

## Podem as Cooperativas Participar de Licitação?

*Jair Eduardo Santana*

Mestre em Direito do Estado PUC – SP

e

*Fábio Guimarães*

Advogado

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Regime jurídico da licitação. 2.1. Procedimento licitatório eficiente. 3. Regime jurídico do cooperativismo. 4. Indisponibilidade do interesse público *versus* igualdade dos licitantes: o embate entre a Administração e o administrado. 5. Conclusões.

### 1. Introdução

Sempre que a Administração Pública contrata, seja realizando obras, organizando a prestação de serviços ou efetuando compras e alienações, utiliza-se da licitação pública por imperativo expresso no art. 37, inc. XXI, da Constituição de 1988. Essa é a regra que se excepciona nos estreitos casos legais.

Devido às inúmeras ocorrências do gênero e à diversidade de posições dos Tribunais – tocante à habilitação de sociedades cooperativas em procedimentos licitatórios – surge a necessidade de clarificar a matéria, indicando um processo que instrua a Administração Pública a respeito da colisão de princípios que se coloca presente, notadamente porque está superado o entendimento segundo o qual “a concorrência realiza-se através de um procedimento vinculado” (RDA 87:208).

Consideradas tais circunstâncias face ao fenômeno do cooperativismo – que estabelece uma espécie societária singular – impõe-se ao Poder Público (obrigado a licitar) a adoção de critérios de julgamento que, no caso concreto, ajustem seu juízo discricionário aos comandos constitucionais.

### 2. Regime jurídico da licitação

Sendo a licitação uma espécie de *agir da Administração Pública*, por evidência que tal atividade somente se desenvolve debaixo de princípios que regem todo o *atuar* correlato. Com efeito, a Administração Pública está permanentemente sob o comando de certos princípios decorrentes de seu regime jurídico e, por isso mesmo, a

eles deve obedecer quando efetua licitações. Afóra princípios específicos da licitação, o certame público traz à baila todos aqueles referidos aplicáveis à Administração em geral. Se bem que também se poderá dizer que a própria licitação é um *princípio* constitucionalmente imposto à Administração Pública, como se verá neste estudo.

Importante, nesse passo, iniciar dizendo que o *regime jurídico da Administração Pública*, como indica Maria Sylvia Zanella di Pietro (1994:57/59), designa “os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública”, caracterizando o direito administrativo, enquanto expressão do regime jurídico-administrativo, a série de prerrogativas e restrições que decorrem de sua disciplina, qual seja, a de “satisfazer interesses coletivos”, traduzida no *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, e a de “proteger aos direitos individuais”, decodificada no *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos\**.

\*Embora haja uma pluralidade de posições doutrinárias a respeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro, além de mencioná-las, reporta-se à legislação pertinente para se situar quanto ao *regime jurídico da licitação*. Assim, amparada no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, introduz o entendimento da própria licitação como princípio que se impõe à Administração Pública, visto ser necessário ao indisponível interesse público que ela escolha a proposta que melhor o satisfaça. Com base no art. 3º do Dec.-lei nº 2.300/86, di Pietro destaca como princípios afeitos à licitação: igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e todos os outros que lhes sejam correlatos; da Lei nº 8.666/93, de seu art. 3º, acrescenta à listagem os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Pelo primeiro princípio, estabelecem-se dois outros princípios, como se depreende da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996:28): o da “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com os particulares” (menciona, a propósito, os seguintes exemplos: “a presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público”); e o da “posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”, o que lhe enseja a capacidade de “constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral”. De sua conjugação, verifica-se a própria exigibilidade e o controle de validade dos atos administrativos (autotutela).

Por isso a supremacia em tela vem associada ao desempenho de funções administrativas que condicionam o exercício do poder público. O princípio da finalidade, orientado pelo atendimento dos interesses da coletividade, faz-se presente para esclarecer a superveniência de vício que inquinaria de nulidade ato praticado sob desvio de poder ou de fim.

O segundo princípio, o da indisponibilidade dos interesses públicos, portanto, relaciona-se com o anterior, por preceituar que os interesses públicos são inapropriáveis pela Administração, devendo servir aos propósitos da coletividade e cumprir os fins que se propõe alcançar; indiscutivelmente, a lei instrumentaliza esta emissão da vontade dos administrados. Assim, no regime jurídico-administrativo compreendem-se também os princípios da *legalidade*, da *continuidade do serviço público*, da *tutela*, da *impessoalidade*, da *publicidade*, da *moralidade* e da *eficiência*.

Ao entendimento de que a atividade administrativa deve ser vinculada à lei (art. 37, *caput*, da CF) pretende-se atrelar seu desempenho ao atendimento da vontade coletiva, ainda que haja uma margem de *discricionariedade ao administrador*. Importa, pois, que sua deliberação cinjase ao razoável e ao proporcional quanto à adequação de meios ao fim proposto; a exposição

de motivos jurídicos e fáticos que determinaram a tomada de certa providência, finalmente, compõe o princípio da legalidade.

Cumprir lembrar que a Lei nº 8.666/93 considera direito subjetivo de qualquer dos licitantes – melhor dizer qualquer do povo, haja vista a ação popular – fazer observar a lei. Carlos Pinto Coelho Motta (1995:30) destaca que a legalidade refere-se ao procedimento legal (art. 4º) e ao edital (art. 41).

O *princípio da continuidade* exprime a obrigatoriedade de a Administração desempenhar sua atividade de modo permanente, o que implica a manutenção ininterrupta do serviço público e o condicionamento do direito de greve dos servidores, afastando – relativamente – a *exceptio non adimpleti contractus* e, ainda, permitindo a encampação de concessões.

O *princípio da tutela* corresponde ao desempenho de poder decorrente da hierarquia, segundo o qual os órgãos da Administração zelarão pelo bom exercício administrativo, o que implica um poder disciplinar, também orientado pela “coerência harmônica do todo administrativo”, segundo noticia Celso Antônio Bandeira de Mello (1991:39).

O *princípio da impessoalidade* adquire duplo aspecto normativo: 1) de que a Administração não fará distinções entre os administrados, devendo tratá-los isonomicamente; e 2) de que o servidor não utilizará do órgão público para promoção pessoal, o que traduz a presunção de que todo trabalho feito pelos servidores se considera da Administração.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996: 319), “o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia”. O art. 3º, § 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.666/93 veda discriminações que frustrem o caráter competitivo do certame (lembramos que a competitividade é princípio implícito dirigido aos agentes públicos, expressão, aliás, que Carlos Pinto Coelho Motta exige interpretação extensiva – 1995:67), sendo que os arts. 44 e 45 do mesmo diploma legal velam pelo julgamento objetivo

das propostas e a prevalência do sorteio em caso de empate (o art. 3º, § 2º, *idem*, estabelece como critério de desempate a preferência de bens e serviços: 1) produzidos ou prestados por empresa brasileira de capital nacional; 2) produzidos no País; 3) produzidos ou prestados por empresas brasileiras).

Excetua-o o art. 3º da Lei nº 8.248/91 c/c Dec. nº 1.070/94 (aquisição de bens e serviços de informática e automação), art. 25 da Lei nº 8.080/90 c/c Portaria nº 944/94 (cobertura parcial de assistência à população por entidades filantrópicas), art. 171, § 2º, da Constituição Federal de 1988 c/c art. 60 do Dec.-lei nº 2.627/40 – mantido pelo art. 300 da Lei nº 6.404/76 (aquisição de bens e serviços produzidos no País por empresa brasileira), Dec.-lei nº 666/69 c/c Dec. nº 687/69 (obrigatoriedade de transporte em navio brasileiro) e art. 5º da Lei nº 8.913/94 (aquisição de insumos na merenda escolar, para fins de redução de custos, observada a regionalidade).

O *princípio da publicidade* impõe a divulgação de todos os atos administrativos, sendo direito fundamental a obtenção de informações do Estado (art. 5º, LXXII e XXXIV, da CF). Referir-se-á ao edital de licitação e dirá respeito às fases do procedimento, incidindo inclusive sobre a motivação de cada ato.

O *princípio da moralidade* dota o comportamento administrativo público de ênfase no governo com qualidade, vocacionado à honestidade no propósito de cumprir a lei.

O *princípio da eficiência*, insculpido na Carta Política dez anos após sua promulgação em 1988, imprime à prestação do serviço público a característica de ser adequado procedimentalmente e de ser produtivo, induzindo a Administração à otimização de resultados, melhor satisfazendo o interesse da coletividade.

A *probidade administrativa*, na esteira dos princípios da legalidade e da moralidade, reforça a compreensão da atividade administrativa sendo exercida dentro dos propósitos legais.

Já os princípios da *vinculação ao instrumento convocatório* e do *juízo objetivo*, pressupondo que cada processo licitatório terá seu regimento disposto em edital ou carta-convite, pos-

tulam a rigorosa observância da comissão licitante ao conteúdo do instrumento, mas também sua adequação aos demais princípios, já que a homologação da proposta ater-se-á a julgamento formal.

Seria desnecessário afirmar que a melhor proposta (configurada pela espécie escolhida) deverá ser vitoriosa. Não obstante, verificados inúmeros casos de desvio ou abuso de poder, firmou-se entendimento segundo o qual a Administração Pública atuará com eficiência também no processo licitatório.

Implica reconhecer que, ao licitar, a Administração assegurará igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inc. XXI, da CF), visando à celebração de contrato que melhor atenda a suas finalidades, desde o instante em que proceda à elaboração do instrumento.

Assim, ao contratar obra, serviço, aquisição ou alienação, a Administração direta, autárquica e fundacional, regidas pela Lei nº 8.666/93, as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a partir da Emenda nº 19/98 (ainda carentes de lei específica), deverão convocar todos aqueles hábeis ao certame, seja pessoa natural ou pessoa jurídica.

Consoante posição de Carlos Pinto Coelho Motta, são *princípios correlatos* aos demais: o da *padronização* (art. 14, inc. I, da Lei nº 8.666/93), que recomenda o estabelecimento de modelo editalício; o da *oposição* (implícito no art. 3º) e *livre concorrência*, que apregoam a competitividade dos licitantes; e o da *motivação e razoabilidade*, que estão implícitos no art. 3º.

Vê-se, pois, que descendendo diretamente da Constituição Federal e corporificando o Regime Jurídico da Administração Pública, os princípios elencados não podem ser afastados de qualquer certame visando ao contrato administrativo. E, mais, exige-se agora que a licitação, pelos contornos que possui e vimos, seja efetivamente *eficiente* consoante os termos aqui estudados.

### 2.1. Procedimento licitatório eficiente

O procedimento licitatório compreende uma etapa interna e outra externa.

A primeira, segundo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:348), ocorre no

“recesso da Administração Pública”, onde se confere a existência de requisitos para a instauração do certame; assim, licita-se caso haja um projeto básico, orçamento de obra ou de prestação de serviços e, sendo o caso, a previsão no plano plurianual (em se tratando de aquisições exige-se adequada caracterização do objeto e indicação de recursos orçamentários – art. 14 da Lei nº 8.666/93). Fica também no âmbito da fase interna o exame das vedações quanto ao objeto da licitação (se faltar previsão de recursos para a execução – art. 7º, § 3º, de materiais – art. 7º, § 4º, se incluir bens ou serviços inapropriados – art. 7º, § 5º) e quanto aos afluentes (impede-se que seja membro da comissão de licitação quem esteja sob sanção administrativa e quem elabora o projeto básico, inclusive a empresa que vier a dirigir). Nulo é o certame se não atender a esta etapa (art. 7º, § 6º, da lei).

A etapa externa da licitação consiste, basicamente, na sua abertura, no exame dos afluentes, no exame das propostas, na confirmação do resultado e na outorga do objeto. Excetuadas as modalidades de concurso e leilão, tais fases podem variar, conforme se trate de concorrência, de tomada de preços ou convite.

A concorrência, conceitua-a Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:336), “é a modalidade licitatória genérica destinada a transações de *maior vulto*, precedida de ampla publicidade, à qual podem acorrer quaisquer interessados que preencham as condições estabelecidas”. Há o edital, a habilitação, o julgamento, a homologação e a adjudicação.

O edital observará seus respectivos prazos (art. 21, *idem*), devendo fixar as condições do certame. Nele já ocorre a delimitação do universo dos concorrentes. Podem ser vícios do edital, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:357): “indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas”, “impropriedade na delimitação do universo de proponentes”, “caráter aleatório ou discriminatório dos critérios de avaliação de proponentes e propostas” e “estabelecimento de trâmites processuais cerceadores da liberdade de fiscalizar a lisura do procedimento”.

A habilitação corresponde à fase de análise da aptidão dos concorrentes, em quatro parâme-

tros: jurídica (art. 28), fiscal (art. 29, que aduz apenas à regularidade), técnica (art. 30) e econômico-financeira (art. 31).

Cumpra observar que a habilitação caracteriza-se pela apresentação dos documentos necessários à análise específica da aptidão dos licitantes. Eventuais vícios podem ser, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:366), “infringência dos dispositivos legais e desatenção às condições pertinentes estabelecidas no edital”, tais como exigências de documentação excessiva, de índices de capacidade econômica ou técnica desproporcionais.

“A tomada de preços, destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se: (a) às *pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo*, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes e (b) aos que, atendendo às condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para abertura das propostas, o requeiram e sejam, *dessarte, qualificados*” (Bandeira de Mello, 1995:337).

Transcorrerá prazo de quinze dias corridos, no mínimo, entre a data de publicação e a de recebimento das propostas; se se tratar de tipo, trinta dias (art. 21, § 2º, I, *b, idem*). Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser lícito o cadastramento feito até três dias antes do recebimento das propostas.

A habilitação é feita, no caso, pelo cadastramento, hipótese na qual haverá a apresentação dos documentos mencionados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93 (art. 36 da lei). Aos cadastrados emitir-se-á certificado de cadastramento, válido por até um ano (art. 36, § 1º, *idem*), que poderá ser alterado pela Administração, conforme o cadastrado decaia de sua condição (art. 37 da lei). Pode haver registro de preços selecionados de concorrência, que serão atualizados e validados por até um ano (art. 15 da lei).

“O convite é a modalidade licitatória, cabível perante relações que envolvam os *valores mais baixos*, na qual a Administração ou convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operem no ramo pertinente ao objeto, *cadastrados ou não*, ou afixa no local

próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que *hajam manifestado seu interesse* até 24 (vinte e quatro) horas antes da apresentação das propostas” (Bandeira de Mello, 1995:338).

Transcorrerá prazo de cinco dias úteis, no mínimo, entre o envio da carta-convite ou sua disposição e o recebimento das propostas (art. 21, § 2º, IV, da lei), não havendo habilitação dos afluentes.

Eis a exposição resumida dos procedimentos que devem buscar, dentre outras coisas, a otimização de resultados adequados tanto à coletividade quanto à Administração.

Passemos à análise do cooperativismo.

### 3. Regime jurídico do cooperativismo

No Brasil, a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, define a política de cooperativismo, instituindo o regime jurídico das sociedades cooperativas.

Como se depreende de seu art. 4º, *caput*, as cooperativas:

“São sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados (...)”.

Em seus incisos, o art. 4º ainda destaca suas características: 1) adesão voluntária: refere-se à liberdade de ingresso e de retirada dos cooperados; deve-se observar, quanto à associação, a viabilidade técnica da prestação de serviços da cooperativa (exige-se o mínimo de vinte pessoas físicas como associados – art. 6º, inc. I). A adesão fica vinculada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços, podendo ser também restringida a pessoa de determinada atividade (art. 29, § 1º); 2) variabilidade do capital social, representado por cotas-partes, às quais se pode limitar a responsabilidade do cooperado (arts. 11 e 12); 3) limitação do número de cotas-partes para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, caso seja mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais (restringe-se a um terço a subscrição – art. 24, § 1º, com a exceção do § 2º); 4) inaccessibilidade das cotas-

partes do capital a terceiros; 5) singularidade de voto, exceto para cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, que podem adotar critérios de proporcionalidade; 6) realização de cálculo de *quorum* sobre número de associados; 7) reembolso das sobras líquidas do exercício pelo cooperado, segundo sua contribuição à cooperativa (destinar-se-á 10% deste montante para o fundo de reserva e 5% para o fundo de assistência técnica, educacional e social – art. 28); 8) neutralidade política e indiscriminação social, racial e religiosa, observados os preceitos constitucionais; 9) prestação de serviços aos associados e, se previsto estatutariamente, aos empregados da cooperativa.

Em se considerando que os atos praticados entre as cooperativas e seus associados não importam em operação de mercado nem em contrato de compra e venda (art. 79), afere-se regime especial desta espécie de empresa pelo teor dos arts. 87 e 111, incidindo tributo sobre renda decorrente apenas de operações realizadas com terceiros.

Não se estabelecendo vínculo empregatício dos associados com a cooperativa (art. 90), não há que cogitar de créditos trabalhistas ou previdenciários.

### 4. Indisponibilidade do interesse público versus igualdade dos licitantes: o embate entre a Administração e o administrado

Pelo que se expôs até aqui, tem-se um plexo de princípios que se relacionam para instruir o regime jurídico ao qual se sujeita tanto a Administração Pública como também o procedimento licitatório que se lhe impõe.

Em se considerando a pretendida habilitação de sociedade cooperativa, cujo estatuto jurídico a privilegia em relação a outras espécies societárias em licitação pública, surge um *conflito de princípios*: o interesse público, que, concomitantemente, ampara o tratamento desigual em lei às sociedades civis licitantes e reivindica a otimização do serviço público, e a igualdade de tratamento dos que se propõem à habilitação em certame.

Segundo consta da Consulta nº 439155 ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (*Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 25, nº 4, pp. 182/195; em confor-

midade com parecer publicado no vol. 19, nº 2, pp. 249/255, onde ficou exposta esta posição, mencionando-se ainda a falta de preço certo e justo apresentado por cooperativa), não se admite a participação de cooperativa em procedimento licitatório, por violar o princípio da igualdade entre os licitantes (em virtude do regime jurídico de sociedade cooperativa), e pelo interesse público, incompatível com a finalidade de cooperativas (prestação de serviços aos cooperados); neste último sentido, referindo-se à terceirização de mão-de-obra, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgado da 4ª Câmara Cível de 22 de agosto de 1996, também entendeu pela não-admissão desta espécie societária.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União (Processo nº 4.908/95-3), tratando de tomada de preços, admitiu a presença de sociedade cooperativa em licitação. O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (Parecer nº 211, de 16 de abril de 1998), quanto a serviço de segurança pública, e o Tribunal de Contas do Paraná, quanto a concessão de direito real de uso, admitiram contratação com sociedade cooperativa, mas em caso de dispensa de licitação.

O Tribunal de Contas do Paraná, em Pareceres de nºs 309/97 e 21178/97 (*BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, vol. 9/88, Editora NDJ, São Paulo, pp. 452/454), aceitou participação de sociedade cooperativa em licitações de serviços de caráter material e acessório. Em decisão de 29 de março de 1994, o mesmo Tribunal entendeu por sua admissão, desde que em igualdade de condições (o *BLC – Boletim de Licitações e Contratos* de maio de 1997 explicita esta condição: se se computarem gravames legais comuns na proposta, por força do art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93).

A doutrina, bem assim a jurisprudência, como se viu, não chegaram a um consenso sobre o tema e, ao que parece, não dimensionaram com precisão os pontos fundamentais regentes da espécie. É que a análise da situação, sob nossos olhos, demanda aprofundamento ao nível principiológico que dá sustentação às posições conflitivas mencionadas.

Como a colisão de princípios pressupõe sua validade, não se cogita nem da invalidade, nem da existência de uma cláusula de exceção, mas,

sim, da precedência de um sobre o outro, como Robert Alexy o afirma (1993:89) em sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Importa aqui verificar as condições de uma lei de colisão, por ele formulada, sobre a experiência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha.

Em sua análise da jurisprudência do referido Tribunal, Alexy entende ser necessária uma ponderação em relação a “qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto” (1993:90), quando há colisão de princípios. Explica também o que vem a ser a ponderação: estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios que se justifique racionalmente (embora não seja frequente, há possibilidade de ocorrer uma precedência incondicionada de certos princípios – ex.: dignidade da pessoa humana).

As condições que inspiram a precedência de um princípio, por determinarem sua aplicação, tornam-se, pois, pressupostos de sua própria norma; será regra, então, que a consequência jurídica do princípio precedente ocorre sob condições específicas.

Entendendo por princípio aquelas “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (ainda segundo Alexy, 1993:86, “os princípios são comandos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”), resta compreender sua fundamentação racional, a partir das três *máximas parciais* da proporcionalidade: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito.

Esta última refere-se, na verdade, à ponderação, na qual as possibilidades jurídicas são conferidas, enquanto que às hipóteses fáticas conectam-se as máximas da necessidade e da adequação.

Pressupondo que um princípio fundamenta a prossecução de um fim determinado através de meios variados, sua satisfação supre uma necessidade, concretamente, na medida em que

se realiza algum dos meios previstos. No caso de colisão, prevalecerá o meio que otimize a realização de certo fim desde que não prejudique a finalidade constante de princípio com o qual colida. Neste caso, à necessidade agregar-se-á a ponderação.

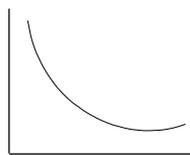
A adequação postula justamente a obrigatoriedade da aplicação do meio que seja idôneo aos fins dos princípios em colisão e sua proibição no caso de cercear algum destes.

Neste procedimento decisório impõe-se a fundamentação racional dos *enunciados de preferência*, especialmente das regras, segundo as quais as condições implicam conseqüências jurídicas (Alexy, 1993:159, fornece exemplos de argumentos racionais: a “vontade do legislador constitucional, as conseqüências negativas de uma determinação alternativa de preferência, os consensos dogmáticos e as decisões anteriores).

Baseado nas ponderações feitas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy apresenta a regra de formulação das mesmas: “quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro” (1993:161); chama-a lei da ponderação.

Recorrendo às curvas de indiferença para esclarecer o sentido estrutural da ponderação como um critério de decisão racional, Alexy relaciona o grau de importância da satisfação de um princípio com a satisfação, ou não, de outro (1993:163):

GRAU DE SATISFAÇÃO DE P1



GRAU DE IMPORTÂNCIA DA SATISFAÇÃO DE P2

Tal modelo vincula a ponderação a uma teoria da argumentação jurídica, particularmente por se aduzirem argumentos empíricos (referentes às peculiaridades do objeto da decisão e suas conseqüências), mas também valorativos (no caso das questões normativas, como o seriam os direitos fundamentais).

Assim, como a fundamentação jurídica trata sempre de questões práticas (“do que está ordenado, proibido ou permitido”), a argumentação

jurídica desenvolver-se-á por uma série de condições restritivas que juridicizam o discurso, através da sujeição à lei, aos precedentes judiciais, à dogmática e, por vezes, a valorações adicionais.

Embora a atuação de princípios conduza à de valores, sendo possível a mesma estruturação semiológica, há uma fundamental diferença entre eles: os princípios são conceitos deontológicos (de comando, proibição, permissão e de direito a algo), enquanto os valores são de ordem axiológica.

A valoração traduz a atividade de elaborar um juízo de valor, que pode ser classificatório (bom ou mau), comparativo (X é melhor que Y) ou métrico (vale tanto). Contudo, para dizer que algo tem um valor, torna-se necessário o emprego de critérios de valoração, caracterizados por sua relatividade (intrínseca), e de regras de valoração, que, na maioria das vezes, contêm vários pressupostos; assim, o critério será utilizado em diferentes situações a partir da negação de outros, e a regra, por sua vez, reivindica uma série de características que lhe determinam incidência. Importa destacar a semelhança da relação critério/regra com princípios/regras.

Em plano constitucional, o juízo comparativo, além de ser por evidência o mais importante, ao associar-se a critérios de valoração, indica a relação entre princípio e valor, sublinhada a distinção a ser feita segundo a qual, quanto àquele, algo é devido e, quanto a este, algo é melhor.

Contemporaneamente, há teorias morais procedimentais que recomendam a racionalização do discurso pelo emprego de regras de argumentação consentâneas com o procedimento discursivo, que, segundo Alexy (1993:531), teria quatro níveis: discurso prático geral, procedimento legislativo, discurso jurídico e procedimento judicial.

No primeiro existiria apenas um código geral da razão prática que, não obstante, permite resultados, decisões diversos. O segundo caracterizar-se-ia por um procedimento institucionalizado de argumentação e deliberação, mas que também não esgota as soluções caso a caso. O discurso jurídico sujeita-se à lei, à jurisprudência e à dogmática, mas, apesar de precisar resultados, reivindica o procedimento judicial, em que se precisa o resultado racionalmente, dadas as restri-

ções anteriores (no caso de uma argumentação *iusfundamental*, substituir-se-á o procedimento legislativo pelas disposições *iusfundamentais*, situadas na lei – o texto destas e a vontade do constituinte; nos precedentes do Tribunal Constitucional; e nas teorias normativas da dogmática *iusfundamental*).

Klaus Günther, em *The Sense of Appropriateness*, obra de 1993, no entanto, discorda de Alexy, por entender ser temerária a projeção de valores numa teoria da estrutura normativa, ainda mais se utilizada em colisões de normas: “o problema (...) consiste no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deveriam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade” (*apud* Cattoni, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 85:107).

Günther sugere um modelo com três níveis de aplicação – destaque-se que o discurso de justificação remete ao princípio de universalização, relativo à validade normativa, e o de aplicação, ao de adequabilidade (“coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação”, *ob. cit.*, p. 243): “no primeiro nível, justificação e aplicação não podem ser distinguidas, pois a validade de uma norma acarretaria sua adequabilidade, já que ambas são estabelecidas de modo independente da situação e do contexto. (...) No segundo nível, o contexto específico entre ego e alter pode ser visto de uma perspectiva de um, embora específico, sistema social. (...) Mas é somente num terceiro nível que a validade de uma norma passa a ser determinada no ‘universo do discurso’, de um modo independente da situação, o que leva a uma clara separação entre justificação universal de normas e aplicação normativa sensível ao contexto” (Cattoni, *ob. cit.*, p. 109; mais adiante, na p. 110, arremata: “assim, um juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pendentes que sejam relevantes em um dado ponto, com vistas a uma interpretação completa da situação. Ao juiz, então, cabe desenvolver um ‘senso de adequabilidade’”).

Devido à vinculação do modo pelo qual se exercita o poder ao princípio democrático, firmouse, desde 1956, o entendimento doutrinário em

torno da “democracia administrativa”, como informa Odete Medauar (*A Processualidade no Direito Administrativo*, 1993:85), referindo-se a Ana Lúcia Berbert Fortes: “torna-se um princípio da Administração Pública o devido processo legal, na medida em que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito e estendeu esse princípio aos processos administrativos”.

Assim, a “combinação dos incs. LVI e LV do art. 5º (da CF/88) resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo” (Medauar, *ob. cit.*, p. 83; a propósito, a Súmula nº 21 do STF assegura em processo administrativo a ampla defesa).

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 1995: 24/25), o juízo discricionário que comparece no julgamento da habilitação em procedimento licitatório desempenha-se validamente caso se atenha aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da razoabilidade e, preferimos dizer, por que não, também ao da eficiência.

Em matéria de licitação, o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração Pública invalidará as exigências estabelecidas no ato de convocação que impliquem distinções em benefício ou prejuízo de determinado licitante, salvo se pertinentes ao objeto do contrato; segundo os arts. 28 a 31, somente será exigida apresentação de documentos (dos licitantes) que tenham relação com o objeto do contrato; como se depreende do art. 45, os critérios previstos no instrumento convocatório “não podem acarretar subjetividade no julgamento nem tornar incerta a operação através da qual a Administração selecionará a proposta. Quando existir pluralidade de fatores de julgamento, o edital deverá descrever, de modo preciso, como será avaliado cada fator” (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações*, 4ª ed., p. 288).

Enfim, a comissão de licitação fará exame objetivo da proposta, sob pena de anulação do procedi-

mento se este não satisfizer o interesse público, como recomenda Justen Filho (4<sup>a</sup> ed.: 289).

### 5. Conclusões

Em razão da discricionariedade presente no julgamento – ainda que objetivo – feito pela Administração Pública quanto à habilitação de candidatos à contratação, impõe-se o emprego de critérios no procedimento licitatório que viabilizem a ponderação dos princípios que vinculam o Poder Público.

Assim, em se considerando que o próprio ordenamento jurídico cria uma espécie societária com regime próprio que a diferencia das sociedades civis e comerciais (a cooperativa), importa que o legislador e o administrador atenham-se aos preceitos constitucionais e legais aplicáveis à licitação, zelando por sua validade.

Não obstante a diversidade de decisões quanto à matéria, quer-se aqui deixar seguro o entendimento de que a *sociedade cooperativa não pode ser absolutamente alijada de procedimento licitatório*, devendo ser avaliada sua habilitação e classificação de acordo com o raciocínio de *ponderabilidade* que também deverá relevar o interesse público traduzido pelo objeto da licitação.

### Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 8<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 4<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Aide, 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Licitações e Contratos*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Prestação Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: contribuição para uma compreensão constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, vol. 85, pp. 101/123, julho de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Petição nº 69.427, rel. Desembargador Médici Filho, *RDA*, vol. 87, pp. 208/211.