

DIREITO
PÚBLICO

Considerações sobre a obrigatoriedade licitatória e a tutela da moralidade administrativa

*Isabella Magalhães Vilhena*¹

Sumário: I. Licitação: conceito e finalidade. II. Princípio da moralidade administrativa e sua correlação com a imposição constitucional da obrigatoriedade da licitação. III. Conclusão. IV. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade correlacionar os conceitos atinentes à licitação e à moralidade administrativa, ressaltando a obrigatoriedade constitucional de realização de certames licitatórios pela Administração Pública como forma de tutelar a efetividade do Princípio da Moralidade, e, por via inversa, a necessidade da observância da moralidade administrativa a fim de validar os atos e procedimentos administrativos, dentre os quais, a licitação.

Abstract: This study aims to correlate the concepts relating to bidding and administrative morality, stressing the constitutional requirement to hold bidding contests for Public Administration as a way to protect the effectiveness of the Principle of Morality, and, via reverse the need for compliance morality in order to validate administrative acts and administrative procedures, among which, the bid.

I. Licitação: conceito e finalidade

A palavra “licitação” deriva do vocábulo “licitatio”, oriundo do latim, que significa “ato pelo qual se lança ou faz o preço, para compra ou aquisição de coisa em concorrência com outros interessados nesta aquisição” (DANTAS, 2009).

A noção de licitação foi introduzida no Direito Público brasileiro com o Decreto nº. 2.926, de 14 de maio de 1862, que previa que às obras públicas deveria proceder a “arrematação”. A título de curiosidade, segue excerto do referido Decreto:

“Art. 1. Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concerto de obras cujas despesas corraõ por

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: isabellamv@id.uff.br.

conta do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas, o presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar anúncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importância da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis meses para a apresentação das propostas.”

Outras produções legislativas trataram do procedimento concernente à contratação de bens, serviços e obras pelos entes públicos, mas foi com o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que o vocábulo “licitação” foi empregado em texto normativo de maneira parecida com a que nós o entendemos hoje. O mencionado Decreto-lei iniciou a sistematização das licitações, estabelecendo que “as compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.”² (grifou-se)

O Decreto-lei nº 200/1967 foi revogado pelo Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que trouxe à baila a “licitação” tal como a concebemos hodiernamente. No Decreto-lei nº 2.300/1986 a licitação já figurava como um procedimento, o qual deveria garantir a observância dos princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 foi o primeiro texto constitucional a trazer a Licitação como procedimento obrigatório, a ser observado por todos os entes públicos, conforme se extrai do artigo 37 da Carta Magna de 88:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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” (grifou-se)

² BRASIL. Decreto-lei nº 200. 25 fev.1967.

Aduz José Santos Carvalho Filho (2005, p. 185-186) que licitação é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”, concluindo, portanto, que a licitação é um “procedimento administrativo com fim seletivo”. Deste conceito elaborado pelo ilustre doutrinador, podemos inferir como fim último do certame licitatório a seleção da melhor proposta, a qual culminará na celebração de contrato administrativo.

Nessa linha, comungam do mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles (2010, p. 28), segundo o qual:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição. Por isso visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.” (grifou-se).

Na mesma trilha leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1996, p. 254):

“pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo 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 para a celebração de contrato”

Corroborar tal conceito de licitação o notório jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 517), para o qual a licitação é “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.”

O certame licitatório, além de selecionar a proposta que melhor atenda ao administrador, possui também como finalidade garantir a efetividade do respeito aos princípios da isonomia, da publicidade, da moralidade, entre outros, quando da compra de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública.

Para validar tal entendimento, insta colacionar excerto da Lei Federal de

Licitações e Contratos – Lei 8.666/93, que em seu artigo 3º proclama o seguinte:

“Art. 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.”

Importa mencionar, sem, no entanto, aprofundarmos o assunto, por não ser o objeto deste trabalho, que o art. 3º da Lei 8.666/93 tem natureza de norma geral, sendo aplicável, por conseguinte, a todos os entes da Administração Direta e Indireta, independentemente da esfera federativa em que se encontrem. Isso porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, inciso XXVII, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre normas **gerais** de licitações e contratações administrativas, cabendo, portanto, aos demais entes da federação instituir a normativa específica concernente aos seus procedimentos licitatórios. A União exerceu referida competência ao editar a Lei 8.666/93, a qual possui normas gerais, aplicáveis a todos os entes, como já foi dito acima, e normas específicas, somente aplicáveis aos certames licitatórios da União. Logo, cabe destacar no presente estudo, que o artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) tem natureza de norma geral, sendo obrigatório, portanto, a todos os entes públicos, a observância dos preceitos contidos no mencionado dispositivo.

II. Princípio da moralidade administrativa e sua correlação com a imposição constitucional da obrigatoriedade da licitação

Inicialmente, cabe destacar, a partir da breve evolução histórica do conceito de licitação acima exposta, que a Licitação, em sua origem, consistia apenas no procedimento administrativo que visava à melhor proposta para a Administração Pública, sendo timidamente citada no Decreto-lei nº 200, de 1967, a observância ao “princípio da licitação” (sic) e ao princípio da publicidade. No Decreto-lei nº 2.300 de 1986, foi introduzido o dever de o administrador observar os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa (que, como veremos adiante, confunde-se com a moralidade administrativa), da vinculação ao instrumento convocatório, do

juízo objetivo e dos que lhe são correlatos, no curso do procedimento licitatório.

Frise-se que a Constituição do Brasil de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a consolidar, em seu art. 37, *caput*, aqueles que seriam os princípios basilares da Administração Pública (sendo, posteriormente, incluído nesse rol o ‘princípio da eficiência’, pela Emenda Constitucional nº 19/1998), relacionando-os com a obrigatoriedade da prévia licitação (inciso XXI do mencionado dispositivo). Tal correlação foi consagrada pela edição da Lei 8.666/93, que, como acima exposto, em seu art. 3º, complementou o texto oriundo do Decreto-lei nº 2.300 de 1986, inserindo a observância, também, dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, todos trazidos pela Carta Magna de 1988, e que ao lado dos princípios da publicidade e da eficiência constituem, hoje, o epicentro axiológico a ser observado pelos administradores da coisa pública.

Como não poderia deixar de ser no Estado Constitucional, a Licitação, portanto, não se deve destinar somente a obter a proposta que melhor atenda ao interesse público, mas a garantir o respeito, durante o procedimento para a obtenção da melhor proposta, aos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, uma vez que tais princípios garantem, indiretamente, que os direitos dos administrados também estão sendo resguardados, quando o administrador funda seus atos nos preceitos constitucionais, gerindo o Erário de forma idônea.

Nesse ínterim, passa-se ao exame e à definição do Princípio da Moralidade, explicitado pela Carta Magna de 1988, e sua estreita relação com a obrigatoriedade de licitar concernente ao setor público.

No que concerne à definição de “Princípio”, vale citar Humberto Ávila (2005, p. 73), autor que distingue os princípios das regras, ensinando, em síntese, que os Princípios objetivam a promoção de um estado ideal de coisas, a partir da adoção da conduta necessária, enquanto as Regras têm por dever adotar a conduta descrita, respeitando os princípios superiores. Para o referido autor "os princípios são normas imediatamente finalísticas", cuja aplicação demanda do intérprete o exame da interdependência do "estado de coisas a ser promovido" e os efeitos decorrentes da conduta necessária à sua promoção.

Ratificando o entendimento que a Moralidade configura um princípio, e não uma regra, o referido autor relaciona tal situação ideal a ser perseguida pelos administradores públicos com as condutas necessárias a sua efetiva realização:

"O princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação.

[...]

Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tomar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio."

Para melhor entender o que seria a "moralidade administrativa", vale colacionar os ensinamentos de Di Pietro (1996, p. 260) acerca da freqüente confusão que se faz entre os conceitos de "moralidade" e "probidade" administrativas, os quais, de fato, se interrelacionam:

"O princípio da moralidade [...] exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, caput, e 5º., LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº. 2.300 o incluía no artigo 3º. com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder. A Lei nº. 8.666 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º)."

Podemos conceituar, portanto, a probidade administrativa como sendo um conjunto de regras de conduta a serem observadas pelo Administrador, sob o risco de incorrer nas sanções estabelecidas para os chamados "Crimes de Improbidade". A moralidade administrativa abrange a probidade, consistindo nos conceitos éticos que deverão embasar todas as atividades concernentes à Administração Pública, entre eles estando o exercício honesto da função pública pelo administrador, inerente ao conceito de 'probidade administrativa'.

Outra sutil diferença entre a moralidade e a probidade administrativas é bem delineada por Flávio Amaral Garcia (2010, p. 5):

“A moralidade alcança não apenas o administrador público, mas também os licitantes. A despeito do seu caráter subjetivo – já que moral é um conceito aberto, sujeito a variações da época, de locais e de pessoas – implica a observância de comportamento ético no transcorrer das licitações públicas.”
(grifou-se)

Obviamente, por ser um conceito subjetivo e aberto, a moralidade relaciona-se intimamente com os demais princípios contidos no *caput* do art. 37 da CRFB. CARVALHO FILHO (2005, p. 191) correlaciona o princípio da moralidade com o da impessoalidade, aduzindo que:

“No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não-impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio. [...] O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.”

Inúmeros são os casos apresentados pela mídia em que se evidencia a corrupção do administrador público, o conluio entre licitantes, a prática das licitações ‘direcionadas’, a fim de favorecer determinado licitante, entre outras práticas imorais, e, por conseguinte, ilegais, impessoais e ímprobas. A fim de enfatizar a necessidade de decência nas práticas da Administração Pública, e a fim de proteger os direitos dos administrados, o constituinte originário inseriu na Carta de 1988 o princípio da Moralidade como um dos nortes do exercício das funções públicas. Entre as funções públicas do administrador está a aquisição de bens, serviços e obras quando for do interesse público, mediante prévia licitação – obrigação, frise-se, imposta pela Constituição. Logo, *a contrario sensu*, a realização de certame licitatório, desde que tal procedimento esteja em conformidade com os preceitos descritos nas normas gerais de licitação contidas na Lei 8.666/93 (*verbi gratia*, o julgamento objetivo, a vinculação ao edital e a adjudicação compulsória ao vencedor), e nas demais legislações correlatas, assegura que a atividade pública que precede as contratações da Administração está sendo realizada de forma íntegra e, portanto, moral.

Por derradeiro, vale colacionar excerto de julgado da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que, brilhantemente, o voto do Relator, Min. José Delgado, defende a moralidade administrativa diante de caso concreto, em que o Prefeito do município de Guarulhos era acionista majoritário de empresa que se sagrou vencedora em determinado certame licitatório naquele município:

“RECURSO ESPECIAL Nº 579.541 - SP (2003/0129889-6)

Da ofensa ao Princípio da Moralidade

Má-fé

Lesão ao erário público

A CF de 1988 dispõe, expressamente, que o Direito Administrativo, ao ser aplicado a fatos concretos, está subordinado a princípios explícitos: da legalidade (art. 5º, II, 37, *caput*); da impessoalidade (art. 37, *caput*); da publicidade (art. 37, *caput*); da moralidade (art. 37, *caput*, 85, V); da eficiência, conforme está no *caput* do art. 37; o da igualdade ou da isonomia (art. 5º, *caput*); da boa-fé.

[...]

Enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração.

A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio. Insurge-se, assim, o administrado, com base em preceito constitucional, contra o erro, o dolo, a violência, a arbitrariedade e o interesse pessoal quando presentes na prática da ação administrativa pública.

A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados que a formam, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance da imposição do bem comum.

Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. **Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, obrigada a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado.**

[...]

O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. **Assim, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando foge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos públicos ou privados; quando a ação é maliciosa,**

imprudente, mesmo que somente no futuro uma dessas feições se tornem visíveis.

[...]

No presente caso, e como sobejamente enfocado pelo Tribunal *a quo*, trata-se de uma licitação em que a moralidade administrativa foi desprezada, pois o Prefeito tinha perfeita ciência de sua condição de acionista majoritário da empresa que concorreu e saiu vencedora do certame. No cumprimento de todos os princípios que informam a atividade administrativa, não se admite que o agente público, sob qualquer pretexto, afaste-se dos limites que são impostos. Assim, no desenvolver da ação administrativa, a moral deve ser a meta para a qual, obrigatoriamente, o administrador público deve tender, levando sempre em conta que o seu procedimento de tal modo é indispensável ao bem comum da sociedade.

Portanto, nasce a obrigação de indenizar pela prática de ato nulo, causadora de presumido dano à moralidade administrativa (o dano é a ofensa aos princípios da legalidade e moralidade), cuja mensuração, para efeito de reparação material, tem por parâmetro o efetivo dispêndio feito pelo erário, como decorrentes despesas forçadas pelo ato ilegal.”

Vale sublinhar que o Superior Tribunal de Justiça, no caso acima, determinou a indenização obrigatória pela prática de ato que é nulo, pois danoso à moralidade administrativa. Frise-se, portanto, que a moralidade, quando violada, pode ensejar pleito judicial, uma vez que é direito subjetivo do administrado, e, sendo-lhe exigível, também é indenizável quando transgredida.

III. Conclusão

Ante todo o exposto, finalizo o presente concluindo que: (i) O Princípio da Moralidade é tutelado quando às contratações públicas precede o mecanismo da licitação, desde que tal mecanismo seja realizado em conformidade com os aspectos legais e éticos concernentes à função pública; (ii) O Princípio da Moralidade Administrativa configura um dever do administrador e um direito subjetivo do administrado; e (iii) A realização do certame licitatório nos ditames legais constitui, por conseguinte, respeito à ordem social e à cidadania, uma vez que assegura a observância ao elenco principiológico do *caput* do art. 37 da Carta Magna de 1988.

Dessa forma, constitui a licitação um mecanismo a partir do qual se impõe a observância da impessoalidade, dos preceitos legais e dos conceitos éticos que devem fundamentar o exercício da função pública. Por via inversa, sem o respeito a tais elementos, a licitação reputa-se como procedimento inválido, passível de anulação, como acima se examinou ao trazer à tona o caso que originou o REsp 579.541 –SP, julgado pela 1ª turma do STJ.

Ex positis, reitera-se o discurso do Exmo. Min. José Delgado, propondo o seguinte mote para reflexão: O respeito ao Princípio da Moralidade - e sua aplicação prática quando da realização de atos e procedimentos administrativos (v.g., a licitação) de forma honrosa, honesta e idônea – não se configura como espécie de “bônus” ao administrador, que, por estar assim agindo, cumpre a tarefa de “bem administrar”. O resguardo da Moralidade administrativa é imposição constitucional, cabendo ao administrador não a faculdade de “bem administrar” quando assim possível, mas o dever de melhor administrar em qualquer situação. À Moralidade administrativa não cabem exceções.

IV. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200**. 25 fev.1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De10200.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2300**. 21 nov. 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2300-86.htm#art90>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.666**. 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out. 1988 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm#art37>. Acesso em: 26 mar. 2011. BRASIL, STJ, Primeira Turma, REsP 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ 19/04/2004 p. 165*.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 13ª edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

DANTAS, Vinícius Borges. **As modalidades de licitação**. 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.25123>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 6ª Ed. Atlas, 1996.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)** – 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo** – 15ª. edição, atualizada por BURLE FILHO, José Emmanuel, BURLE, Carla Rosado e FRANCHINI, Luís Fernando Pereira. Malheiros: São Paulo, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 26º Ed. Malheiros: São Paulo, 2009.