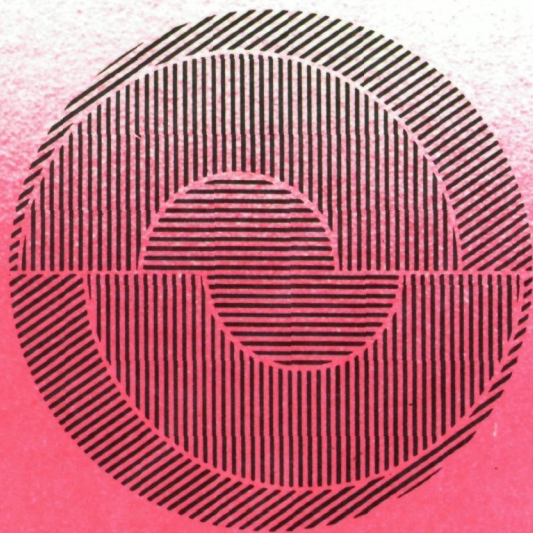


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

As Licitações no Texto da Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional e de
Ciência Política (aposentado). Membro do
Conselho de Curadores da Universidade Fe-
deral de Pernambuco. Membro Fundador da
Academia Brasileira de Ciências Morais e
Políticas. Advogado.

SUMÁRIO

1. *Licitações.* 2. *As três órbitas e os Três Poderes.* 3. *A legislação anterior sobre licitação.* 4. *Princípios da licitação.* 5. *A legalidade.* 6. *A publicidade nos atos administrativos e na licitação.* 7. *Ainda os princípios: a impessoalidade.* 8. *O princípio da moralidade administrativa.*

1. *Licitações*

Diz o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ao tratar das licitações:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

É sabido que a Administração Pública, para se prover de bens e de serviços, deverá buscar adquiri-los no mercado produtor, da mesma forma que qualquer particular. Neste ponto a Administração realiza um negócio jurídico, funcionando como uma das partes, sendo a outra o seu *fornecedor do bem ou do serviço pretendido*. O mesmo ocorre quando caminha na direção inversa, para a alienação.

O termo "serviço", no texto, deve ser estendido como abrangendo aqueles a serem realizados para a própria Administração, assim como os destinados a atender às necessidades da comunidade. Deste modo, desde o reparo de uma pia até o fornecimento de água para uma cidade, da entrega de uma encomenda até a contratação de uma concessão de serviço de transportes urbanos, deve sempre depender de licitação antecedente ao contrato, ressalvados os casos previstos em lei.

O negócio se corporifica num contrato, celebrado entre as duas partes. Este negócio jurídico tem, na forma da lei civil, de atender a três requisitos essenciais: capacidade das partes, objeto lícito e possível, e forma prescrita ou não vedada por lei.

No entanto, diversamente do que ocorre entre os particulares, a Administração Pública não dispõe de plena liberdade para contratar. Ao contrário, depende de mecanismos próprios estabelecidos em lei.

O primeiro deles é a habilitação da outra parte contratante, evidenciando esta preencher os requisitos que assegurem o cumprimento da obrigação a vir a ser pactuada.

O outro mecanismo específico é o da licitação, procedimento pelo qual se seleciona, pela via da competição, dentre os fornecedores, quem apresenta condições mais vantajosas para a realização do ajuste.

Em princípio, o contrato entre a Administração Pública e o fornecedor ou adquirente do bem ou do serviço, deve ser, além de claro e preciso em seus termos, elaborado em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vincularam. E, nas hipóteses em que a licitação não é exigível, tais contratos "devem atender aos termos do ato que os autorizou e da proposta" (art. 44 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986).

Há, pois, uma relação direta entre a licitação e o contrato administrativo, que, por isso mesmo, difere do contrato entre particulares. Estes têm, como se disse, igual capacidade de pactuação, uma vez que se trata de um negócio jurídico bilateral e comutativo. Entre as duas partes há a liberdade de negociação, da qual surgem as obrigações de prestações mútuas.

Já no contrato administrativo o ente público detém o poder de fixar as condições iniciais para a celebração desse contrato. E dentro dessa prerrogativa, pode a Administração enumerar cláusulas e condições que discrepam do mecanismo do Direito Privado, sendo as regras deste somente aplicadas supletivamente.

De acordo com o texto constitucional, porém, esta faculdade de estipular condições de participação no procedimento licitatório não tem mais a amplitude que era dada anteriormente. Na verdade, o processo de licitação pública "somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Normalmente, o contrato administrativo decorre, sempre, de uma licitação e esta, por sua vez, em diversos casos, de prévia habilitação dos licitantes. As situações em que não há a licitação são as especificadas na lei.

Não significa, portanto, que todos os contratos administrativos estejam nestas condições. Pode a Administração, quando permitido por lei, realizar contratos típicos de direito privado, com liberdade negocial, ao lado dos contratos administrativos, através dos quais regule a atividade pactuada com peso diferente da outra parte, na negociação.

O preceito fundamental, agora inserido no texto maior, constitucional, é o de que todos os serviços, obras, compras e alienações, dependem de uma licitação, ressalvados os casos especificados em Lei. Licitação é, pois, um procedimento administrativo, pelo qual a Administração seleciona a proposta que lhe parece mais vantajosa para a execução de suas obras e serviços, compra de materiais e gêneros e, por outro lado, promove a alienação de seus bens. Dela resulta um contrato administrativo.

A licitação é um dos mecanismos pelos quais se assegura a moralidade dos atos administrativos, não só possibilitando igualdade de oportunidades para os licitantes, como também selecionando as melhores condições para a Administração. As regras constitucionais novas estabelecem preceitos a serem seguidos pela própria lei (e conseqüentemente pelos atos e contratos administrativos), não só de cunho geral para a atividade administrativa, como igualmente, próprios da licitação.

2. *As três órbitas e os Três Poderes*

O *caput* do art. 37 da Constituição tem um sentido normativo amplo, quando comanda que os preceitos ali estabelecidos são dirigidos a quaisquer dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de todas as órbitas de Poder (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Municípios). Seja administração pública direta, seja indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) e também as fundações.

Isto quer significar que, mesmo as Constituições dos Estados, como igualmente as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, deverão levar em conta o disposto na Carta Maior, eis que os incisos do art. 37 são cogentes para toda a Administração Pública. Qualquer norma que contra aqueles preceitos seja editada é inconstitucional.

Destarte, a amarração se pretende total: sociedades de economia mista de cunho estadual, empresa pública de âmbito municipal, por exemplo, ou autarquia, bem como as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, que dantes não estavam nem ao menos inseridas no sistema da Administração Pública Federal, o Decreto-Lei n.º 200, de 1967, paradigma para os demais sistemas, sendo entes considerados como integrantes do setor privado estão em igualdade de condições com a administração direta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

3. A legislação anterior sobre licitação

As regras fundamentais do processo de licitação foram estabelecidas, no plano federal, pelo Código e Regulamento de Contabilidade Pública, de 1922. Em 1964, a Lei n.º 4.401 estabeleceu normas para a licitação de serviços, obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União.

Modernamente, o assunto foi tratado pelo Decreto-Lei n.º 200, de 1967, que dispõe sobre a Administração Federal e sobre a Reforma Administrativa.

Hoje estão contidas no Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1986, o qual foi modificado pelos Decretos-Leis n.ºs 2.348, de 24-7-87, e 2.360, de 16-9-87. O citado Decreto-Lei pretende sistematizar a matéria relativa a "licitações e contratos na Administração Federal", o que se tornava absolutamente necessário.

O seu art. 1.º especifica a abrangência, ao dizer que ele "institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Federal, centralizada e autárquica".

Não tratava, então, das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nem das empresas públicas e sociedades de economia mista, o que ocorre agora, em face do comando constitucional. A nível federal, de modo cogente, para os outros entes como conjunto de normas gerais, como se verá adiante.

No entanto, o mecanismo legislativo adotado, então, não foi o adequado, em face do disposto na Carta Maior de 1967, vigente à época.

Com efeito, falecia competência ao Presidente da República para editar um decreto-lei sobre o tema, uma vez que, pelo texto basilar de 1967, esta competência se limitava às finanças públicas, segurança nacional e remuneração de servidores, o que não é o caso (cfr. RAUL ARMANDO MENDES, *Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1988, p. 12; igualmente, JOSÉ AFONSO DA SILVA, no prefácio ao mesmo livro, p. 5).

Ora, como instituto jurídico estudado autonomamente ou, ao revés, considerado como sendo parte antecedente da celebração do contrato administrativo, portanto mecanismo a ele acessório, a licitação não poderia surgir pela via do Decreto-lei. Assim, os Decretos-Leis n.º 2.300 e seus modificadores, ora citados, eram já inconstitucionais em relação ao disposto na Superlei de 1967.

Ao Decreto-Lei n.º 200, de 1967, porém, não se aplica o mesmo raciocínio, pois que não foi editado com base na competência constitu-

cional, e sim, em função do disposto no Ato Institucional n.º 4, de 1966, durante o recesso forçado do Congresso Nacional.

Já agora, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição dá competência privativa à União para legislar sobre:

“XXVII — 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 diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.”

Ora, ante o disposto no inciso em análise, fica evidenciada a competência da União para editar normas gerais relativas à licitação e à contratação, o que convalida o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, e seus conseqüentários. Houve, portanto, a recepção ao direito anterior pelo Sistema Constitucional novo.

As regras do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, por serem federais, devem ser entendidas, primeiramente, como disciplinadoras das atividades relativas às licitações e aos contratos de toda a Administração Federal, direta, indireta e fundacional, pois de acordo com a epígrafe, e a ampliação do conceito no texto constitucional, a isso aquela norma se propõe.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, deve ser entendido, também, como editando normas gerais para as demais órbitas de Poder, na conformidade do seu art. 85, que diz:

“Art. 85 (DL 2.300/86). Aplicam-se aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos.”

Cabe, pois, a competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal para legislar a respeito. Isto deflui do disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 24 da Constituição, a saber:

“§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

Os preceitos dos demais parágrafos do art. 24 não se aplicam à análise em fazimento, eis que são relacionados com a competência legislativa plena dos Estados para atender às suas peculiaridades, quando inexistente a lei federal sobre normas gerais, até o surgimento desta, quando se suspende a eficácia da lei estadual naquilo em que lhe for contrária.

Da leitura dos parágrafos ao art. 24 surge a indagação: se bem que o *caput* do artigo se refira à competência concorrente para legislar, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os parágrafos apenas tratam da legislação concorrente dos Estados, sem remissão ao Distrito Federal, como se deve entender a situação deste?

Pela letra dos dispositivos, somente aos Estados é que caberia a competência legislativa concorrente, jamais ao Distrito Federal. No entanto, hoje o Distrito Federal não se situa, mais, como dantes, atrelado à União, porém, ao revés, é considerado uma unidade política autônoma, ao mesmo nível dos Estados, no que concerne à competência comum (onde tem a seu lado igualmente os Municípios) e à competência legislativa concorrente, quando aparece em pé de igualdade apenas com os Estados.

O entendimento, pois, deve ser pela interpretação extensiva, dando-se como existente a competência do Distrito Federal para poder, do mesmo modo que os Estados, legislar supletivamente sobre licitações e contratações, naquilo que lhe for específico, obedecidas as normas gerais estabelecidas pela União.

Já com referência aos Municípios, estes deverão considerar nas respectivas Leis Orgânicas, como se disse, o atendimento aos preceitos do art. 37 da Carta Maior, dentre estes os relativos às licitações.

Não lhes cabe, porém, competência para legislar supletivamente às normas gerais estatuídas pela União a respeito. A administração municipal, direta, indireta e fundacional, deverá obedecer à legislação estadual, quando se tratar de Município de Estado, e à legislação federal — o mencionado Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, e as normas a ele complementares — quando o Município for de Território Federal, o que, no momento, inexistente. Registre-se, finalmente, que o Distrito Federal não é divisível em Municípios, face à vedação contida no art. 32 da Constituição.

Não se deve entender, por isso, que, do mesmo modo que as outras unidades políticas, o Município não possa dispor de regulamentação ou prescrições próprias com relação às suas obras, serviços, compras e alienações, os chamados “cadernos de encargos”, de grande utilidade porque, “desde que aprovados pela autoridade competente e oficialmente publicados, dispensam a reprodução de suas normas nos editais ou convites, bastando a citação do ato que os instituiu — Decreto, Resolução, Por-

taria, etc.” (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 3.^a ed. S. Paulo. Rev. Tribunais, 1975, p. 237; do mesmo autor, *Licitação e Contrato Administrativo*, 9.^a ed., S. Paulo, Rev. Tribunais, 1990, p. 33).

4. Princípios da licitação

O art. 3.^o do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, expressamente diz que:

“A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

Da norma legal de 1986, anterior portanto à Superlei, defluem como princípios básicos: a) a igualdade; b) a publicidade; c) a probidade administrativa; d) a vinculação ao instrumento convocatório; e) o julgamento objetivo; f) e os que lhe são correlatos.

O art. 37 do texto basilar enuncia os princípios que devem reger a administração pública nacional; a) a legalidade; b) a impessoalidade; c) a moralidade; e d) a publicidade.

No inciso XXI do mesmo artigo, a norma constitucional estabelece os seguintes princípios em relação às licitações, que são consectários daqueles fixados no *caput*, gerais para toda a administração pública.

Tais princípios são: a) igualdade de condições a todos os concorrentes; b) a presença das cláusulas de obrigações de pagamento; c) manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei; d) limites às exigências aos licitantes quanto à qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A doutrina, por sua vez, reconhece como princípios regedores do processo licitatório, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES:

“Toda licitação está sujeita a determinados princípios irrelevantes no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar o seu resultado seletivo. Esses princípios resumem-se, para nós, nas seguintes prescrições: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor”. (HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, cit., p. 21).

Analisa-se, a seguir, a sintonia existente entre os preceitos do Decreto-Lei n. 2.300, de 1986, os princípios reconhecidos pela doutrina e as regras cogentes da nova Constituição.

5. A legalidade

A legalidade está exigida, expressamente, no texto da Constituição e, indiretamente, no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, ao exigir conformidade ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório da licitação, e no dizer doutrinário, na vinculação ao edital ou ao convite, de um lado, e ao procedimento formal, de outro.

Por legalidade se deve entender que os atos administrativos deverão estar sempre passíveis de uma verificação de conformidade com a lei (legalidade) e, mais ainda, com a própria Constituição (supralegalidade).

Legalidade não quer dizer trabalhar apenas nos estritos limites da lei, posto que ao administrador, em muitos casos, cabe agir no exercício da discricionariedade, sempre respeitados, porém, os limites da lei, sem ultrapassá-los. Superar tais limites deixa de ser ato discricionário, transformando-se este ato em ação de mero arbítrio. Basta, no entanto, que persiga o objetivo da administração, atenda ao interesse público, nos limites da lei.

Em outras palavras, seja sempre conforme ao Direito.

Contra a violação de tal preceito, remédio existe, e forte; previna-se que, na hipótese de existência de um ato “cujo resultado importe em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo,” (Lei n. 4.717, de 1965, art. 2.º, parágrafo único, c), cabe o remédio da ação popular prevista no item LXXIII do art. 5.º da Constituição, visando à sua anulação.

Conseqüência do princípio da legalidade, está a vinculação ao instrumento convocatório a que alude o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986. Isto porque o edital, o convite, ou qualquer outro instrumento usado para avisar os eventuais licitantes é, do mesmo modo que o contrato que sucede à licitação, como lei entre as partes.

A vinculação ao instrumento convocatório restringe o Administrador aos termos do edital ou ao procedimento a ele assemelhado e, mais ainda, deste em relação à Lei e à Constituição, podendo ser, ele também, impugnado quando viciado.

Mais ainda: nos casos em que a licitação não é exigível, como se disse, mesmo assim o Administrador não pode dispor como bem entender, mas apenas nos limites estabelecidos no ato que autorizou o contrato e a proposta.

O procedimento formal, de que trata HELY MEIRELLES, é um dos mecanismos que busca assegurar a lisura de toda a licitação. Não sendo esta procedida na forma prescrita na lei e divulgada no edital ou convite (os cadernos de encargos deles fazendo parte integrante, se assim for determinado), a mecânica toda estará comprometida. Contra qualquer ato da Administração Pública, seja a autoridade que determinou ou adjudicou a

licitação, seja a própria Comissão, que tenha sido contrário às normas formalmente estabelecidas, do qual decorra lesão de direito, em princípio cabe mandado de segurança, interposto por qualquer dos licitantes, ou também, daqueles excluídos, desafortunadamente, do processo licitatório.

Os cadernos de encargos, a que se aludiu antes, são instrumentos reguladores de pormenores da operação da licitação (habilitação dos licitantes, mecanismos de apresentação das propostas), do contrato e da operação. Desde que aprovado por autoridade competente e devidamente publicado, os cadernos podem integrar os instrumentos convocatórios e, assim, obrigam a Administração e os licitantes.

6. *A publicidade nos atos administrativos e na licitação*

O princípio da publicidade está enunciado, expressamente, tanto na Lei Maior, quanto no Decreto-Lei em referência.

Todos os atos administrativos devem ser públicos e publicáveis, jamais feitos à socapa, às escondidas, mesmo porque, para a quase totalidade deles, a publicidade do instrumento é elemento indispensável à complementação formal: a publicação dos atos de nomeação e dispensa de servidor, dos contratos de locação de bens móveis e imóveis, prestação de serviços e aquisição de bens, por exemplo, e os atos do processo licitatório.

Publicar, no caso, não quer dizer, simplesmente, imprimir no *Diário Oficial* ou outro órgão da imprensa. A expressão deve ser entendida no sentido de tornar público o ato administrativo. Pode ser pela afixação no local de costume, com ou sem aviso nas folhas, ou a remessa de tal aviso a selecionados fornecedores, como permite a lei. O que, de resto é procedimento corrente em comunidades menores que, por vezes, não têm *Diário Oficial* e, por outro lado, fazê-lo no do Estado, ou no da União, editado nas respectivas capitais, tornaria o processo mais oneroso, lento e difícil.

O que não é admissível é realizar o ato administrativo sem a sua publicidade, prévia ou não, dependendo do que mande a lei.

A publicidade do ato assegura sua validade para as partes e perante terceiros. No entanto, como a publicidade não é elemento intrínseco ao ato, a sua existência, por si só, não convalida eventual irregularidade.

Não destoa do princípio da publicidade a norma que exige o sigilo da proposta até a sua abertura. Neste caso, a regra do sigilo se fundamenta, mais, na necessidade de assegurar a igualdade entre os licitantes, nenhum conhece as condições oferecidas pelo competidor, naquele negócio específico, o que impede formalmente a apresentação de proposta mais vantajosa.

No § 3.º do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, o princípio da publicidade é regulamentado, reconhecendo-se expressamente esta necessidade de sigilo, ao se determinar 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”.

Na Constituição nova existe um preceito que assegura a todos o conhecimento dos atos públicos, estabelecendo o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5.º, XXXIII).

Ou seja, quando ocorrer o caso de vedação de procedimento licitatório, por ato do Presidente da República, a Administração está dispensada de prestar as informações a que se aludiu.

Na eventualidade de negação de publicidade de atos que interessem a qualquer pessoa, física ou jurídica (na sua relação com órgãos da Administração Pública), ressalvada a hipótese mencionada, cabem dois recursos, que podem ser acionados alternativamente pelo interessado, com fundamento na regra constitucional: “o pedido de certidão para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (art. 5.º, XXXIV), que vai depender da legitimidade da postulação, e de outro lado, o mandado de segurança, “que se concederá para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5.º, LXIX).

A publicidade é um dos elementos essenciais do processo de licitação. Desde a publicação do instrumento convocatório, do qual o edital é um dos exemplos, e pelo qual se regulam as condições de participação, até a escolha do melhor proponente, todos os atos da licitação devem ser públicos. Assim, os terceiros interessados e toda a comunidade podem tomar conhecimento de todos os atos do procedimento, e quem quer que venha a se sentir prejudicado pode se proteger juridicamente, inclusive qualquer do Povo, pela via da ação popular, como se disse.

Seria essa limitação legal, referente ao conteúdo das propostas, que ficam preservadas até a respectiva abertura, inconstitucional face ao amplo preceito de publicidade estabelecido na Constituição?

A resposta deve ser pela negativa. Se bem que a Constituição não restrinja, no art. 37, o entendimento da noção de publicidade, no inciso XXXIII do art. 5.º, conforme foi referido acima, esta é limitada quando se ressalva a divulgação dos atos “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

A noção de segurança, aí, não é a relativa ao ataque de inimigos externos ou de possíveis subversões da ordem pública, mas à segurança dos objetivos da sociedade e dos interesses do Estado, para assegurar a igualdade de condições entre todos, brasileiros e estrangeiros residentes.

Assim, a restrição estipulada pela lei, que tem limite de eficácia no tempo (até a abertura das propostas), deve ser considerada como sendo indispensável para a garantia da igualdade das condições, devendo ser divulgados os conteúdos das propostas apenas depois de abertas.

7. *Ainda os princípios: a impessoalidade*

A impessoalidade de que trata o *caput* do art. 37 da Norma Fundamental se reflete na igualdade de condições a todos os concorrentes mencionada no inciso XXI do mesmo artigo, e, do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, nos princípios do julgamento objetivo e da igualdade.

Devem os atos administrativos ser impessoais, isto é, levar em conta a atividade administrativa, a finalidade administrativa e, não, a pessoa que o pratica ou que venha a ser a destinatária de tal ato beneficiário, ou, ao contrário, punido. No caso, entende-se que a impessoalidade se refere a pessoas físicas e jurídicas.

Nas licitações, a impessoalidade se traduz nos seguintes postulados: a) a igualdade de condições entre os licitantes; b) o julgamento objetivo da proposta; e c) a adjudicação compulsória ao vencedor.

A igualdade de condições entre os licitantes é um dos primeiros elementos do processo, já previsto na legislação pertinente, e assegurado, agora, no preceito constitucional. Não é lícito à Administração gerar condições discriminatórias, impedindo a participação de determinados concorrentes ou favorecendo a outros, nem afastar-se dos critérios especificados, seja pela lei, seja pelo edital, para o julgamento das propostas.

Neste sentido, como em muitas hipóteses eram estipuladas condições, no edital de licitação, que se tornavam impeditivas de participação de diversos fornecedores — estabelecendo-se verdadeiros cartéis — a Constituição determinou que o processo de licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Os mecanismos que criavam obstáculos desnecessários para a participação de licitantes, agora, podem ser *inquinados*, não apenas de ilegais, mas igualmente de serem contrários à Constituição.

Quanto ao julgamento objetivo, a exigência é pertinente no sentido de que o talante do Administrador, os critérios e interesses pessoais, sejam eliminados.

Corolário do julgamento objetivo e da igualdade é a ressalva constitucional do mencionado inciso XXI, ao se referir às exigências estabelecidas em relação aos licitantes, apenas admitindo as relativas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na adjudicação compulsória tem-se a impessoalidade garantida pelo direito subjetivo criado em favor do vencedor do certame, qualquer que seja ele. Não pode a Administração decidir diversamente, pois o contrato somente pode ser celebrado com outrem se o licitante classificado em primeiro lugar, dele desistir expressamente.

Acresce que o direito nascido da licitação é apenas referente à adjudicação, não se estendendo ao contrato, eis que à Administração remanesce o direito de anular ou revogar a licitação, ou, mesmo, não celebrar o contrato. No entanto, essas situações somente podem ter lugar se houver justa causa para tanto. Ao revés, sem a justa causa, haverá arbítrio, abuso de poder, ensejando a reparação judicial dos prejuízos causados ao licitante. Cabe, na forma do § 6.º do art. 37 da Superlei, ação regressiva da Administração contra o servidor que deu causa, por dolo ou culpa.

8. *O princípio da moralidade administrativa*

O preceito legal da probidade administrativa se entende inserido na noção de moralidade do texto constitucional.

Os atos administrativos deverão ser, sempre, pautados pelo padrão ético de conduta, não podendo se admitir, mais, que se diga ser a administração a-ética, como dantes ocorreu, uma vez que nas relações humanas em geral e entre aqueles que cuidam da coisa pública, os que a financiam — contribuintes — e os que dela obtêm os resultados, deve pairar o princípio da moralidade, hoje preceito constitucional.

A moralidade administrativa se traduz na conformidade do ato administrativo à busca de efeitos que não prejudiquem, nem a Administração, nem a terceiros. Não basta que o ato administrativo siga à risca as regras estritamente formais. Neste sentido, há decisão jurisprudencial dizendo que o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo (Tribunal de Justiça de São Paulo, RDA 89/134).

Cabe, pois, mandado de segurança uma vez que existe um direito líquido e certo à observância do princípio da moralidade no fazimento do ato administrativo, especialmente agora que este preceito está presente na norma constitucional.

A probidade administrativa de que fala a lei sobre a licitação é, a rigor, uma decorrência do preceito maior de moralidade, contido no art. 37 da Carta Magna.

Realiza-se, na prática, através da vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo. Assim, estes dois elementos se referem, não apenas à impessoalidade como também à moralidade administrativa.