pela Lei 8.666/93, desde que lei venha regulamentar. Ocorre que o Tribunal de Contas da União já se manifestou, repita-se, no sentido de que até que seja editada a referida lei essas entidades se sujeitarão à Lei de Licitações. Entretanto, o STF concedeu liminar para que a Petrobras utilize o procedimento simplificado, fugindo do controle daquele Tribunal até julgamento do mérito.

Nesse desiderato, na dinamização das normas disciplinares, a preservação da imparcialidade e da isenção do ânimo constitui não apenas garantia ao administrado, como também legítimo interesse do Estado, o qual jamais poderá aquiescer com a inobservância dos princípios e regras instituidoras do procedimento administrativo licitatório.

2.5 ASPECTO CONCEITUAL

A Licitação é o procedimento administrativo prévio essencial à formalização do contrato administrativo, proporcionando ao Poder Público a escolha da proposta mais vantajosa que atenda ao interesse público. Contudo, não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, defere apenas uma expectativa de direito.

Destarte, a Administração Pública não está obrigada a contratar, porém se o fizer, será necessariamente com o vencedor do certame.

Nesse contexto, o instituto jurídico da licitação pública encontra fundamento de validade no art.37, XXI da Carta Política Federal e nas Leis nº 8.666/93 e 10.520/02 normas vetoriais da gestão pública.

2.6 REGIME PRINCIPIOLÓGICO

A doutrina, sem plena concordância, inquina vários princípios. É importante, desde já, afirmar que os princípios gerais da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) são aplicáveis à espécie, assim como os previstos na norma específica, além dos princípios gerais de direito.

Vale ressaltar que a administração pública é concebida por dois princípios

[9] Informativo 528 – RE 44412801/RS

basilares, o da Supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos pela administração.

Com propriedade Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que estes dois princípios traduzem, respectivamente, a prerrogativa e a sujeição básicas ou fundamentais do regime jurídico-administrativo. A partir deles é possível encontrar toda uma série de princípios próprios do regime.

Com relação ao primeiro, a atividade estatal será exercida nos limites do interesse da coletividade no que diz respeito ao interesse público primário e no tocante ao segundo, significa dizer que os interesses próprios da coletividade não estão à disposição do administrador público.

Nessa vertente, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador, e sim à disposição do Estado, por estarem afetados pelo interesse geral. Então a administração pública possui caráter instrumental devendo cumprir o que a lei estabelece utilizando critérios razoáveis e proporcionais.

Por efeito, essa premissa vai mais além, transcendendo os limites nacionais, adequando-se às peculiaridades de cada Estado, seguindo os parâmetros transnacionais numa visão universal dos direitos fundamentais, traduzindo cidadania universal onde as condutas dos administradores se pautam não somente nas normas editadas pelo Poder Constituinte Originário, mas também poderão se ater naquelas advindas de normas supranacionais podendo se sobrepor naquilo que afetar a dignidade do ser humano.

2.6.1 PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL E LICITAÇÃO

O Poder Constituinte Supranacional impõe uma ideia de universalização de direitos autorizados pelos Estados signatários da integração. Registre-se que essa ideia pode ser entendida como uma ruptura das premissas de organização do Estado[10].

Com o fenômeno da globalização não há como continuar com o modelo clássico de funcionamento da Administração Pública, sob pena de andar na contramão da evolução mundial.

Devido a mundialização das esferas produtiva e cultural, a integração entre

[10] NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo. Método, 2010.

os Estados é medida que se impõe, haja vista a aceleração da modernidade capitalista, o que influencia sobremaneira nas relações internacionais.

É bom registrar que a adoção de paradigmas novos para reger determinados ramos do direito de cada país, no caso em estudo, o Direito Administrativo, não significa dizer que irá atingir sua Soberania, ao contrário, as regras pactuadas em tratados, pactos etc serão distintas do ordenamento jurídico pátrio assim como do direito internacional como bem assevera Maurício Andreiuolo Rodrigues ao afirmar que o Poder Constituinte supranacional busca estabelecer uma Constituição supranacional legítima: *"faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de víeis supranacionalidade por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacionalidade, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional".*

Nessa linha de intelecção a nossa Constituição tem como fonte de direito a supranacionalidade, destacando, em especial, os tratados sobre direitos humanos, nos termos do artigo 5º, submetendo-se o Brasil as decisões do Tribunal Internacional Penal[11]

> "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004.[12]

[11] RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
[12] BRASIL, Constituição (1988). Brasília, DF: Senado, 2010.

Em vista disso, pode-se perceber que o Brasil ainda não amadureceu o suficiente em relação à efetivação do processo de supranacionalidade, mas avança para essa realidade, pois a supranacionalidade não tem volta, não há como retroagir, mas seguir, atentando para as peculiaridades de cada Estado.

De outra senda, a União Europeia aderiu ao direito comunitário, com fins específicos de livre circulação de mercadorias, serviços e capitais, aproximação das legislações nacionais na medida necessária para o funcionamento do mercado comum etc. Ela tem personalidade jurídica com organização econômico-política, com possibilidade de atuar sobre os Estados membros e seu caráter supranacional se impõe de maneira vinculante, por meio dos instrumentos: regulamentos, decisões, pareceres e recomendações, no âmbito das contratações públicas – Licitações.[13]

Segundo entendimento de Dromi, o Tribunal das Comunidades Europeias admitem expressamente que algumas diretrizes sejam aplicadas diretamente sem prévia adaptação ao direito interno.[14]

Recentemente a União Europeia noticiou o desejo de editar uma lei, na qual excluirá das licitações públicas europeias a partir de 2011, 06 países, entre eles o Brasil, como forma de pressionar a abertura de mercado, por estes darem prioridade às empresas nacionais[15].

É tema que exige reflexão diante das novas perspectivas no que diz respeito ao desenvolvimento do país, exigindo um estudo apurado e cuidadoso acerca da questão, mas tudo isto é reflexo da mundialização capitalista, que deve ser apreciada no contexto cultural e social, pois determinadas decisões devem ser tomadas e estas certamente irão romper paradigmas tradicionais. Além disso, os limites territoriais estruturados para atuação do capital flexível são cada vez mais amplos atingindo todo espaço global, exigindo novas referências diante desse fenômeno.

A Supranacionalidade é um instituto peculiar e característico do Direito Comunitário, podendo ser aplicável às licitações públicas no Brasil, pois com a multiplicidade de contratações milionárias, decerto que aumentarão o número de fraudes e ainda pelo fato de o Brasil ser um país onde a corrupção ganha espaço, é preciso que sejam adotadas medidas eficazes como a de submeter aqueles que cometam atos dessa natureza a Tribunais

[13] DROMI, Roberto. Licitacion publica. Fundação Centro de Estudios Política y Administrativos. Buenos Aires: Impresnta Fareso S.A, 1999, pag. 226

[14] Ibidem, 226

[15] www.licitacaoedital.com/.../. acesso em: 12.03.2011

Internacionais, pois ocorrendo malversação do erário, estará atingindo o patrimônio público, que por sua vez deixará de atender os programas sociais, afrontando diretamente os direitos fundamentais na sua essência e por via reflexa – a dignidade da pessoa humana, princípio universal.

Nessa seara, os organismos internacionais exercem papel fundamental na ampliação do conhecimento das técnicas de combate a corrupção.

Por fim é de suma importância a preservação e aplicação dos direitos fundamentais que devem se fundamentar na supranacionalidade devendo favorecer a todos os países, e não somente aos mais desenvolvidos.

Em regra, não existe nada pontual com relação à aplicabilidade de sanções[16], em decorrência do descumprimento de preceitos, devendo, todavia, tanto o Tribunal nacional quanto o internacional adotar como modelo as penalidades internas. Com efeito, uma das formas de fazer cumprir o avençado nos tratados é a fixação de astreintes[17] (multa pecuniária) para reparação exemplificativa e reprimir outras violações. A medida efetiva seria através da comunicação a comunidade com publicação da sentença no ordenamento jurídico supranacional para fazer valer preventivamente e repressivamente eventuais lesões aos direitos humanos.

Assim, a sistemática de aquisição pública, em que pese a existência de um rol de princípios e normas setoriais, estas não podem desassistir imperativos supranacionais.

2.7 PROCEDIMENTO APLICÁVEL

O Poder Público para contratar suas obras e serviços públicos deve atender ao comando constitucional que o submete às regras do procedimento licitatório. Para tanto, se submete aos normativos constantes na lei de licitações, adotando o modo procedimental ali constante voltado ao interesse público.

Deflagrada a necessidade de prestação da atividade administrativa, a autoridade competente por meio da Comissão de Licitação deve praticar o ato administrativo cabível, ou seja, o chamamento público para aqueles que se interessem pelo objeto ofertado pela administração pública apresentem suas propostas nos ditames da convocação.

[16] op. cit III-6

[17] op.cit. III-7

A convocação deve precisar objetivamente todos os critérios a ser avaliados pela comissão, primando pelo princípio da igualdade e da legalidade. É um ato unilateral editado pelo Poder competente, com base nas prerrogativas constitucionais que lhe são outorgadas com o fim de atender o interesse da coletividade.

Desse modo, o instrumento convocatório faz lei entre as partes, vinculando-as como se fosse o próprio contrato, atendendo os ditames legais, razoáveis e proporcionais. Sendo assim, para não existir surpresa para o licitante, deve todos os critérios ser revestidos de objetividade, descartando o subjetivismo.

Nesse passo, as regras são pré-estabelecidas, não podendo modificá-las, a não ser que seja em tempo hábil oportunizando a realização das alterações, sendo vedado à administração e aos licitantes descumpri-las.

Percebe-se que a função administrativa deve ser norteada tomando como base o devido processo legal, tendo assim o resguardo da ordem jurídica vigente, da segurança e da relação jurídica travada entre o Estado e o indivíduo.

Não obstante, ao tratar do procedimento em si, é factível que se trata de um meio apto a controlar o *modus operandi* formador da decisão da administração, o que torna mais segura e isonômica a relação procedimental administrativa a fim de obter-se uma decisão legítima, observando os princípios vetoriais de uma gestão pública pautada na moralidade.

Não é outra a inteligência que se extrai do julgado no Mandado de Segurança tendo como relator o Ministro Demócrito Reinaldo onde se manifesta pela inobservância do devido processo legal, visto que o procedimento licitatório não obedeceu à ordenação e à sucessão das fases procedimentais constantes no artigo 21, § 4º da Lei nº 8.666/93, devendo as alterações subsequentes ao instrumento convocatório ser divulgadas amplamente.[18]

É de fácil percepção, que durante a constância do procedimento licitatório, ao longo do qual se protrairá essa relação, ocorram, reciprocamente entre as partes (administração pública e licitante), direitos e obrigações.

Destarte, fica a Comissão do Procedimento, em atendimento aos princípios da legalidade e da publicidade, corolários do princípio do devido

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 311370/SP*; Mandado de segurança 5755/DF. S1 – Primeira Seção – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo Publicado DJ 03.11.1998 p. 6. Disponível em: <http://www.stj.gov.br.>. Acesso em: 09 jul. 2006.

processo legal, divulgar pela mesma via originária às alterações pertinentes, ocasião em que será dada oportunidade ao interessado em permanecer no certame atendendo às novas regras.

Registre-se que o atendimento ao procedimento administrativo nos aspectos formais e materiais não resguarda apenas o licitante, acobertando-o de decisões quiçá injustas, posto que bem intencionado. Defende, também, a própria Administração, pois, criando um clima de segurança e de legalidade, prestigia o exercício da legitimidade dos atos administrativos.

3. CONCLUSÃO

Os temas aqui abordados indicam que o estudo do devido processo legal é uma fonte inesgotável de reflexão sobre sua aplicabilidade, até porque, as transformações da sociedade levam a diversas possibilidades de concretude do princípio em tela.

Por outro lado, constata-se que o primeiro documento jurídico a mencionar a cláusula do devido processo legal é a Carta Magna de 1215, prestigiando a Lei da Terra. Posteriormente, por meio da Constituição Americana de 1787 foi inserido como norma constitucional.

Nesse toar, a Declaração dos Direitos Humanos com o escopo de garantir a qualquer cidadão um processo justo fez referência ao mesmo, universalizando para todo o ordenamento jurídico.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a trazer expressamente em seu texto o devido processo legal inserido no título destinado a garantia dos direitos fundamentais.

Desse modo, este trabalho teceu considerações acerca das vertentes processual e substancial do devido processo legal, enfatizando esta última nos atos procedimentais da Administração Pública, em especial na licitação pública.

Em verdade, a licitação pública por ser expressão de moralidade e forma de a administração pública contratar obras e serviços públicos, obedecendo aos ditames procedimentais, vê-se nesse passo que não ficará ao alvedrio do administrador público a escolha da melhor proposta, mas deverá garantir o devido processo legal, vinculando-se ao instrumento convocatório, priorizando todos os princípios adjacentes.

Ressalte-se por oportuno, que a doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao

intervencionismo estatal na ordem econômica. Este princípio é verdadeira expressão do Estado de Direito, instrumentalizando-se através da efetividade dos direitos fundamentais.

Desse modo, é na figura do processo administrativo que se materializa o devido processo legal no âmbito da Administração. Sendo assim, ele ganha suma relevância justamente por instituir juridicamente os procedimentos que irão tutelar os direitos dos administrados, até então só recepcionado no direito processual brasileiro.

Neste contexto, tem-se que a supranacionalidade surgiu devido às transformações das últimas décadas do século passado devido a mundialização do fluxo comercial, com o objetivo de unificar as legislações nacionais e ampliar as relações externas dos Estados. Isto posto, é evidente que toda evolução técnico-jurídica faz com que desapareça[19] a linha divisória entre o direito nacional e o direito internacional. Nessa vereda, o Direito supranacional se apresenta irreversível, desse modo, uma vez assumido o compromisso este deve ser cumprido, sob pena de sanções.

No âmbito da observância de normas supranacionais, nas hipóteses de desvios de finalidade e práticas corruptas, a solução mais viável seria a observância de uma real interpretação dos direitos fundamentais, em especial a dignidade humana como dito em linhas atrás, primando por uma administração ética e transparente, permitindo a participação de todos os cidadãos com informações hábeis e precisas.

Nesse aspecto, é oportuno não confundir a supranacionalidade com supraconstitucionalidade.[20] Neste sentido, o primeiro termo nos dá o sentido de obedecimento às tratativas dos Estados Parte, sem que haja uma necessidade imperiosa de sua inserção no ordenamento constitucional nacional, enquanto que a supraconstitucionalidade é o conteúdo que está acima de sua própria Constituição. Existem conotações distintas, apesar de serem símiles. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto presente nas Constituições Nacionais, este se perfaz internamente, todavia, sua amplitude tornou-se universal. Assim, tudo tem a ver com o âmbito de abrangência e aplicação do termo.

Em verdade, a supranacionalidade funciona como um conceito que vem se alargando, tendo significativa recepção nos países europeus, nada

[19] KELSEN, H. *Teoria pura do direito.* 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 364
20 Op. Cit., p. III-5-9.

impedindo que se propague de forma a obter maior adesão possível, em especial nas licitações públicas, haja vista a existência de contratações milionárias, onde se verifica o maior número de fraudes e corrupções. Desse modo, não sendo atendidas todas as nuanças do devido processo legal, o qual deve primar pela universalização da cidadania,- princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação das sanções inseridas nos pactos assumidos, inclusive publicações de julgamento a nível internacional, como forma de reprimir condutas contrárias à moralidade e aos bons constumes é medida que se impõe.

Dito isto, a vantagem de utilizar as normas da supranacionalidade na licitação é melhorar o controle, o planejamento e a fiscalização das compras públicas nas atividades de interesse público.

Da perspectiva abordada, pode-se observar que o assunto não se esgota neste compacto estudo, requerendo uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade clama visando uma real democratização da atividade administrativa.

4. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Durvalina. *Exame de DNA e a prova emprestada*. Curitiba: Juruá, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BRASIL, Constituição (1988). Brasília, DF: Senado, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 311370 / SP*; Mandado de segurança 5755/DF. S1 - Primeira Seção – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo Publicado DJ 03.11.1998, p. 6. Disponível em: <http://www.stj.gov.br.>. Acesso em: 06.03.2010.

BRASIL. STF. 522. Brasília, outubro/ 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp. Acesso em 06.03.2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo.*

24ª ed. Rio de Janeiro**.** Lumen Juris, 2011.

_____ *Processo administrativo federal*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2003.

COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar, teoria e prática.* 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DE MELLO. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*: 22ª ed. São Paulo, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <htpp//wwwmj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_universal.htm>. Acesso em 23 jul. 2006.

DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil.* 6ª ed. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2006, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo,* São Paulo: Atlas, 2010.

DROMI, Roberto. Licitacion publica. Fundação Centro de Estudios Política y Administrativos. Buenos Aires: Impresnta Fareso S.A, 1999.

DURÃO, Pedro, *Transformaciones del derecho administrativo*, Buenos Aires, Livro & Bites, 2008.

FERRAZ, DALLARI Sérgio e Adilson. *Processo administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal*, São Paulo: Editora de Direito, 2005.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GONÇALVES, Fernando Dantas Casillo. *PROINFA: chamada pública para compra de energia elétrica. Procedimento licitatório. Aplicação da Lei nº 8.666/93. Inabilitação e não seleção de empreendimento. Recurso administrativo com efeito suspensivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1180, 24 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8947>. Acesso em: 5 mar. 2011.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2003, t. IV, Parte General, 8ª ed.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.
KELSEN, H. Teoria Pura do Direito, 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 22ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.
NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.
PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
RODRIGUES, Maurício Andreiuolo *Poder constituinte supranacional*: esse novo personagem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 3 v.