

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO - UFMT**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO E  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Bruna Lacerda Rocha

**AS EXIGÊNCIAS HABILITATÓRIAS NA LICITAÇÃO À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE**

CUIABÁ – MT 2011

# **AS EXIGÊNCIAS HABILITATÓRIAS NA LICITAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE**

Bruna Lacerda Rocha

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da UFMT, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública, sob a orientação do Professor Esp. José Luiz Blaszak.

CUIABÁ – MT 2011

Para meus pais, Ilse e Clésio, com meu amor incondicional.

Em primeiro lugar agradeço aos meus pais, meus maiores educadores, que sempre me apoiaram e dedicaram suas vidas a mim e a meus irmãos.

Sou grata também aos meus irmãos, Bruno e Breno, que também fazem parte de minhas conquistas e vitórias.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Professor Esp. José Luiz Blaszk, que me ajudou nesse desafio que é sempre árduo: pesquisar e aprofundar-se em determinado tema e tentar descobrir novos rumos.

A organização política de uma determinada comunidade ditará a essência do Direito vigente em determinado período histórico. Nesse contexto, as relações entre a Administração Pública e o Direito são alteradas ao longo do tempo.

(Rafael Carvalho Rezende Oliveira).

## RESUMO

O princípio da legalidade está expresso na Constituição Federal de 1988 e vincula a Administração e os atos praticados por seus gestores à lei, só podendo agir de acordo com o que a lei autoriza. Assim também acontece nos atos praticados na licitação, que é um procedimento regulamentado pela lei 8666/1993 para a Administração contratar seus serviços e adquirir seus materiais para a execução de suas atividades. Ocorre que o princípio da legalidade interpretado de maneira estrita pode levar a Administração Pública a uma atuação ineficaz. Tendo isso em vista, o presente trabalho procura entender como a evolução conceitual do princípio da legalidade e construção do princípio da juridicidade teve e está tendo seu discurso de legitimação desenvolvido a partir dos preceitos constitucionais e, assim, analisar como deve ser a atuação do gestor público na condução do procedimento licitatório, neste trabalho especificamente na fase de habilitação, de acordo com o princípio da juridicidade. Começamos discorrendo sobre o princípio da legalidade aplicado a licitação pública, mostrando como o gestor está vinculado a lei em todo o procedimento licitatório para, depois, apresentar a evolução da concepção deste princípio e, assim, chegar à concepção de juridicidade. Depois de discorrer sobre a atuação do gestor de acordo não somente com a lei, mas com o Direito, começaremos a discorrer especificamente sobre esta atuação frente ao procedimento licitatório. Por fim, faremos as considerações finais evidenciando que a concepção da juridicidade leva a Administração Pública a aturar de acordo com a lei e com o Direito, agindo o gestor não apenas como um executor do texto legal, mas como seu intérprete.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Princípio da Juridicidade; Licitação; Exigências da Fase de Habilitação.

## **ABSTRACT**

The principle of legality is expressed in the Constitution of 1988 and binds the Administration and the actions taken by their managers to the law and can only act according to what the law allows. So too for acts performed in the bidding, which is a procedure regulated by Law 8666/1993 for the Administration to hire their services and buy their materials for the execution of their activities. It happens that the principle of legality narrowly interpreted the Public Administration can lead to an inefficient operation. With this in mind, this paper seeks to understand how the conceptual evolution of the principle of legality and the principle of legality construction had and is having its discourse legitimizing developed from the constitutional principles and thus should analyze how the performance of the manager public in the conduct of the bidding process, this work specifically in the qualification phase, in accordance with the principle of legality. We started talking about the principle of legality applied to public bidding, showing how the manager is bound by law throughout the bidding process to then present the evolution of this design principle, and thus reach the conception of legality. After pondering about the manager's role not only in accordance with the law, but with the law began to talk specifically about this action before the bidding process. Finally, we will make the final considerations showing that the design takes the legality of public administration to put up according to the law and the law, not just the manager acting as an executor of the legal text, but as his interpreter.

**Key words:** Public Administration; Principle of legality; Bid; Requirements of the Qualification Phase.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	08
1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO À LICITAÇÃO PÚBLICA.....	11
2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A CONCEPÇÃO DE JURIDICIDADE .....	17
<b>2.1 A atuação da Administração Pública de acordo com o princípio da juridicidade .....</b>	<b>19</b>
3 UMA ANÁLISE DA NORMATIZAÇÃO DA FASE DE HABILITAÇÃO PELA LEI 8666/93 À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE .....	26
<b>3.1 Princípio da Isonomia.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2 As exigências habilitatórias no edital da licitação.....</b>	<b>30</b>
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
5 Referências Bibliográficas.....	43



## INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade está no rol dos princípios expressos na Constituição de 1988 a que se submete a Administração Pública, a qual só pode fazer o que a lei permite. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais (DI PIETRO, 2009, pg. 63).

Por isso, a Administração não pode conceder direitos ou criar obrigações por simples ato administrativo, pois só através da lei *stricto sensu* (espécie normativa primária que retira o seu fundamento de validade diretamente da Constituição) é possível restringir direitos. O procedimento licitatório é vinculado à lei, sendo este princípio fundamental para garantir a legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos.

Entretanto, a concepção estrita da legalidade pode resumir a atuação destes agentes apenas à aplicação de um preceito legal, sem poder analisar a situação do caso concreto e ponderar com base nos outros princípios – estejam eles expressos ou não. O administrador que está à frente de um processo licitatório elaborando as exigências editalícias, julgando impugnações, decidindo recursos, resolvendo conflitos entre os licitantes, não deve ser apenas um aplicador da lei, mas também um intérprete do texto legal. Como nos ensina Victor Aguiar Jardim de Amorim:

*A atividade administrativa não se limita a realizar o comando normativo aparentemente previsto no texto legal. Deve o administrador pautar sua atuação de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para se atingir a real finalidade de toda e qualquer atividade do Estado: o interesse público. (AMORIM, 2009, p. 2)*

A habilitação é a fase da licitação em que se verifica se a empresa possui qualificação jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica para ser contratada pela Administração Pública. E tanto na fase interna da licitação – momento de elaborar essas exigências no edital ou carta convite – quanto na análise destes documentos, surgem dúvidas por parte do agente público quanto à legalidade das cláusulas habilitatórias, principalmente no que concerne à habilitação técnica, uma vez que o artigo 30 da lei 8666/93 limita os documentos que devem ser exigidos. Desta forma,

se o agente público atuar como mero aplicador do texto legal não haverá ponderação e valoração ao caso concreto, podendo a Administração Pública, inclusive, deixar de atender ao princípio da finalidade, já que corre o risco de ter prejuízos e, por conseqüência, prejudicar seus administrados.

Por isso é importante discutir se o gestor público responsável pela licitação deve ir além da legalidade estrita e estar atento em concordar seus atos com o Direito, compreendendo regras e princípios, o que o levaria a agir de acordo com o princípio da juridicidade. É preciso entender que o princípio da legalidade e da juridicidade não são opostos, muito pelo contrário, eles caminham juntos, sendo o princípio da legalidade englobado pelo princípio da juridicidade.

Assim, considerando que toda entidade ou órgão governamental deve promover um procedimento licitatório para efetuar contratação e, ainda, considerando as dúvidas que enfrentam os gestores públicos para elaborar as exigências habilitatórias e não criar cláusulas nos editais que sejam ilegais ou ilegítimas, o debate do tema apresentado se mostra importante para orientar a prática administrativa.

Esta pesquisa pretende, então, responder ao seguinte questionamento: a Administração Pública pode ir além da legalidade estrita para formular as exigências habilitatórias nas licitações? O objetivo, portanto, é analisar o que normatiza a lei 8666/93 em relação à habilitação nas licitações à luz do princípio da juridicidade. Para tanto, este trabalho constitui uma pesquisa de abordagem qualitativa. Isso se justifica porque não se pretende buscar resultados quantificáveis e pelo fato de ser um trabalho que requer interpretação de todos os fatos a serem pesquisados. Assim, pretende-se uma pesquisa bibliográfica para se alcançar o objetivo aqui proposto.

No segundo capítulo do desenvolvimento do tema - o princípio da legalidade aplicado à licitação pública - o objetivo é tratar sobre o princípio da legalidade especificamente aplicado à licitação, apontando que o entendimento deste sob a ótica da legalidade estrita pode levar o agente público a ser um mero aplicador do texto legal o que, sem dúvida, tende a trazer resultados negativos para o procedimento licitatório, uma vez que cabe também à administração pública interpretar a lei de acordo com o caso concreto.

No terceiro capítulo, *intitulado evolução conceitual do princípio da legalidade: a concepção de juridicidade*, pretende-se apresentar a evolução da concepção do princípio da legalidade e o conceito do princípio da juridicidade, uma vez que a

compreensão do Direito se transforma junto com a História. Para demonstrar isso, será apresentada uma evolução cronológica a partir da consagração da constituição francesa até o neoconstitucionalismo. Também pretendemos mostrar como se dá a atuação da Administração Pública em observância ao princípio da juridicidade por meio da normatização dos princípios constitucionais e da administração consensual.

No quarto capítulo - *uma análise da normatização da fase de habilitação pela lei 8666/93 à luz do princípio da juridicidade* – analisaremos como se dá a atuação da Administração Pública especificamente em relação às exigências habilitatórias no procedimento licitatório. Esta análise será feita sob a ótica do princípio da juridicidade. Será também discutida a atuação da administração frente ao procedimento licitatório respeitando o princípio da isonomia. Para elucidar todos estes pontos apresentaremos um caso prático.

E no quinto e último capítulo do desenvolvimento apresentaremos as considerações finais com base em tudo que foi discutido.

## 1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO À LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública é um procedimento vinculado à lei, cabendo ao gestor público a aplicação do texto legal em todas suas etapas, não restando escolha a administração pública entre outra forma para adquirir ou contratar, salvo as exceções já previstas em lei. Deste modo, os órgãos e entidades da administração pública são obrigados a realizar licitação para adquirir bens e contratar serviços, como estabelece a Constituição Federal em seu artigo 37, XXI:

*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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

E é de competência privativa da União a expedição de normas gerais de licitação e contratação para a administração pública, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Carta Magna, sendo atualmente a lei 8666/93 responsável por cuidar desta matéria. Normas gerais são comandos que devem ser obedecidos por todos os integrantes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e pelas entidades que compõem a Administração Pública (administração direta e indireta).

Ensina-nos o professor Vladimir da Rocha França que se depreendem dois sentidos quando o termo licitação é mencionado: princípio jurídico e processo administrativo. No primeiro sentido:

*(...) o termo pode ser empregado para designar um princípio jurídico que decorre do cânone da isonomia. Como se sabe, os administrados têm direito subjetivo a um tratamento equitativo e igualitário na atividade administrativa, sendo vedado à administração pública instituir, onerar, perseguir ou favorecer indevidamente uma ou mais pessoas privadas em detrimento de outras na comunidade jurídica. (FRANÇA, 2007, p. 4)*

Já no segundo sentido:

*A licitação também pode ser visualizada como uma espécie de processo administrativo de natureza concorrencial, que tem por escopo a seleção de pessoa privada para ser contratada pela administração pública ou beneficiada por ato unilateral de natureza ampliativa, de modo a conciliar a satisfação do interesse público com o princípio da isonomia. (FRANÇA, 2007, p. 5)*

Entendemos que estas duas concepções apresentadas pelo professor se complementam e nos dão o conceito de licitação, que consiste em um processo administrativo que visa à escolha de uma proposta vantajosa para a administração mantendo, em todas suas etapas, a isonomia entre os administrados e entre os interessados em participar do procedimento licitatório. Conceito este que a própria lei 8.666/93 nos dá em seu artigo 3º:

*A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos.*

Na licitação a administração pública deve fiel observância à lei, não podendo a sua livre escolha instituir novos procedimentos ou criar formas de julgamento diferentes daquelas que já estão estabelecidas no texto legal. Portanto, o licitante tem garantida a vinculação do processo licitatório à lei e, conseqüentemente, tem garantido os seus direitos e, quando estes são desrespeitados por algum ato ilegal do agente público, o licitante busca no próprio princípio da legalidade os meios e as formas de garanti-los. Deste modo, como decorrência deste princípio, todo o cidadão também tem o direito de fiscalizar os atos praticados para constatar se a administração pública está agindo dentro da legalidade. Assim, Alexandre de Moraes nos explica:

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. (MORAES, 2008, pg. 41).

Lei é uma espécie normativa expedida pelo Legislativo - só excepcionalmente pelo Executivo – e possui dois sentidos: um sentido amplo e um sentido formal. No primeiro é todo ato normativo originado do Estado (leis delegadas, medidas provisórias, decretos). No segundo sentido são apenas os atos normativos provenientes do poder Legislativo. O artigo 59 da Constituição Federal nos dá os instrumentos normativos que são elaborados no processo legislativo, a saber:

emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. No ordenamento jurídico brasileiro apenas a lei, em seu sentido formal, é apta a inovar e a criar direitos e obrigações. Na licitação o agente público deve observar a lei 8666/93 na confecção do edital ou da carta convite, fixando cláusulas que são admitidas por ela para não incorrer em ilegalidade e observando todas as etapas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa. A não observância de algum comando previsto em lei pode gerar vícios insanáveis que tornarão o procedimento licitatório ilegal, devendo este ser anulado. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. (MELLO, 2005,s/p)

No mesmo sentido, José Afonso da Silva explica:

(...) a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, serão apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos. (SILVA, 2009, s/p)

Entretanto, é preciso fazer uma ponderação na interpretação do princípio da legalidade aplicado à licitação, principalmente quando se trata das exigências de habilitação, objeto de estudo desta pesquisa. São os documentos apresentados na habilitação que comprovarão se a empresa está apta a prestar determinado serviço e celebrar contrato com a administração pública ou a fornecer determinados materiais. Se o administrador agir como observador literal do preceito legal não

haverá juízo de valoração ao objeto específico a ser licitado, sendo apenas aplicado o que estabelecem os artigos 27 a 31 da lei 8666/93. Ocorre que documentos, certificados, laudos e selos de qualificação que não estão previstos na lei geral e nem em lei específica, mas sim em regulamentos, resoluções, portarias de órgãos responsáveis por regularem a comercialização de determinados serviços e produtos, não poderão ser solicitados para comprovar a aptidão da empresa que pretende ser prestadora ou fornecedora da administração pública. Os dispositivos da Lei de Licitações que cuidam do tema objeto de análise trazem a seguinte redação:

*Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

*I - habilitação jurídica;*

*II - qualificação técnica;*

*III - qualificação econômico-financeira;*

*IV - regularidade fiscal. (Vide Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)*

*V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)*

*Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:*

*I - cédula de identidade;*

*II - registro comercial, no caso de empresa individual;*

*III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;*

*IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;*

*V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.*

*Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: (Vide Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)*

*I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);*

*II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;*

*III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;*

*IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.*

*IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:*

*I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*

*II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

*III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;*

*IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*

*§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:*

*I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.*

Devemos sempre lembrar, também, que ao observar o princípio da legalidade não podemos deixar de lado o referencial, que é sempre o interesse público. Deste modo, à administração pública cabe, além do atendimento das regras gerais previstas na lei formal, o respeito aos valores expressos na Constituição. Deve, então, o administrador extrapolar o papel de aplicador da lei para atuar como intérprete do texto legal, levando em consideração as situações do caso concreto e tudo o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro, e não apenas aquela lei criada para tratar da matéria em questão. Deste modo a Administração não voltará sua atuação para atender a um comando normativo fazendo do texto legal o fim, mas sim o utilizará para atingir o interesse público, que é a verdadeira finalidade a ser alcançada pela administração pública. E é por isso que o princípio da legalidade tem evoluído seu conceito e suas concepções sendo englobado pelo princípio da juridicidade. Assim, no próximo capítulo apresentaremos o conceito do princípio da juridicidade e sua incidência na atuação da administração pública.

## **2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A CONCEPÇÃO DE JURIDICIDADE**

Vimos no capítulo anterior que pelo princípio da legalidade a administração pública não pode impor obrigação ou negar direitos se assim não estiver previsto em lei, já que toda sua atuação está vinculada, podendo agir somente naquilo que autoriza expressamente o texto legal. Entretanto, como também já foi discutido, o agente público deve observar não somente o que prevê a lei, mas também o que prevê o Direito, atuando de acordo com a lei e com o Direito. E é nessa observação e nessa atuação que consiste o princípio da juridicidade.

A noção de juridicidade vai além da conformidade dos atos da administração pública com as leis, pois abrange também a conformidade destes atos com os princípios gerais do Direito previstos na Constituição, apresentando-se como uma evolução do entendimento do princípio da legalidade e não como uma idéia divergente ou como um princípio oposto, muito pelo contrário, são complementares entre si. E é com a noção de juridicidade que a atuação do gestor busca observar o Direito como um todo, compreendendo um conjunto de normas em que se incluem os princípios e as regras específicas do ordenamento jurídico. Essa evolução do entendimento a cerca do princípio da legalidade acontece porque a compreensão do Direito se transforma junto com a História, como nos explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

O surgimento e a compreensão do ordenamento jurídico e das disciplinas jurídicas variam no tempo e no espaço. Não se pode encarar o Direito como uma ciência atemporal, insensível às mutações históricas. A organização política de uma determinada comunidade ditará a essência do Direito vigente em determinado período histórico. Nesse contexto, as relações entre a Administração Pública e o Direito são alteradas ao longo do tempo. (OLIVEIRA, 2010, pg. 7)

Christiane Vieira Soares Pedersoli no artigo A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, traça uma breve evolução cronológica desse novo entendimento do princípio da legalidade. Em uma primeira fase, segundo a autora, consagrada a Constituição francesa de 1791, o gestor público somente poderia fazer o que a lei

expressamente permitisse. Rafael Rezende nos ensina sobre este período histórico relatando que as conquistas desta época buscavam limitar a atuação do Estado que, durante os séculos XIV a XVIII, caracterizava-se pela centralização do poder nas mãos do Monarca e era concebido como um inimigo do povo.

Assim, a Revolução Francesa pretendia proteger os cidadãos substituindo o governo dos homens pelo governo das leis. É neste contexto que o princípio da legalidade ascende para exigir a submissão total do Estado à lei. Entretanto, este entendimento mecanicista e restritivo leva a Administração a uma atuação inapta. Por isso, iniciou-se uma segunda fase com uma posição chamada negativista, em que a Administração pode atuar nos espaços da lei, de forma discricionária.

Na terceira fase, com Kelsen e Merkl, a posição positivista foi reassumida e o ato administrativo deveria ser necessariamente derivado de disposição legal. Foi, então, a partir do século XX, com a constitucionalização dos princípios, que ganhou força a tese de que a administração pública não deve atuar apenas em conformidade com a legalidade formal, mas deve praticar seus atos em observância com todo o Direito de acordo com o caso concreto. Novamente Rafael Rezende nos contextualiza de modo a visualizarmos melhor esta mudança de concepção. O autor nos mostra que a evolução do Estado traz a necessidade do Poder Público intervir nas relações econômicas e sociais para minimizar a desigualdade social oriunda de um Estado Liberal supervalorizador da livre iniciativa e marcadamente abstencionista. Assim, o Estado deixa de ser visto como inimigo do povo e passa a ser compreendido como um aliado. De acordo com Rafael Rezende:

Com o surgimento do Estado Social de direito (Welfare State), notadamente após a II Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganha força, na tentativa de minimizar algumas mazelas oriundas do período liberal. A ampliação dos serviços públicos exige que o Poder Público se torne mais ágil e eficiente, fazendo-o adotar modelos e instituições típicas do cardápio do Direito Privado. (REZENDE, 2010, pg. 11)

Por isso, com a constitucionalização dos princípios, o princípio da legalidade perde sua concepção de limitador de um Estado arbitrário e deixa de ser o único a garantir limite à atuação do gestor público e a garantir legitimidade às ações da administração. Nessa mesma linha cronológica, nasce, após a Segunda Guerra Mundial, um movimento denominado de neoconstitucionalismo, que nos é explicado

por Rafael Rezende, que apresenta em seu livro as três acepções do movimento pela classificação de Luis Pietro Sanchis.

Na primeira acepção o neoconstitucionalismo se apresenta como um novo modelo de Estado de Direito, em que demonstra a consagração da normatividade constitucional e os meios de garantia jurisdicional da Constituição. Nesta idéia a Constituição dá ao Judiciário o papel central de controle em relação à concretização de suas normas. Na segunda acepção o neoconstitucionalismo se apresenta como uma nova teoria do Direito, em que o Direito se aproxima da moral e cresce a importância dos princípios gerais do direito. A terceira acepção, a ideológica, apresenta o modelo do “Estado constitucional de Direito” como a melhor forma de organização política.

A partir do século XX, a norma constitucional passou a ser encarada como norma jurídica e não mais como um documento político condicionado à discricionariedade do gestor público, cabendo ao judiciário o dever de zelar pela concretização de suas propostas. Foi quando, então, os princípios passaram a ocupar lugar elevado no ordenamento jurídico que o princípio da legalidade deixou de ser o único a garantir limite à atuação do gestor público e a garantir legitimidade às ações da administração pública. Conforme também nos aponta o entendimento de Rafael Rezende:

*Os princípios constitucionais são responsáveis, portanto, pela aproximação entre o Direito e a moral, e passam a ser identificados com a idéia de “reserva de justiça”. Reconhecida a sua normatividade, passam a ocupar lugar de destaque nos textos das Constituições modernas e no próprio debate jusfilosófico contemporâneo.(REZENDE, 2010, pg 17).*

Em suma, o princípio da juridicidade traz para a Administração Pública uma nova forma de atuação, não mais restrita apenas à lei estrita, mas sim ligada também aos princípios gerais do Direito, constituindo-se uma evolução do princípio da legalidade de acordo com as mudanças históricas pelas quais passou o Direito.

## 2.1 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Vimos, então, que o princípio da juridicidade não vem substituir o princípio da legalidade, mas sim complementá-lo, de modo que a atuação da administração

pública passa a observar os princípios do Direito, e não somente a lei formal. No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da juridicidade foi positivado pela lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que traz em caráter de atualidade em seu art. 2º, parágrafo único, I, que o gestor público deve atuar conforme a lei e o Direito. Deste modo, os atos do gestor público para serem legítimos devem estar de acordo com os princípios previstos na Constituição, como exemplo, o princípio da moralidade, conforme também entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao discorrer sobre o controle judicial dos atos da administração pública:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade**. (DI PIETRO, 2009, pg. 744)

Pois, um ato de um gestor pode estar de acordo com a lei e não ser moral o que, neste caso, o levaria a praticar um ato ilegítimo, mesmo estando de acordo com a lei. O mesmo ocorre com todos os outros princípios. É assim que se dá a obediência ao Direito e se percebe o papel dos princípios na atuação do gestor público. Nesse mesmo sentido se manifesta atualmente o STJ:

*PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.*

[...]

*4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade. (STJ, Relator Min.ARNALDO ESTEVES LIMA, REsp 1001673/DF, DJe 23/06/2008).*

Podemos depreender deste posicionamento do STJ que, devido ao princípio da juridicidade, o mérito administrativo também pode ser analisado pelo controle do

judiciário, uma vez que a escolha que a lei deixa ao administrador deve estar em concordância, também, com os princípios gerais do direito. Assim, a discricionariedade do administrador e sua prerrogativa do mérito deixam de ser inatacáveis pelo judiciário.

Indicamos, então, que no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da juridicidade já se encontra positivado pela lei Federal nº 9.784/1999, encontrando a Administração Pública subsídio para motivar seus atos de acordo com a lei e o Direito. O próprio Superior Tribunal de Justiça, que é responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, se posiciona no sentido de que o Poder Judiciário deve atuar para garantir que o administrador atue nos limites da juridicidade. Demonstrado como a Administração Pública atua observando o princípio da juridicidade, passamos agora a discorrer sobre quais são as mudanças trazidas por esta nova forma de atuação do gestor e da própria Administração Pública.

Sobre a normatividade dos princípios, Luís Roberto Barroso em seu artigo Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito nos ensina que os princípios, diferentemente das regras, não indicam soluções imediatas e nem descrevem condutas a serem adotadas, mas sim apontam valores a serem seguidos e aplicados ao caso concreto. Será o intérprete o responsável por definir o sentido do princípio e determinar seu alcance ao caso concreto, não sendo, portanto, o princípio uma norma da qual se extraia a solução completa para a questão.

Ainda segundo o ensinamento de Luís Roberto Barroso, essa abstração dos princípios ocasiona a colisão de normas constitucionais. Novamente, o intérprete será responsável por selecionar o Direito aplicável ao caso concreto, o que é feito por meio da ponderação, sendo o princípio da razoabilidade o principal instrumento para conduzir o intérprete nos casos em que nenhuma regra aponta a solução para o caso concreto. Assim, importante será a atuação do administrador na análise dos interesses que encontram respaldo em normas de mesma hierarquia no texto constitucional e que, por isso, são conflitantes.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, conforme consagrado no artigo 1º da Carta Magna, e, por isso, deve respeito não somente a lei, mas deve respeito ao processo democrático. Atuando nessa concepção é que a Administração Pública garante legitimidade aos seus atos, conforme ensina Canotilho:

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito (...) Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'. (CANOTILHO, 2003, pg. 97/98)

E Rafael Rezende nos explica sobre essa efetividade constitucional e a legitimidade do Direito Administrativo:

Enquanto a idéia de efetividade constitucional gera a necessidade de releitura da legalidade, a legitimidade do Direito Administrativo, nesse novo contexto histórico, deve ser revigorada pela participação do cidadão na Administração Pública e por instrumentos consensuais. Com a constitucionalização do Direito, e em especial do Direito Administrativo, a satisfação dos diversificados interesses previstos no texto constitucional depende de ponderação, instrumentalizada por um processo argumentativo com a participação dos potenciais destinatários da atuação administrativa. (REZENDE, 2010, página 16)

Depreendem-se dos ensinamentos de Canotilho e Rafael Rezende que, por atuar em um Estado Democrático de Direito e em nome da Administração Pública, o gestor deve observar a liberdade individual das pessoas e, além de executar os comandos previstos no texto legal, deve também, incentivar a participação do cidadão na Administração Pública possibilitando um ajuste ou negociação nas decisões tomadas e nos atos praticados. É nisso que consiste a aplicação de instrumentos consensuais, o que vem corroborar com a legitimidade dos atos praticados.

Esta Administração Consensual é conseqüência, também, da evolução da concepção do princípio da legalidade, pois, uma vez elevados os normativos constitucionais ao mais alto status do ordenamento jurídico e reconhecida a força normativa dos princípios previstos na Lei Maior, a legitimidade dos atos do gestor público e da atuação administrativa se relaciona com a observação e aplicação dos valores extraídos dos princípios às soluções a serem buscadas nos casos concretos. Assim, a idéia de juridicidade leva a Administração Pública a atuar utilizando instrumentos consensuais com a participação dos cidadãos, já que não mais a lei estrita é que vai guiar as decisões do gestor. Deste modo, o Poder Público não mais

decide sozinho por meio do ato administrativo, mas inicia debates dos assuntos de interesse comum a uma coletividade e que devem ser resolvidos mediante acordo. Neste sentido nos ensinam Shirlei Silmara de Freitas Mello e Rozjana G. Camilo Lomos Dantas:

O recurso à consensualidade permite uma administração flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, conforme os ditames do Estado de Direito Democrático que não vê apenas no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos e um parceiro da Administração e que, por isso, o inclui na atividade administrativa como corresponsável. (MELLO e DANTAS, 2010, pg. 2)

Na lei 8.666/93 encontramos vários dispositivos que estabelecem a participação popular atuando como instrumentos consensuais da Administração Pública. No art. 4º da Lei de Licitações e Contratos estabelece-se que qualquer cidadão pode acompanhar o procedimento licitatório, desde que não perturbe a realização dos trabalhos. E o art. 7º, § 8º permite que qualquer cidadão requeira à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

O art. 15, § 6º da referida lei traz outro dispositivo que indica a participação popular, possibilitando a qualquer cidadão impugnar preço que conste no processo licitatório para subsidiar a contratação que esteja incompatível com o valor vigente do mercado. Mais adiante, no art. 39, vemos que a Lei determina a necessidade de audiência pública para licitações de grande vulto, ali definidas. Aqui encontramos uma forma do Poder Público colocar assuntos de interesse comum em debate para subsidiar sua decisão, respeitando assim as liberdades dos cidadãos e não mais apenas o dispositivo legal.

O § 1º do art. 41 normatiza a possibilidade de qualquer cidadão impugnar edital de licitação, estabelecendo o prazo de três dias úteis para que a Administração a julgue e profira sua decisão. Ainda, o art. 63 permite a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório, e a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada do mesmo. E, por fim, o art. 113, § 1º, estabelece que qualquer licitante poderá representar ao Tribunal de

Contas ou a outros órgãos de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei 8.666/93.

As novas ferramentas de comunicação que surgiram com o advento da Internet possibilitaram, ainda mais, a participação popular na administração pública. O Pregão Eletrônico regulamentado pelo Decreto 5.450/2005, por exemplo, torna a licitação mais transparente e facilita o acompanhamento de qualquer interessado. Isso porque toda sua fase externa pode ser acompanhada pelo site [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), que é gerenciado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, ligada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Pelo site são realizados todos os Pregões Eletrônicos do Governo Federal, onde é possível visualizar o edital e acompanhar todo o andamento do Pregão, inclusive a fase de disputa dos lances.

O Portal da Transparência do Governo Federal lançado em 2004, uma iniciativa da Controladoria-Geral da União, também tem o objetivo de aumentar a transparência da gestão pública e permite que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado. No site é possível fazer pesquisas sobre receitas, despesas, convênios e servidores do Governo Federal, e também sobre contratos e licitações e encontrar as empresas que foram sancionadas.

Todos estes instrumentos que viabilizam a participação popular na Administração Pública e que decorrem da mudança da concepção do princípio da legalidade - já que a Administração não mais atua de acordo com a lei estrita, mas também observando todo o Direito e, assim, todos os princípios - caracterizam o Estado Democrático de Direito, em que o consenso entre os atos do gestor e a participação popular vai garantir legitimidade à atuação da Administração Pública. Complementando este entendimento, ensina Rafael Rezende:

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais da burguesia, que pregava a separação absoluta entre o estado e a sociedade, cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar, como também promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos. (REZENDE, 2010, pg. 32)

Fazendo um pequeno resumo para recuperar o que foi tratado até aqui, vimos no segundo capítulo que o princípio da legalidade, especificamente aplicado à licitação, vincula a Administração Pública, a qual não pode criar novas formas de julgamento ou novos procedimentos diferentes daqueles estabelecidos no texto legal. Os artigos 27, 28, 29, 30 e 31 da Lei Geral de Licitações e Contratos normatizam a fase de habilitação e, de forma taxativa, prevêm os documentos que podem ser solicitados aos licitantes como forma de comprovação de aptidão jurídica, econômica e técnica para contratar com a Administração.

No terceiro capítulo apresentamos a noção conceitual do princípio da legalidade e a concepção da juridicidade e vimos que o princípio da juridicidade foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 9.784/1999. Deste modo, o judiciário no exercício do controle dos atos da administração já extrapola o exame das características formais do ato e entra no mérito administrativo para garantir que a atuação da administração esteja de acordo com a lei e com o Direito, de modo a verificar quais os princípios foram observados e como foi feita a ponderação destes para a tomada da decisão. Assim, o gestor garante a legitimidade de seus atos satisfazendo os diversos interesses previstos na constituição, também utilizando os instrumentos consensuais com a participação dos cidadãos na Administração Pública caracterizando uma administração flexível.

Apresentado de que forma a administração atua observando o princípio da juridicidade utilizando-se da razoabilidade e proporcionalidade na análise do caso concreto e como deve ser a atuação do gestor e os meios por ele utilizados frente a esta nova concepção do princípio da legalidade, passamos no próximo capítulo a examinar e analisar os dispositivos da Lei Geral de Licitações e Contratos que tratam sobre a habilitação dos licitantes à luz do princípio da juridicidade.

### 3 UMA ANÁLISE DA NORMATIZAÇÃO DA FASE DE HABILITAÇÃO PELA LEI 8666/93 À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O Estado se organiza e atua, diretamente ou por meio de órgãos e instituições criadas por ele, para atender ao interesse público. É para atender a este interesse que existe o serviço público e a interferência do Estado em vários setores da sociedade, como na vida econômica e no direito de propriedade. Também com o objetivo de atender ao interesse público é que cresce a preocupação com o meio ambiente e com o patrimônio histórico. Sobre o princípio da supremacia do interesse público nos explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. (DI PIETRO, 2009, pg. 64)

Muitas vezes a Administração Pública precisa recorrer e estabelecer parcerias com a iniciativa privada com o objetivo de atender ao interesse da coletividade. É por isso que existe o instituto da licitação, já que a administração não pode, como gestora de um interesse coletivo, contratar qualquer um no mercado. Já conceituamos a licitação no segundo capítulo e vimos que o processo licitatório consiste em escolher a proposta mais vantajosa para a administração, destinando-se a garantir a observância do princípio da isonomia, entre outros.

Essa parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada é mais um exemplo do que é a execução da função administrativa consensual, aquela que suscita o desejo de colaboração dos cidadãos e não fica centrada apenas em seus atos. Para Shirlei Silmara de Freitas Mello e Roziana G. Camilo Lemos Dantas, essa atuação consensual, que é uma característica da administração pública contemporânea, se dá pela redefinição do conceito de interesse público, a saber:

*Não se pode ignorar que, com a ascensão de fenômenos como a Governança Pública, emerge nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Desse modo, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica. A Administração Pública por consenso enseja a idéia da*

*busca de soluções negociadas para o atendimento do interesse público. É precípua esclarecer que, com o emprego da consensualidade, jamais se transige sobre o interesse público- o que seria inconcebível à luz do princípio da indisponibilidade de tal interesse-; o que ocorre é a otimização do método para o seu atendimento. (MELLO e DANTAS, 2010, pg.5)*

É neste contexto que a atuação da Administração frente ao procedimento licitatório se dá: utilizando-se dos instrumentos consensuais, aperfeiçoa a concretização do interesse público.

A licitação possui seis modalidades para ser realizada e cinco delas estão previstas no artigo 22 da Lei 8666/93: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A sexta modalidade, o pregão, foi criada pela Medida Provisória 2.026/2000, convertida em 2002 na lei 10.520. Todas estas modalidades se desenvolvem por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, que são divididos em duas fases: a interna, também chamada de fase preparatória, e a externa. Na fase interna é onde ocorre a preparação pela administração e precede a abertura do procedimento ao público e a fase externa se inicia com a publicação do edital.

Na fase interna, o edital será preparado e serão estipuladas as exigências e condições – inclusive as exigências para a fase de habilitação - que deverão ser observadas por todos que desejam participar do certame licitatório. E especificamente na habilitação, fase externa da licitação, o licitante que pretende fornecer o material ou prestar o serviço para administração deverá comprovar que atende às condições estipuladas no edital referentes à habilitação. As exigências habilitatórias estipuladas no edital devem se ater apenas a garantir que o licitante vencedor da licitação cumpra suas obrigações, específicas em cada procedimento, pois devem ser de acordo com o objeto a ser licitado.

Não pode a administração fazer exigências genéricas ou exageradas. Além disso, a lei geral de Licitação e Contrato traz em seus artigos 27 a 31 a documentação que pode ser exigida nessa etapa do certame e é, neste momento, que o gestor entra em dúvida se as exigências que extrapolam o que dispõe estes dispositivos seriam legais ou ilegais, legítimas ou ilegítimas.

As exigências que extrapolam o que estipula a lei 8666/93 em relação à fase habilitatória seriam aquelas estipuladas para objetos específicos e que são

necessárias para garantir a qualidade do material ofertado e do serviço prestado e para comprovar idoneidade da empresa. E, mesmo não estando previstas na lei geral, podem ser solicitadas levando em consideração os princípios gerais do direito, devendo o gestor motivar seus atos. A partir de agora, então, analisaremos como se dá essa atuação da administração especificamente em relação às exigências habilitatórias no procedimento licitatório. Observaremos sua atuação de acordo com princípio da juridicidade, em que o caso concreto é analisado em observância a todo o direito, e se agindo de maneira a extrapolar o que está previsto nos artigos 27 a 31 da lei, esta também agindo de modo ilegal e ilegítimo.

No conceito de licitação trazido na própria lei 8666/93, o artigo 3º normatiza que o procedimento licitatório é destinado a garantir o princípio constitucional da isonomia, evidenciando-o e deixando bem explícito que é vedado todo ato que configure tratamento diferenciado entre os licitantes e todos que estão envolvidos na licitação. Assim, uma exigência habilitatória que não esteja prevista na lei geral e que exclua interessados em participar da licitação pode ser considerada ilegítima por ofender o princípio da isonomia. É de suma importância que tratemos agora, então, sobre este princípio e sobre suas implicações nos atos praticados no procedimento licitatório.

### 3.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, como sendo o sinônimo de igualdade, preza o tratamento igual de direitos a todos. Na lei 8666/93 o princípio da isonomia se faz presente em vários dispositivos. Citaremos dois deles, a começar pelo § 1º, inciso I, artigo 3º, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar qualquer condição que estabeleça preferência entre os licitantes em razão de circunstância impertinente ou irrelevante. Logo em seguida no mesmo parágrafo, inciso II, é vedado aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

A própria Lei Geral de Licitações e contratos traz as exceções ao princípio da isonomia, como o critério de desempate e preferência previstos no § 2º do artigo 3º, que são em razão do local de produção ou da nacionalidade das empresas. Há também o critério de desempate em favor da microempresa criado pela Lei nº 123/2006. Mais uma exceção, prevista no § 1º, inciso II, artigo 3º da Lei 8666/93, faz

referência à preferência para as aquisições de bens e serviços de informática e automação produzidos por empresas de capital nacional.

Analisando estes dispositivos que aplicam o princípio da isonomia ao procedimento licitatório e também os casos que são exceção, lembramo-nos da máxima aristotélica, em que o princípio da igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. Celso Antônio Bandeira de Mello, neste mesmo sentido, explica sobre o conteúdo jurídico do princípio da isonomia:

*O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele. (MELLO, 1999, s/p)*

Pelo conteúdo jurídico do princípio da isonomia, segundo Bandeira de Mello, pessoas e circunstâncias que estão em desigualdade precisam também ser tratadas de maneira desigual. Primeiro deve-se discernir o elemento tomado como fator de discriminação, se há diferenças entre as pessoas e as circunstâncias, pois elas não podem ser ignoradas. Essas diferenças devem ser identificadas com clareza para ser estabelecida a postura que precisa ser adotada.

Feito isso, deve-se apurar a relação lógica entre o fator de discriminação e os objetivos a serem alcançados, pois é preciso haver uma relação lógica entre a medida adotada e a finalidade que se quer alcançar, que neste caso, é o tratamento isonômico e o interesse público. E a medida restritiva a ser adotada deve ser sempre a menos danosa. Por fim, deve-se apurar a consonância da correlação lógica nos demais interesses constitucionais fazendo-se uma ponderação entre seus princípios. Se o meio escolhido como adequado estiver de acordo com a constituição, então o princípio da isonomia está sendo respeitado e o interesse público foi atingido.

Entende-se, então, que para o Direito são iguais os que se encontram numa mesma posição jurídica. Assim, em situações de tratamento desigual - depois de analisado o fator de discriminação e a relação lógica entre o objetivo a ser alcançado, o meio menos gravoso a ser aplicado e feita à ponderação entre os princípios constitucionais - não será afrontado o princípio da isonomia.

As exigências e os documentos solicitados para fins de habilitação no edital da licitação são, de acordo com o que foi dito sobre o princípio da isonomia,

discriminações, pois a empresa que não atendê-las não poderá ser contratada pela administração. Nesta situação, deve a administração justificar sua escolha e demonstrar que o fator instituído como discriminação é razoável e necessário como o meio menos gravoso para melhor atender ao interesse público. Entendido que é possível tratar desigualmente os desiguais e distinguir pessoas e circunstâncias, é preciso que o administrador saiba analisar as situações desiguais para atuar dentro dos limites do que é lícito e legítimo no momento de escolher a solução de exceção e, assim, assegurar a todos os licitantes um tratamento isonômico.

No momento de o administrador aferir se a exigência habilitatória que pretende estipular no edital atende ao princípio da isonomia, com base em tudo que já desenvolvemos até aqui sobre a análise do fator discriminatório, o princípio da razoabilidade será também invocado para ajudar na ponderação. Uma exigência que caracterize discriminação só será legítima se for imprescindível para alcançar o resultado almejado, sem excessos e sem exigências irrelevantes. O princípio da razoabilidade ajudará o administrador a apreciar se a diferenciação a ser aplicada é aceitável e se o objetivo a ser alcançado por ela é legítimo. Por tanto, a desigualdade é legítima desde que justificada, afastando-se as exigências habilitatórias irrelevantes, exageradas e impertinentes.

### 3.2 AS EXIGÊNCIAS HABILITATÓRIAS NO EDITAL DA LICITAÇÃO

Já vimos o conceito de licitação, como a administração pública atua e os atos do gestor público são praticados de acordo com o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade e como o princípio da isonomia está presente em todo o procedimento licitatório. Já apontamos, também, em que momento se dá a habilitação dos licitantes interessados em fornecer e contratar com a administração pública. Começaremos agora a tratar especificamente sobre a fase habilitatória e sobre o papel da administração pública e do gestor no momento de analisar os documentos que devem ser exigidos dos interessados em participar da licitação frente ao que normatiza a lei 8666/93, ao princípio da juridicidade e a atuação da administração consensual.

É por meio da licitação que a administração pública contrata todo tipo de serviço - por exemplo, serviço de limpeza, de dedetização, de vigilância, de manutenção de equipamentos, de instalação de rede lógica – e adquire todo tipo de

material – por exemplo, material de expediente, material de informática, automóvel, avião, gêneros alimentícios, ração animal, água mineral, equipamento laboratorial, material hospitalar – e também outorga concessões e permissões de obra, enfim, adquire e contrata tudo que será necessário para o andamento de suas atividades e atendimento do interesse público em todas as esferas, em todos seus órgãos e instituições. Sobre a realização do interesse público, Shirlei Silmara de Freitas Mello e Roziana G. Camilo Lemos Dantas evidenciam:

Afere-se que o núcleo do Direito Administrativo não é o poder ou suas conveniências, mas sim a realização do interesse público entendido como forma de afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, a atividade administrativa somente se dará com a finalidade de atender as necessidades individuais e coletivas que estejam de acordo com o inestimável valor da dignidade da pessoa humana. Assinala Moreira Neto (2003) que o processo de democratização dos dias hodiernos conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Diante de tal verificação, constata-se que, em todos os casos, a configuração do interesse público se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais. (MELLO e DANTAS, 2010, pg. 4)

Conforme nos explicam as autoras, o ponto principal ao qual nos leva o Direito Administrativo é ao atendimento do interesse público. E para tal finalidade, a atividade administrativa deverá observar o interesse coletivo, o qual está relacionado com o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Deste modo, o procedimento licitatório que é instrumento para a realização das atividades da Administração deve sempre objetivar o atendimento do interesse público respeitando os valores constitucionais.

A habilitação é a fase em que serão analisadas as condições jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica dos interessados em contratar com a Administração. São os documentos exigidos no instrumento convocatório para esta fase e apresentados pelos licitantes que comprovarão se a empresa possui capacidade para prestar o serviço ou fornecer o material. Contratar com alguém que não possui os requisitos mínimos para determinada função acarretará prejuízos e, certamente, não concorrerá para a eficiência administrativa, afetando a todos os administrados. Por isso, a fase habilitatória é uma das etapas mais importantes deste procedimento.

É na fase interna da licitação que a Administração, por meio do seu gestor designado – seja um membro da comissão da licitação, o Pregoeiro ou um integrante da equipe de apoio – fixa as condições a serem estabelecidas no edital observando as características do objeto a ser licitado, sempre tendo como objetivo principal o de atender ao interesse público e não se esquecendo das normas que precisam ser respeitadas, conforme é a orientação encontrada no Manual de Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes. As exigências não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado. (Tribunal de Contas da União, 2010, pg.332)

Portanto, as características do objeto são determinantes para estabelecer as exigências no edital, já que a qualificação da empresa a ser exigida é diferente ao se adquirir água mineral e ao se contratar de serviços terceirizados, por exemplo. Há objetos que pedem uma aptidão técnica e financeira específicas da empresa, em que o material de má qualidade ou um serviço mal prestado pode atingir diretamente e negativamente os serviços oferecidos pelo Estado, prejudicando o interesse coletivo do qual a Administração é gestora.

Por isso a Administração precisa estipular exigências que comprovem tais capacidades com a finalidade de atender ao interesse público e, assim, evitar prejuízos para sua atividade e para os administrados. Estipulado no edital as condições e exigências, nada pode ser solicitado do licitante além disso no momento da verificação da documentação. Da mesma maneira, também não pode o gestor dispensar o licitante de apresentar tal documentação. Isso porque o instrumento convocatório é a lei interna entre as partes, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, trazido pela lei 8666/93 em seu artigo 3º. Esse mesmo entendimento tem o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de dois recursos ordinários:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. FASE DE HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

1. Se a licitante não demonstrou, da forma prevista no Edital de convocação, o cumprimento dos requisitos relativos à qualificação técnica, não tem direito líquido e certo a ser habilitada no certame.
2. Recurso ordinário a que se nega provimento." (Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 18240 Processo: 200400682387 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 20/06/2006 Documento: STJ000696608 Data da publicação: 30/06/2006)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. DESCUMPRIMENTO PELA LICITANTE. DESCLASSIFICAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. A apresentação de documentos inidôneos pela licitante na fase de habilitação autoriza sua desclassificação do certame, nos termos da Lei n. 8.666/93, por desrespeitar as cláusulas do edital que, subsumindo-se em disciplina das regras de fundo e procedimentais da licitação, estabelece vínculo entre a Administração e os interessados com ela em contratar.
2. Não havendo nos autos elementos probatórios hábeis para demonstrar a suposta lesão a alegado direito líquido e certo, mostra-se inviável o cabimento da ação mandamental.
3. Recurso ordinário não-provido." (Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 15901 Processo: 200300202760 UF: SE Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 15/12/2005 Documento: STJ000668951 Data de publicação: 06/03/2006)

Ao se estipular as condições no edital, é fato que as empresas que não estiverem de acordo ou não puderem comprovar sua capacidade estarão excluídas do certame. Isso não significa que a Administração está afrontando o princípio da isonomia com o objetivo de limitar a concorrência na licitação, desde que tais exigências sejam justificadas com base no interesse público, na razoabilidade e estejam de acordo com as características do objeto a ser licitado. Já vimos que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida em que se desigalam e que as diferenças devem sempre ser observadas. Assim, se o fator que causa a discriminação for razoável e necessário para se atingir a finalidade pública e garantir o interesse coletivo não estará a Administração infringindo nenhum direito e estará

atendendo a preceitos constitucionais. Neste sentido, é importante o posicionamento do Tribunal de Contas da União no Enunciado de Decisão nº 351:

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/1993)."(Tribunal de Contas da União. Processo nº 007.358/2002-5. Acórdão nº 32/2003 - 1ª Câmara. Relator:Ministro Marcos Bemquerer. DOU de 06.02.2003).

Um exemplo prático e bem comum na Administração Pública é a exigência editalícia do Certificado de Boas Práticas de Fabricação para produtos médicos. Existe a resistência por parte dos setores de compra e responsáveis em preparar e abrir a licitação para se exigir o Certificado dos licitantes sob a alegação de que a exigência de tal documento não está prevista em Lei. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – recomenda expressamente a exigência do Certificado para a comercialização de produtos médicos, tanto que, para registrar os produtos da área médica no Ministério da Saúde exige-se que o estabelecimento cumpra as boas práticas de fabricação, conforme artigo 17 da Lei 79.094/77.

A própria ANVISA em sua cartilha Vigilância Sanitária e Licitação Pública ressalta que é necessário solicitar o Certificado de Boas Práticas de Fabricação como requisito de habilitação em processos licitatórios. Assim, a ANVISA, que é o órgão responsável pela regulação deste setor, exige o Certificado de Boas Práticas de Fabricação para garantir a qualidade do processo e o controle dos fatores de risco à saúde do consumidor. É do conhecimento de todos que os produtos médicos precisam de um controle de qualidade bem mais rígido, pois podem colocar a saúde e a vida dos consumidores em risco.

Este exemplo prático elucidada o que temos explanado até aqui sobre a vinculação da administração pública e da licitação à lei, sobre a evolução do princípio da legalidade e sobre a atuação do gestor observando o princípio da juridicidade, motivando suas decisões com base na lei e no Direito. Não há nos artigos da Lei Geral de Licitações e Contratos que normatizam e elencam os documentos que podem ser exigidos para a comprovação da capacitação técnica do

licitante a solicitação de Certificados para garantir a qualidade dos produtos a serem adquiridos pela Administração. Entretanto, a lei 8666/93, nos artigos 27 e 31, traz que a qualificação técnica é uma das capacidades das empresas que participam do procedimento licitatório a ser aferida pela administração na fase de habilitação. E, no caso deste exemplo prático apresentado, o Certificado de Boas Práticas de Fabricação faz parte da capacidade técnica do licitante, pois comprova se o produto a ser fornecido foi fabricado e é comercializado de acordo com as normas que regulam o mercado de produtos médicos, garantindo assim a qualidade dos produtos exigida pela ANVISA que não afetarão a saúde dos consumidores.

O gestor, então, no momento de elaborar o edital que estipulará as condições e exigências para adquirir produtos médicos, deve analisar e ponderar, de acordo com o princípio da juridicidade, observando a isonomia e sendo razoável, se o Certificado de Boas Práticas de Fabricação deve ser exigido para garantir o mínimo de qualidade dos produtos ou se é uma exigência irrelevante que servirá apenas para diminuir a concorrência na licitação. Se a Administração, por meio dos atos do gestor, entender que o Certificado é necessário para comprovar que os produtos não prejudicarão a saúde e a vida dos administrados, então não há que se falar em ato ilegal ou ilegítimo, pois os princípios constitucionais estão sendo respeitados e o gestor praticou seus atos de acordo com a Lei e o Direito, como prevê o princípio da juridicidade. Faz-se importante ler o que nos diz Rafael Rezende sobre a força normativa da Constituição:

O fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, resultante do reconhecimento da força normativa da Constituição, reclama uma nova forma de interpretar-se o direito infraconstitucional, conformando-o aos princípios e regras constitucionais. Dá-se o fenômeno da filtragem constitucional: a Constituição é um filtro pelo qual se dá a leitura de toda a legislação ordinária. (REZENDE, 2010, pg. 97)

É importante deixar claro aqui que este caso prático não exemplifica uma Administração agindo contra o princípio da legalidade, muito pelo contrário. Sabemos que no princípio da juridicidade está a atuação da Administração Pública conforme a Lei. E esta atuação deve ir além, pois também deve observar o Direito. E é isto que queremos demonstrar com este exemplo exposto nesta pesquisa. Há casos mais complexos e específicos em que o gestor precisará tomar decisões que fogem a um padrão para garantir que os princípios e direitos previstos na nossa

Carta Magna sejam respeitados. Ora, a compra de produtos médicos que podem colocar a vida de pessoas em risco certamente não condiz com os valores constitucionais, com a finalidade pública e, muito menos, com o princípio da eficiência.

A Administração não está agindo contra a lei, pois a Lei 8666/93, mesmo não elencando Certificados como parte dos documentos que podem ser exigidos, normatiza em seu artigo 27 que devem ser exigidos documentos que comprovem a capacidade técnica do licitante. E a própria ANVISA também orienta às comissões de licitações a exigir o Certificado de Boas Práticas de Fabricação. É claro que se o Certificado, em determinado caso, se configurar uma exigência irrelevante pois, por exemplo, os produtos a serem adquiridos não afetarão a saúde do consumidor, pois serão utilizados para outros fins, então o gestor pode considerar que este documento não é necessário para comprovar a capacidade técnica do licitante.

Além do mais, as exigências feitas no instrumento convocatório não devem ser vistas como resultado dos atos de uma Administração Pública impositiva. A Administração consensual, que é uma característica da Administração Pública contemporânea, atua com a participação do cidadão, garantindo assim a legitimidade de sua atuação. No subcapítulo 3.1 vimos que a Lei Geral de Licitação e Contratos traz várias ferramentas que possibilitam a participação do cidadão nas suas atividades e o diálogo com a sociedade, propiciando assim o resguardo dos direitos fundamentais e a eficiência na atuação da Administração.

O § 1º do art. 41 da lei 8666/93 normatiza a possibilidade de qualquer cidadão impugnar edital de licitação.

1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

E o § 2º do mesmo artigo e da mesma lei normatiza a possibilidade de impugnação por parte dos licitantes.

*§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em*

*concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*

Deste modo, qualquer cidadão ou interessado em participar da licitação tem o direito de discordar das exigências estipuladas pela Administração, possuindo legitimidade para impugnar o instrumento convocatório, fornecendo as justificativas que embasam seu posicionamento e que serão julgadas pela Administração e respondidas antes de ocorrer a licitação.

Assim, se os interessados na licitação ou algum cidadão não estiverem de acordo com a análise feita pelo gestor considerando a Lei e o Direito e a ponderação, com base na razoabilidade, dos princípios aplicados ao caso concreto tal exigência estipulada no edital pode ser contestada. Essa é uma característica da administração consensual, o dialogismo, em que a atuação da administração e suas decisões podem ser negociadas e não estão concentradas apenas em seus próprios atos.

E essa característica é uma consequência do princípio da juridicidade, como já foi explanado anteriormente, já que a administração não mais atua somente observando o que dispõe estritamente a lei, mas reconhecendo a força normativa dos princípios constitucionais e observando o que também dispõe o Direito. Assim, o cidadão ganha um papel de colaborador nesta atuação, justamente devido ao princípio da juridicidade. Por isso, a Administração Pública por meio do gestor não decidirá sozinha as exigências habilitatórias, mas travará debates com os interessados no procedimento licitatório e, assim, decidirá o que melhor atende ao interesse público.

Esse consenso entre a Administração e o cidadão é aplicado quando a lei assim autoriza e fornece os instrumentos para que aconteça, como é o caso da Lei 8666/93 e seus vários dispositivos que trazem meios para se aplicar a consensualidade, os quais já foram mostrados nos capítulos anteriores, especificamente neste subcapítulo, nas exigências habilitatórias com a impugnação do edital. Sobre este assunto, nos esclarecem Shirlei Silmara de Freitas Mello e Rozjana G. Camilo Lomos Dantas:

*Nesse sentido, o regime de consenso somente pode ser aplicado onde houver autorização legal que ateste as benesses de seu*

*emprego diante de circunstâncias particulares específicas. Ademais, como bem enfatiza Baptista (2003, p. 270), “o consenso não pode levar à abdicação de funções pela administração nem à eliminação de poderes públicos, mantendo-se nos limites admitidos constitucionalmente. (MELLO e DANTAS, 2010, pg. 3)*

A Administração agindo por consenso no momento de exigir os documentos habilitatórios no edital, por meio do instrumento da impugnação normatizado pela lei 8666/93, busca uma solução negociada para atingir o interesse público. Entretanto, é preciso esclarecer que a atuação da Administração Pública por consenso não significa a subordinação da atuação do Poder Público e do Estado ao interesse privado, que neste caso específico seria o interesse particular das empresas que participam do certame licitatório, como nos explica Marçal Justen Filho:

Repudiar o totalitarismo e o arbítrio estatal não envolve qualquer desmerecimento à transcendência do interesse público. Afirmar a democracia, os limites ao Estado e a dignidade do cidadão não significa limitar o Estado nem subordiná-lo ao interesse privado. O Estado é dos instrumentos inafastáveis de realização do bem comum e de tutela ao interesse da coletividade. Bem por isso, a construção de um Estado de Direito não eliminou o Direito Público. Muito pelo contrário, o Direito Público é indissociável da idéia de um Estado de Direito. (FILHO, 2003, pg. 167)

De acordo com os ensinamentos de Marçal - os quais servem para corroborar nossa linha de pesquisa e tudo que já foi explanado até aqui sobre o consenso na Administração Pública – a atuação da Administração moderna não é mais inflexível, em que o cidadão cumpre seus deveres e acata tudo como mero súdito. A Administração Pública como gestora dos interesses coletivos, dos quais a tutela é do Estado, atua sem totalitarismo e sem arbítrio para garantir os direitos dos cidadãos previstos na Constituição, e o consenso é um dos instrumentos para alcançar tal finalidade.

Como muito bem explicado por Marçal, a construção de um Estado Democrático de Direito, em que a atuação da Administração deve estar de acordo com a Lei e o Direito e a legitimidade de seus atos é garantida pela participação popular nas suas atividades quando assim a lei determinar, não impede a consecução do interesse público, muito pelo contrário, otimiza o seu alcance.

Deste modo, a decisão a ser tomada sobre o melhor meio que atenda ao interesse público é sempre da Administração Pública, assim orientada pelos princípios gerais do Direito, pelas leis, pelos valores constitucionais e com a

participação do cidadão em suas atividades. O consenso não pressupõe que a Administração agirá somente quando o cidadão estiver de acordo com sua decisão, esperando assim uma aprovação para poder agir. A administração por consenso visa a participação popular em suas atividades e o debate dos interesses coletivos. Entretanto, a decisão sempre será da Administração.

Então, qualquer pessoa – seja o licitante ou o cidadão – poderá discordar das exigências estipuladas para a fase de habilitação previstas no edital e utilizar a impugnação como instrumento para expor suas justificativas e embasamentos sobre o caso concreto. Mas sempre será a Administração que analisará tais argumentos, contrapondo-os a sua posição e julgando-os da mesma maneira como fez para decidir por uma exigência habilitatória, ou seja, à luz da lei e do Direito. Concluindo a Administração que os argumentos são inconsistentes e que não estão de acordo com o interesse público, nada mudará no edital. Mas se as justificativas apresentadas mostram fatos embasados na lei e no Direito que demonstram que a solução que a Administração escolheu na verdade não atende ao interesse público, a impugnação deverá ser acatada.

Escolhemos um caso prático comum nos procedimentos licitatórios – a exigência do Certificado de Boas Práticas de Fabricação para produtos médicos – para elucidar o debate sobre o que normatiza a lei 8666/93 para a fase de habilitação à luz do princípio da juridicidade. Mas vários são os casos em que a Administração se deparará com um objeto específico a ser licitado que precisa de uma exigência especial para garantir que suas atividades alcancem o interesse público.

Tentamos demonstrar aqui que é caso a caso que será feita a escolha das condições a serem estabelecidas no edital para, assim, tentar garantir um procedimento licitatório que respeite a Lei que o normatiza, os princípios que os guia e os valores constitucionais que são basilares em um Estado Democrático de Direito e devem ser o ponto principal a guiar a atividade administrativa. Para tanto, o gestor deve agir como intérprete da lei e do Direito, e não apenas como mero aplicador do texto legal, em que consulta os dispositivos que elencam os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação e os transporta para o instrumento convocatório sem nenhuma análise ao caso concreto, ao contexto em que está inserido o objeto a ser licitado e sem ponderar se as condições previstas no edital conseguirão atender ao interesse público, a isonomia, aos princípios gerais do Direito, aos valores

constitucionais e não estão voltadas apenas para os próprios atos da Administração. Fabiana Duarte Raslan evidencia a atuação da Administração observando os valores constitucionais:

A atuação da administração, na visão neoconstitucionalista, deve adequar-se à vontade social consubstanciada na Carta, à luz do princípio da juridicidade, que impõe limites à discricionariedade administrativa ao mesmo tempo em que confere celeridade ao administrador a fim de atender ao chamado interesse público. (RASLAN, 2011, pg. 2)

Deste modo, observando o princípio da juridicidade a Administração aperfeiçoará sua atuação e será mais eficiente no atendimento do interesse público, uma vez que este será alcançado com a observação e execução dos valores e princípios constitucionais. Neste sentido também discorre Christiane Vieira Soares Pedersoli citando Luís Roberto Barroso:

A respeito da crise da legalidade formal, Luís Roberto Barroso, adepto da concretização normativa direta da Carta Magna, sustenta que a lei formal, “incapaz de atender com presteza às demandas desses novos Estados e Sociedade, deixou de ser a única fonte de atos normativos ou a única intermediária entre a Constituição e os atos concretos de execução.” (ADCMC-12/DF). Segundo o respeitado jurista, o administrador vincula-se diretamente aos deveres previstos na Constituição e não pode furtar-se ao seu cumprimento, mesmo na ausência de lei. (BARROSO, 2009, pg. 4)

Deste modo, tentamos demonstrar neste capítulo que a legalidade estrita aplicada à licitação emperra a atuação da administração podendo acarretar prejuízos aos administrados. Por isso a atuação da administração em observância ao princípio da juridicidade faz com que o gestor deixe seu papel de mero aplicador do texto legal e se torne um intérprete dos dispositivos legais, analisando-os de acordo com os princípios gerais do Direito, os valores constitucionais e o Direito como um todo. E é deste modo que os dispositivos da lei 8666/93 que regulam a habilitação no procedimento licitatório devem ser interpretados, pois cada objeto a ser licitado é um caso diferente e, em cada caso, há maneiras diferentes para se atingir o interesse público, que deve ser o norte de toda a atuação da Administração Pública

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade vincula a administração pública e todos seus atos praticados à lei, não podendo criar obrigações e restringir direitos de seus administrados. E é assim que se dá todo o procedimento licitatório, observando a lei com o objetivo de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e destinando-se a garantir o princípio da isonomia.

O princípio da legalidade evoluiu ao longo da história, assim como o entendimento do Direito, já que a sociedade muda de acordo com o contexto em que vive e assim também é o Direito. Assim, quando o Estado deixa de ser visto como tirano e passa a ser encarado como parceiro da sociedade para garantir os interesses coletivos, o princípio da legalidade também muda sua concepção e deixa de ser aquele limitador para os atos praticados pela Administração Pública.

Na evolução do entendimento do princípio da legalidade chega-se a concepção de juridicidade, entendendo que a legalidade estrita torna a atuação da administração inapta e ineficiente. Assim, a atuação administrativa se volta não só para a observância da lei, mas para o Direito e, principalmente, para o atendimento dos valores constitucionais, não sendo a lei o fim, mas o meio para se atingir o interesse público.

E foi com esta concepção de juridicidade que desenvolvemos todo o processo de pesquisa e levantamos pontos importantes na atuação da administração ao conduzir o procedimento licitatório. Não pretendemos com esta pesquisa estipular o que deve ou não a administração e o que devem ou não os gestores públicos que trabalham na coordenação da licitação decidirem nos atos praticados neste procedimento. A importância do trabalho é a discussão destes atos praticados à luz do princípio da juridicidade. Assim, lançamos argumentos para que os gestores possam basear seus atos além da legalidade estrita, mas sem o intuito de querer criar uma nova maneira de atuação da Administração Pública.

O que podemos concluir com tudo que analisamos e discutimos é que a administração tem maneiras de agir além da legalidade estrita e pode e deve motivar seus atos com base nos princípios constitucionais com objetivo de atender a finalidade pública e os interesses coletivos. Inclusive, já entende o Supremo Tribunal de Justiça, como foi apresentado, que os atos da administração devem sempre

observar os princípios previstos na Constituição, e é sob esta ótica que serão analisados pelo judiciário.

Desta forma, o gestor deve estipular as exigências habilitatórias no instrumento convocatório observando o que dispõe os dispositivos da lei 8666/93, considerando as características do caso concreto e o melhor meio para se atingir a finalidade pública fazendo a ponderação dos princípios constitucionais. E, neste processo, os instrumentos consensuais são importantes, pois garantem a participação popular e legitimam a atuação da administração.

Não pode mais a administração se pautar na legalidade estrita, pois para alcançar a finalidade pública é preciso ir além, conforme a concepção do princípio da juridicidade. Por isso, os dispositivos que disciplinam a fase de habilitação na Lei Geral de Licitação e Contratos não podem ser aplicados de maneira estrita e isolada, devendo sempre ser interpretados conjuntamente com os princípios do Direito. É para esta conclusão que nos leva este trabalho. Assim, terminamos apresentando o entendimento de Fabiana Duarte Raslan:

Só que é o momento, dentro da História, do administrador público atentar para o fato de que a lei é um signo, um símbolo que traduz valores eleitos pela sociedade, e que cabe a ele, como executor da lei, executá-la de acordo com estes valores expressos através da letra da lei. É a hora de não olhar somente para a letra da lei para executá-la, mas de questionar qual o valor consubstanciado neste símbolo, e executar a lei de acordo com este valor. (RASLAN, 2011, pg. 20)

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas. Análise prática da admissibilidade de juntada posterior de documento no procedimento licitatório** (2009). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14065>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: Senado, 1988.

Brasil. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Administrativo. Recurso Especial. Servidor Público. Processo Disciplinar. Imposição de Sanção. Ato Vinculado. Controle Jurisdicional. Limites. Recurso Conhecido em Parte e, Nessa Extensão, Improvido. Relator Min Arnaldo Esteves Lima. Distrito Federal, jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processual Civil e Tributário. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Licitação. Princípio da Vinculação ao Ato Convocatório. Cláusulas Editalícias. Descumprimento Pela Licitante. Desclassificação. Direito Líquido e Certo. Ausência de Demonstração. Distrito Federal, dez. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Licitação. Fase de Habilitação. Comprovação dos Requisitos de Qualificação Técnica. Distrito Federal, jun. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 32/2003. 1ª Câmara. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Distrito Federal, fev. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Conceito de Contrato Administrativo**(2007). Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 19 jun 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

**Manual de Orientações Básicas das Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União**. 4ed. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. **A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado** (2010). Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585)> Acesso em 16/08/2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade**(2009). Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0292009.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

RASLAN, Fabiana Duarte. **A garantia da legalidade na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo** (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19819>>. Acesso em: 20 set. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.