

O Princípio da obrigatoriedade de licitar em suas perspectivas burocrática e democrática¹

Ronny Charles L. Torres²

Na coluna de hoje, diante de uma realidade recente, na qual se tem criado, cada vez mais, hipóteses de contratação direta (sem licitação) e possibilidades de beneficiamentos que restringem a participação de empresas, nos certames públicos, limitando a competitividade, faremos singelas ponderações sobre a base constitucional que, em nossa opinião, deveria ser usada como baliza, para evitar excessos que conspurcam os fundamentos constitucionais inerentes ao ambiente licitatório.

A realização de contratos pela Administração Pública exige, em regra, a obediência ao certame licitatório (princípio da obrigatoriedade). Contudo, há exceções a esta obrigatoriedade, que encontram fundamento no próprio texto constitucional. Cabe frisar que o inciso XXI do artigo 37, da Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade do procedimento de licitação para os contratos feitos pela Administração, já inicia seu texto com a ressalva aos “casos especificados na legislação”.

Nesse ponto, temos defendido que o princípio da obrigatoriedade (de licitar) se manifesta sobre três perspectivas: a burocrática, a democrática e a subjetiva³. Neste sucinto escrito, abordaremos as perspectivas burocrática e democrática.

Pela perspectiva burocrática, o princípio da obrigatoriedade estabelece ao Poder público, o compromisso de realizar licitações para contratar obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as hipóteses admitidas pela legislação (contratação direta).

¹ Este pequeno artigo é baseado em trecho de nosso livro *Leis de licitações públicas comentadas*, publicado pela Editora Jus Podivm.

² Advogado. Consultor Jurídico. Parecerista. Doutorando em Direito do Estado. Mestre em Direito Econômico. Pós-graduado em Direito tributário. Pós-graduado em Ciências Jurídicas. Coordenador da pós-graduação em Licitações e contratos, da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Já atuou, pela AGU, como Consultor Jurídico Adjunto da Consultoria Jurídica da União perante o Ministério do Trabalho e Emprego e Coordenador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: *Leis de licitações públicas comentadas* (15ª Edição. Ed. JusPodivm); *Licitações e contratos nas empresas estatais* (3ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). *Comentários à Lei de Improbidade administrativa* (2ª edição. Coautor. Ed. Jus Podivm). *Análise Econômica das licitações e contratos* (2ª edição. Coautor. Ed. Fórum).

³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 15ª edição. São Paulo: Jus podivm, 2024.

Pela perspectiva democrática, o princípio da obrigatoriedade impõe que seja protegido o direito dos particulares de, consagrada a isonomia, ter resguardada a possibilidade de participação na seleção necessária ao atendimento daquela pretensão contratual da Administração Pública, de acordo com as condições e exceções previstas pela legislação.

O constituinte admite ressalva ao princípio da obrigatoriedade de licitar, nas hipóteses especificadas pela legislação. Necessário frisar que essa condição, para admitir a ressalva (previsão legal), não se restringe à obrigatoriedade em sua perspectiva burocrática. As ressalvas à obrigatoriedade, em sua perspectiva democrática, também exigem fundamento legal.⁴

A Lei pode estipular hipóteses em que o gestor poderá prescindir da seleção formal (licitação), realizando a “contratação direta” (dispensa ou inexigibilidade), o que ressalvará a obrigatoriedade de licitar, em sua perspectiva burocrática. Outrossim, o legislador pode fixar possibilidades de exigência na habilitação, condições para participação ou mesmo estabelecer sanções com efeitos impeditivos, admitindo, então, restrições à obrigatoriedade de licitar, sob sua perspectiva democrática.

De qualquer forma, importante perceber que, por imperativo constitucional, as exceções ao princípio da obrigatoriedade, em sua perspectiva burocrática ou democrática, devem ser criadas por Lei, e não por ato infralegal. Assim, não cabe criação de hipótese de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade) por decreto, nem criação, no edital, de novas condições que, em desrespeito à isonomia, restrinjam a oportunidade de participação em certames licitatórios, sem fundamento legal.

No passado, em interessante julgado, o Tribunal de Contas da União, em Acórdão relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, ponderou que “o fato de o preço a ser cobrado da Administração ser o mesmo por qualquer empresa prestadora do serviço demandado não justifica, por si só, a contratação direta por inexigibilidade de licitação, uma vez que o procedimento licitatório, além de se destinar à busca da melhor proposta para a Administração, também deve propiciar aos possíveis interessados em prestar o serviço a possibilidade de competir pelo contrato sob igualdade de condições”⁵. Essa decisão, de forma correta, percebe a perspectiva democrática do princípio da obrigatoriedade, que se manifesta pela proteção ao direito relativo dos particulares de participar do certame, disputando a contratação pública.

Assim, não é possível, por ato infralegal, criar-se hipóteses de contratação direta, nem mesmo restrições à participação nas licitações públicas (por exemplo, novos parâmetros gerais de habilitação ou condições para participação), sem base legal. Obviamente, não se exigirá do legislador a descrição específica das regras de participação do certame, esta tarefa é delegada ao edital, o qual, contudo, deve ter seu

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 15ª edição. São Paulo: Jus podivm, 2024.

⁵ TCU. Acórdão 2585/2014-Plenário.

regramento baseado nas premissas estabelecidas pela Lei. Sem fundamento legal, as restrições à participação no certame devem ser consideradas inválidas.

Por fim, convém ponderar que, tratando-se de exceção à regra geral (obrigatoriedade de licitar), necessariamente, a competência legislativa para criar as ressalvas à obrigatoriedade (como se dá nas hipóteses de “contratação direta”), é da União Federal, tendo em vista a competência estabelecida pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, o qual outorga à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. O próprio TCU já externou entendimento, nesse sentido, firmando que as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, envolvem matéria a ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União⁶.

⁶ TCU, Acórdão 1785/2013-Plenário.