

## CONCEITO E PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*

Professora Livre-Docente da Faculdade de Direito da USP e Procuradora do Estado de São Paulo.

### 1. Conceito

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi,<sup>1</sup> podemos definir a licitação como um procedimento administrativo de preparação da vontade contratual, pelo qual um ente público no exercício da função administrativa abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente.

### 2. Análise do conceito

Ao falar-se em *procedimento administrativo de preparação da vontade contratual*, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos inter-

mediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

A expressão *ente público no exercício da função administrativa* justifica-se pelo de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Aliás, as entidades da administração indireta, com personalidade de direito privado, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, costumam ser chamadas por alguns autores de *entidades públicas de direito privado*, por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas de direito público; é o caso da norma que lhes impõe licitação, constante do art. 86 do Decreto-lei n.º 2.300, de 21.11.86, e agora inserida na própria Constituição (arts. 22, inciso XXVII, e 37, “caput”, combinado com inciso XXII).

Pela licitação, a Administração *abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições*

(1) José Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, 2a. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 92.

*fixadas no instrumento convocatório*, a possibilidade de apresentação de propostas. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a expressão segundo a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Finalmente, a expressão *possibilidade de formular propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente* encerra o conceito de licitação. No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato se celebra mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No direito administrativo, a licitação equivale a uma oferta a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais, regulamentares, constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público.

### 3. Princípios do direito administrativo

“Princípios de uma ciência são as *proposições básicas*, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.<sup>2</sup>

Segundo José Cretella Júnior, os princípios classificam-se em:

a) *onivalentes* ou *universais*, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade, o da razão suficiente;

b) *plurivalentes* ou *regionais*, comuns a um grupo de ciência, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplo: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais; o princípio do “*alterum non laedere*” (não prejudicar a outrem) aplica-se às ciências morais e às ciências jurídicas;

c) *monovalentes*, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quanto sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;

d) *setoriais*, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o direito civil, o direito do trabalho, o direito penal, etc.

Desse modo, o direito administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior.

Voltando-se às origens do direito administrativo, na França, verificar-se-á que ele nasceu precisamente sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os seus aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de interesse geral.

Garrido Falla acentua esse aspecto. Em suas palavras, “é curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo”.<sup>3</sup>

Assim, o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opos-

(2) José Cretella Júnior, **Os cânones do direito administrativo**, in Revista de Informação Legislativa, a. 25, n. 97, jan./março 1988, p. 7.

(3) Fernando Garrido Falla, **Las transformaciones del regimen administrativo**, 2a. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 44/45.

tas: de um lado, a de *proteção aos direitos individuais frente ao Estado*, que serve de fundamento ao *princípio da legalidade*, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de *satisfação de interesses coletivos*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefícios do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberalidade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a *supremacia do interesse público sobre o particular*. Para assegurar a liberdade, sujeita-se o Estado à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do *princípio da legalidade*.

Esses, portanto, os dois princípios fundamentais de todo o direito público e que, por via de consequência, informam também o regime administrativo.<sup>4</sup>

A partir desses dois princípios fundamentais deduzem-se outros, alguns encerrando *prerrogativas* e outros impondo *restrições* à atividade da Administração Pública. Tais os princípios da presunção de veracidade e legalidade, da executoriedade, da continuidade dos serviços públicos, da especialidade, da moralidade administrativa, da hierarquia, da autotutela, da indisponibilidade dos interesse públicos, da tutela e da publicidade. Há também um princípio a que poucos autores se referem, que é o da proporcionalidade dos meios aos fins. Sempre tendo em vista a consecução do interesse público, ou seja, a solução que melhor atenda às necessidades coletivas, a Administração Pública não pode ficar tolhida diante de fórmulas rígidas, soluções estáveis, pois o próprio interesse público é essencialmente mutável. Para acompanhar essa dinâmica, há necessidade de imprimir-se à sua atuação certa flexibilidade na procura de meios adequados para atingir a seus fins. Como a Administração está vinculada ao

princípio da legalidade, é por meio da lei administrativa que vão sendo criados novos institutos que forneçam os instrumentos hábeis de que a Administração necessita. Estudando-se a evolução do Direito Administrativo, verifica-se que, em todos os sentidos foi havendo uma ampliação: o conceito de serviço público passou a abranger serviços sociais, comerciais e industriais, antes privativos do particular; o poder de polícia estendeu-se a áreas onde antes não se fazia necessário, como a proteção do meio ambiente e a defesa do consumidor; a atuação do Estado saiu da órbita do serviço público para estender-se à esfera da atividade econômica de natureza privada.

Toda essa evolução, que é ligada à própria mudança na concepção de Estado, foi acompanhada do surgimento de novos institutos e princípios.

#### 4. Evolução do instituto da licitação

O instituto da licitação não escapou aos efeitos da evolução do direito administrativo.

José Roberto Dromi,<sup>5</sup> em sua obra sobre *licitação pública*, ressalta esse aspecto: “O regime político liberal supõe uma oposição absoluta entre o indivíduo e o Estado. Nega a existência de organismos intermediários e desconfia da autoridade pública, o que provoca uma necessária posição abstencionista e neutra do Estado, constituindo garantia dos direitos individuais. A busca da segurança exige a certeza jurídica que, como diz Xifra Heras, não é outra coisa senão o *jus certum* dos clássicos, o *rule of law* dos ingleses, a *autoridade da lei* dos revolucionários e o princípio monocrático dos técnicos. A missão do direito consiste em garantir um campo de ação amplo e definido para a vontade do homem, com a consequente limitação das competências públicas”.

Mostra o mesmo autor que, no período clássico do Estado liberal, o mecanismo de contratação caracteriza-se pela preferência por aquela forma de licitação que aqui no Brasil se denomina de concorrência pública ou, para usar a terminologia brasileira adotada no Decreto-lei 2.300, de

(4) Tema desenvolvido em nossa tese de livre-docência sob o título **Aplicação do direito privado no direito administrativo**, São Paulo, 1988, p. 88/96.

(5) José Roberto Dromi, **La licitación pública**, Astrea, 2a. ed., 1977, Buenos Aires, p. 86.

21.11.86, *concorrência* simplesmente. Isto porque, nessa forma de licitação, o procedimento é rígido e rigorosamente disciplinado pela lei e, por consequência, restritivo dos poderes discricionários dos agentes estatais. “Por essa razão, prefere-se um procedimento baseado na competência da lei, que o regulamenta de forma rigorosa e substitui, antecipadamente, com a “vontade legislativa”, a vontade administrativa. As regras fundamentais do procedimento são: a) a regra do livre acesso dos concorrentes, pelo que a Administração está obrigada a apelar ao concurso de todos os terceiros que se interessem pela contratação pública, e b) a regra da atribuição ou adjudicação automática da licitação à oferta de melhor preço”.

O regime do Estado liberal, em seu ponto extremo, exige a licitação como princípio absoluto, genérico e sem exceção para a celebração de contratos pela Administração.

Foi com a superação do Estado liberal e o surgimento do Estado intervencionista que se foram criando temperamentos àquele princípio e passou-se a admitir casos de contratação direta, sem licitação, além de outros tipos de procedimentos menos rígidos, que deram origem, no direito brasileiro, às modalidades de tomada de preços, convite, leilão e concurso.

Isto porque, à medida que o Estado foi ampliando a sua atuação na ordem econômica e social, foi necessário buscar novos instrumentos mais adequados à consecução dos novos objetivos. Trata-se aqui da aplicação do já referido princípio da *proporcionalidade dos meios aos fins*.

Socorrendo-nos, mais uma vez, da lição de José Roberto Dromi, podemos dizer que “as idéias matrizes que inspiram agora o sistema de contratação” são:

a) a importância crescente da idéia de “interesse público ou administrativo”. O sistema de licitação pública ou adjudicação aberta acentua seus inconvenientes na execução de certos trabalhos públicos de caráter estritamente especializado; ademais, os novos serviços do Estado na esfera comercial e industrial, como modalidade de intervenção, requerem a eleição da melhor oferta sob o ponto de vista *técnico*, o que nem sempre se logra com a clássica licitação;

b) diretamente ligada à idéia anterior, surge o descrédito pela prevalência do interesse financeiro; a busca do menor preço levava a Administração a desprezar ofertas que, embora mais onerosas, eram de grande valor técnico;

c) a responsabilidade dos agentes administrativos e a confiança depositada neles faz com que desapareça a necessidade de que a lei regule rigidamente seu proceder; acima da desconfiança liberal pela autoridade pública, cuja competência decisória quer restringir ao máximo, acredita-se agora na *discricionariedade administrativa*;

d) a idéia de que o adjudicatário ou co-contratante colabora com o serviço público exige que ele seja escolhido *intuitu personae*, em razão de sua capacidade técnica e não admite que seja eleito indiferentemente por um procedimento totalmente aberto; hoje, o princípio da livre e ampla competição sofre uma série de restrições que se manifestam pelo crescimento das hipóteses em que a contratação é possível com dispensa de licitação; se examinarmos, no direito brasileiro, a evolução a partir do Código de Contabilidade Pública, passando pelo Decreto-lei 200, de 25.3.67, e agora para o Decreto-lei 2.300, verificar-se-á que essas hipóteses foram sendo ampliadas a cada vez.

## 5. Princípios da licitação

Não há uniformidade entre os autores na indicação dos princípios informativos da licitação.

José Roberto Dromi indica dois: o da *livre concorrência* e o da *igualdade entre os concorrentes*;<sup>6</sup> Sayagués Laso também aponta dois: o da *igualdade de todos frente à Administração* e o do *estrito cumprimento do edital*;<sup>7</sup> Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da *igualdade*, *publicidade* e *rigorosa observância das condições*

(6) José Roberto Dromi, ob. cit., p. 134.

(7) Sayagués Laso, *La Licitación Pública*, Ed. Pena e Cia., 1940, Montevideo, p. 52 e 53.

do edital;<sup>8</sup> a esses três, Celso Antonio Bandeira de Mello acrescenta o da *possibilidade do dispu-tante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores*.<sup>9</sup>

Interessante é a colocação feita por Thereza Celina Arruda Alvim,<sup>10</sup> em tese apresentada no VIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Rio de Janeiro, em 1977. Para ela, os princípios classificam-se em *imediatos e mediatos* consoante sua influência seja causa de iniciação do procedimento licitatório ou informativo das atividades nesse procedimento desenvolvidas.

Assim são os princípios da *indisponibilidade do interesse público* e o da *supremacia do interesse público sobre o particular*, os quais obrigam a Administração a iniciar o procedimento da licitação. O primeiro, porque o procedimento licitatório é o meio mais eficaz de atendimento da finalidade pública nas contratações. O segundo, porque coloca o interesse da Administração na frente do interesse do particular.

Hely Lopes Meirelles<sup>11</sup> relaciona maior número de princípios: *procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória*.

Na realidade, parece-nos que se podem considerar os princípios concernentes à licitação em dois momentos diversos:

a) O que antecede a abertura do procedimento e que obriga a Administração a realizar licitação como preliminar da celebração de contratos. Nesse sentido, pode-se dizer que a própria licita-

ção é um princípio: o princípio da licitação, ao qual a Administração não pode se furtar quando celebra determinados tipos de contrato, a não ser nas hipóteses estabelecidas em lei. Essa obrigatoriedade é uma decorrência do *princípio da indisponibilidade do interesse público* e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

O Decreto-lei 2.300, de 21.11.86, já consagra esse princípio ao tornar obrigatória a licitação para a contratação de *obras, serviços, compras e alienações*, ressalvadas as hipóteses previstas na lei. Na Constituição do Estado de São Paulo, também se contém a exigência de observância dos princípios da licitação para “os atos que importem alteração do patrimônio imobiliário do Estado a título oneroso, assim como os fornecimentos, obras e serviços realizados por terceiros, com despesa para o Estado (art. 66).

A obrigatoriedade passou a constar agora da Constituição Federal recém-promulgada, em cujo art. 37, inciso XXI, se determina que “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”. O art. 175 exige licitação para a prestação de serviço público sob os regimes de concessão e permissão.

O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência agora também decorre da Constituição, por força do já mencionado art. 37, inciso XXI, e do art. 22, inciso XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para a adminis-

(8) Adilson Abreu Dallari, **Aspectos Jurídicos da Licitação**, Ed. Juriscredi, S. Paulo, p. 33.

(9) Celso Antonio Bandeira de Mello, **Licitação**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

(10) Thereza Celina Arruda Alvim, **Licitação e contrato administrativo**, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 10/319-341.

(11) Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11a. edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 224.

tração pública, *direta e indireta*, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. Note-se a preocupação do legislador constituinte que, com a menção às “empresas sob seu controle”, acabou por abranger até mesmo aquelas que não têm a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista (já incluídas na expressão “administração indireta”), mas quaisquer entidades de que o poder público tenha o controle acionário.

b) O segundo momento é o que se refere ao *procedimento da licitação*: nas suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Quanto a esse segundo momento, o art. 3.º do Decreto-lei 2.300, seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, determina que a licitação 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*.

O *princípio da igualdade* constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. O Supremo Tribunal Federal já julgou inconstitucional dispositivo de lei estadual que dá preferência às empresas estabelecidas no estado federado (RDA-162/204) e também já reconheceu a inconstitucionalidade de lei que estabelece deduções diversas em razão do local de industrialização dos bens fornecidos, por implicarem tratamento desigual (RDA-152/160). O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu ser legítima a exigência de capital mínimo para participação na licitação (Revista dos Tribunais, v. 579/46).

No § 1.º, inciso I, do mesmo art. 3.º, está implícito outro princípio da licitação, que é o da *competitividade*, diretamente decorrente do prin-

cípio da isonomia na licitação: “É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I — comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório”. O inciso II assegura a igualdade dos licitantes quanto a um determinado aspecto: a proibição de estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes; para, logo a seguir, no § 2.º, consagrar uma exceção a esse princípio, garantindo preferência aos bens e serviços produzidos no país. Segundo Toshio Mukai,<sup>12</sup> essa norma não fere o princípio constitucional da isonomia, porque estabelece apenas um critério de desempate. Há que se observar, quanto a isso, que o art. 153, da Constituição Federal de 1967 e o art. 5.º da Constituição de 1988 somente asseguram os direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Além disso, o art. 171 da Constituição vigente, depois de definir a empresa brasileira e de permitir a concessão de benefícios e proteção a seu favor, estabelece, no § 2.º, que “na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastem, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentem idoneidade técnica ou financeira; além disso, a competição é menos livre em determinadas hipóteses de licitação, como a tomada de preços e o convite, em que a participação fica restringida, no 1.º caso, aos previamente inscritos no registro cadastral e, no segundo, aos convocados pela Administração, segundo sua própria escolha.

Ligado à idéia de competição está o princípio da *publicidade*, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a legalidade do procedimento.

(12) Toshio Mukai, **O Estatuto Jurídico da Licitação e Contratos Administrativos**, Saraiva, 1988, p.18.

Note-se que a publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação. No convite, a publicidade do ato convocatório praticamente desaparece, já que se formula por escrito.

O princípio da publicidade é de tal forma considerado relevante que o Decreto-lei 2300, além de estabelecer normas precisas sobre a publicação do edital e prazos mínimos a serem observados (art. 32, §§ 2.º e 5.º), torna essas exigências obrigatórias para Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (art. 85) e para as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas referidas pessoas jurídicas públicas (art. 86).

Quanto ao princípio do *juízo objetivo*, que é decorrência do princípio da legalidade, está assente o seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no art. 37 do Decreto-lei 2.300, que determina que “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos”.

A respeito desse assunto, existe acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos, em mandado de segurança impetrado contra o INAMPS (mandado de segurança n.º 104.932, in RDA-161/226), por licitante que foi preterido no julgamento, não obstante tivesse apresentado a proposta de menor preço. A justificativa da autoridade impetrada foi no sentido de que não se tratava, no caso, de licitação de menor preço, mas sim da mais vantajosa; e adjudicou ao licitante que apresentara o quinto maior preço. Houve, no caso, invocação, pelo Tribunal, de quatro princípios que devem estar presentes em todo contrato administrativo: legalidade, moralidade e publicidade. Entendeu que se for preterida a proposta de menor preço, a Administração deve fundamentar a sua escolha, sob pena de nulidade do ato por falta de

motivação. No caso em tela, o edital não indicara critérios objetivos que possibilitassem a apreciação de outros fatores no julgamento das propostas, conforme art. 130, IV, do Decreto-lei 200/67. Apenas repetiu a norma do “caput” do art. 133 que prevê que na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, etc.

Na ausência de critérios, tem-se que presumir que a licitação é a de menor preço. Sendo assim, a preterição da proposta de menor preço tem que ser justificada. Além de conceder a segurança, o Tribunal ainda determinou o encaminhamento de peças dos autos ao Ministério Público, para as providências cabíveis, tendo em vista ofensa ao art. 335 do Código Penal (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência).

Quanto ao princípio da *probidade administrativa*, também expresso no art. 3.º do Decreto-lei 2.300 e agora inserido no art. 37 da Constituição Federal, há que se lembrar que ele não é pertinente apenas à licitação mas a toda a atividade administrativa. O art. 85, inciso V, da Constituição considera a improbidade como crime de responsabilidade pelo qual responde o Presidente da República; o § 4.º do art. 37 prevê, para os atos de improbidade, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A *vinculação ao instrumento convocatório* é também princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão as suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. Também resultarão

descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

Com relação ao princípio da *adjudicação compulsória*, a que se refere Hely Lopes Meirelles,<sup>13</sup> significa, segundo o autor, que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove *justo motivo*. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior”. Adverte ele, no entanto, que “o direito do vencedor limita-se à *adjudicação*, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao *contrato imediato*. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem *justa causa*”.

Em verdade, a expressão “adjudicação compulsória” é equívoca, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em

qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.

Finalmente, cabe ainda uma palavra a respeito de um princípio pouco mencionado em matéria de licitação; trata-se do princípio da *ampla defesa*, já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ-105/160-162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação, como procedimento administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (RDA-166/117). Na vigência da nova Constituição, o art. 5.º, inciso LX, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo.

(13) Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11a. edição, Revista dos Tribunais, 1985, p. 226.