

Administrative competition procedures

rdai.com.br /ojs/index.php/rdai/article/view/262



Carlos Ari Sundfeld Getúlio Vargas Foundation (São Paulo, São Paulo, Brazil)

DOI: <https://doi.org/10.48143/RDAI.16.sundfeld>

Keyword: Administrative procedures, competition, public interest, various forms

resume

1. Introduction

In carrying out the public interest, in its various forms, the Public Power is obliged to use or relate to private individuals. On the one hand, they are called to a paid collaboration with the State, which can be established by multiple means. Examples are: a) the purchase of goods or services that the Administration needs; b) the concession or permission to provide a public service; c) the admission of individuals as employees and servants. On the other hand, the implementation of the public interest can occur with the granting of the right to enjoy a public good or service. As for assets, the State employs techniques ranging from disposal to the granting of the right to use real estate, including leasing, mining rights, etc. As for services, to fulfill their purpose, the Public Power chooses individuals who can use them. Sometimes, in this case, p. the use of a public service, it is possible for the Administration to offer it to any and all interested parties. Most of the time, however, the relationship with the individual creates a benefit for the individual that cannot be granted to all interested parties. A limited service, such as telephony, higher education; a contract for the construction of a specific work; the right to use a property; cannot, given material restrictions, be granted to all individuals. It is necessary, then, that, among the universe of qualified stakeholders, the Administration choose one or a few. How to make this choice? A private entrepreneur who, in his activity, if it faces the need for such an option (with which supplier will it hire? Who will be its employee?), it will decide freely. If there are dozens of people interested in the job, you can choose your child, for being your child, or any other, for being better. You will choose supplier A, your friend, or B, the most specialized, or X, which offered a good price. In short, you can freely choose the criteria for your choice. When the question arises for the Public Power, the situation is different, since the ends of the state activity are not elected by the administrator, but imposed by the legal system. Among the principles that govern it are equality and good administration. Equality which, enshrined in art. 153, § 1, of the Constitution of the Republic, it requires equal and impartial consideration of the expectations of multiple stakeholders in establishing the relationship with the State. Good administration, which, contrary to the fundamental principle of the Constitution, obliges the administrator to choose, among the interested parties, precisely the one who

demonstrates the aptness to attend, in the most appropriate way, the public interest at stake. The state's will, therefore, is not free, but subject to current purposes. In the case under discussion - the institution of a direct benefit to the individual, which cannot be disseminated among all qualified interested parties - the act of choice must be absolutely in tune with the principles of equality and good administration. This compatibility is not simple, but requires the management of an extensive network of criteria, that enable the differentiating characteristics of the various stakeholders to be identified and valued in a precise way. Thus, there is a need for a strict control of the formative process of the state will, in order to guarantee respect for such principles. This is because the simple examination of the final act of choice does not make it possible to gauge your attunement with them. Indeed, when it comes to comparing the advantages of choosing one or the other interested, the factual universe involved is almost infinite and, without it being ordered with method, you will never know how it was considered. For clarity, we present two examples of state acts, one deciding a dispute between thousands of applicants for a vacant position as a doctor and the other granting a building permit. In the case of the license, the agent's intellectual operation to verify the project's compatibility with legal requirements is relatively simple, because the factual universe to be considered is not very extensive (dimensions of the terrain, number of floors, setbacks, etc.) When filling the position of doctor, the operation the agent's intellectual property is much more sophisticated: it is not enough to examine the characteristics of a particular doctor (his background, experience, suitability, etc.) and to confront them with certain legal requirements. It is necessary, first of all, to know the universe of the interested parties. Then, find out which ones meet the minimum admission requirements. Finally, compare, among all the apt ones, the personal qualities, in order to know who is the best. You see the complexity of processing these data and gave control. Is the information about each candidate correct? Are the characteristics chosen for comparison suitable? Was their valuation always done with the same criteria? Was the weight of each characteristic in the final decision justified and identical for everyone? In the case of the license, even if the process for making the decision is unknown, it is usually possible to reconstitute it later, to ascertain the legality of the grant. In the doctor's appointment, however, this impossibility is noticeable. Thus, the process of formation of this decision must be rigidly established and monitored by the interested parties and by Organs state control bodies. To this end, the Law conceived a technique, that of "process" or "procedure", which channels the formative iter of the state will. It is a technique applied to all state activities - legislation, administration, jurisdiction - but which, as everyone knows, had its most accentuated development in the judicial sphere. In the administrative field, the phenomenon has deserved little interest, although it constitutes one of the most transcendent and fruitful fields of meditation for the jurist. However, for our happiness, it is precisely with regard to administrative competition procedures that the study of the matter is most developed, linked to the problem of bidding. Our study, therefore, has a narrow intention. It is not a question of returning to the theme of bids, which has already been dealt with in serious and profound works. We only need, as a contribution to a general theory of administrative procedure, to illuminate some little explored approaches. Indeed, the assumptions to which the bidding procedure applies do not exhaust all cases in which, by creating a direct personal benefit that cannot be generalized to all applicants,

a procedure is required. It is useful, then, to attempt a joint analysis of all procedures of the species, which had proved to be revealing. On the other hand, although there are some attempts to elaborate a general theory of administrative procedure - above all with the identification of its fundamental principles - they have been formulated with attention to other types of procedures (mainly disciplinary), without considering the cases now under analysis. Therefore, it is necessary to seek a connection between these studies, which, unduly, have been carried out in a completely autonomous way: that of the general theory of the procedure and that of tenders.

2 Fundamento da exigência do procedimento de competição

Tem sido longa a discussão doutrinária sobre os princípios da licitação, que os autores procuram organizar de acordo com a sua percepção do fenômeno. Valendo-nos da excelente resenha procedida por Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (Dispensa de Licitação, Ed. RT, 1980, pp. 10 e ss.), podemos enumerar os princípios mais frequentemente citados: igualdade, publicidade, fiscalização, obediência às cláusulas fixadas no instrumento de abertura, utilidade pública, legalidade, racionalidade, formalismo, sigilo das propostas, julgamento objetivo, adjudicação ao vencedor, competição, conveniência administrativa, finalidade e moralidade. Ninguém negará que, ao menos aproximadamente, todas as ideias expressas por tais “princípios” estão alojadas dentro da licitação, tal qual conhecida em nosso Direito. Porém, algumas delas têm hierarquia e densidade diferenciada, de modo a poderem abrigar em seu contexto significativo alguma ou algumas das demais. A nosso ver, tendo em conta inclusive a pretensão de analisar mais amplamente o fenômeno, é preciso distinguir, dentre tais ideias, duas séries delas. Inicialmente, a preocupação há de ser com o fundamento da exigência de um procedimento administrativo para a escolha do particular com quem a Administração vai estabelecer um liame jurídico. Em seguida, procurar quais são as técnicas de sistematização desse procedimento para fazê-lo adequado ao mesmo fundamento. É evidente a conexão entre os dois planos, mas a análise separada tem suas vantagens. Ao identificarmos o fundamento jurídico da exigência do procedimento, poderemos saber qual sua finalidade e, em consequência, em que casos ele é obrigatório. Ao definirmos as técnicas possíveis de sistematização do procedimento para que este possa realizar as finalidades apontadas, saberemos distinguir as técnicas obrigatórias, possíveis e vedadas. Esta forma de análise segue, em grandes linhas, a adotada por Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz que apartam, em tema de licitação, os princípios constitucionais dos infraconstitucionais. Assim, consideramos como princípios o da igualdade e o da boa administração, que fundamentam a existência do procedimento como já exposto na abertura deste trabalho. Ao invocá-los, podemos definir a abrangência da obrigatoriedade do procedimento: todas as hipóteses em que o Poder Público, ao estabelecer com um particular uma colaboração remunerada, ou propiciar-lhe o desfrute de um bem ou serviço público, criar para este um benefício pessoal direto que não pode ser concedido a todos os interessados aptos. O traço fundamental deste critério é a “criação de um benefício pessoal direto que não pode ser estendido a todos os interessados aptos”. Existem hipóteses em que o bem público é desfrutável por todos os interessados, como uma praça, uma rua, um ginásio de esportes. Nestes casos, porque não se vai restringir o universo de beneficiários, nem se cogita de um procedimento administrativo de competição. O mesmo para um serviço público, como o de transporte

coletivos, o de assistência médica etc. Sem embargo, em hipóteses tais, é possível a existência de um procedimento com finalidade mais restrita: verificar o atendimento, pelo interessado, de certos requisitos fixados em lei. O acesso a um ginásio de esportes pode ser limitado aos maiores de 14 anos, no gozo de perfeita saúde física e mental. No procedimento, verificar-se-á se o pretendente à admissão preenche os requisitos de lei e, só se verificada a aptidão, será deferido o pedido. Percebe-se facilmente que tal espécie de procedimento não se preordena à preservação da igualdade, que não chega a ser cogitada. Decerto que a isonomia há de estar atendida pelo legislador quando fixa os critérios para a admissão do sujeito, e preservada pelo Poder Público ao fazer sua aplicação. Mas seu atendimento não pressupõe um procedimento administrativo com esta finalidade específica, justamente porque decorre diretamente dos critérios adotados na lei. Assim, o procedimento terá outra finalidade, o de permitir a adequada aplicação da lei e seu controle pelo indivíduo, sem que sua falta, só por só, defina um atentado à igualdade. Contudo, quando vários sujeitos, todos aptos à obtenção de um benefício, são obrigados a disputar o direito a ele, a ausência de um procedimento administrativo gera automaticamente o agravo à isonomia. Quando a decisão da autoridade pressupõe uma comparação entre qualidades dos sujeitos, para a escolha da opção melhor, é impossível à lei conceber, sem um procedimento específico, técnicas para a decisão que não ensejem tratamento desigualado. Logo, o procedimento administrativo, que chamamos “procedimento de competição”, é indispensável. De outro lado, temos o princípio da boa administração, pelo qual o administrador está vinculado a encontrar, dentre os pretendentes aptos, o melhor para o interesse público, tendo em vista a defesa do patrimônio estatal, a moralidade etc. A ausência de um “procedimento de competição” regular prejudica não só os interesses dos particulares, mas compromete a descoberta desse “melhor” que, como dissemos, só pode ser feita através de uma adequada comparação de vantagens. Assim, mesmo quando os possíveis interessados componham seus interesses, formulando acordo para atribuir a algum deles o objeto em disputa (caso em que não mais estaria em pauta o problema da igualdade), o procedimento de competição é essencial à decisão, já que, sem ele, torna-se impossível um julgamento atento à boa administração. Os princípios da igualdade e da boa administração, conjugados, determinam a necessidade da adoção de técnicas procedimentais para a decisão. São o fundamento da exigência do procedimento. Contudo, como é evidente, não é qualquer procedimento que atende a tais princípios. Este deve ser ordenado por técnicas específicas, por princípios sistematizadores, especialmente concebidos em função da igualdade e da boa administração.

3 Princípios sistematizadores do procedimento de competição

Augustin Gordillo, um dos mais notáveis juspublicistas latino-americanos, preocupou-se em formular uma teoria geral do procedimento administrativo, através do qual, segundo diz, se manifesta toda a atividade estatal do tipo administrativo (Teoría General del Derecho Administrativo, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 646). Para tanto, procurou elencar os princípios que o informam, dos quais se destacam: a) Legalidade objetiva. Os procedimentos administrativos visam não apenas a proteção do indivíduo, mas também a defesa da norma jurídica. b) Oficialidade. O procedimento é impulsionado de ofício pela autoridade, inclusive no que atina à instrução probatória, mesmo quando resulte de provocação do interessado. Nele prevalece, à semelhança do

processo penal, a busca da verdade material, não meramente formal. c) Informalismo em Favor do Administrado. Aceitando uma ideia corrente — a de que o procedimento administrativo não se governa por formas estritas —, o autor adverte que este informalismo só se admite em favor do administrado: “é unicamente o administrado quem pode invocar para si a elasticidade das normas de procedimento, na medida em que elas o beneficiam” (ob. cit., p. 664). d) Devido Processo (Garantia de Defesa). O princípio da defesa em juízo é aplicável ao procedimento administrativo, por constituir um princípio geral do direito, desdobrando-se em: direito de ser ouvido, de oferecer e produzir prova e de controlar a produção da prova feita pela Administração. e) Contraditório. Aplicável sobretudo quando existirem interesses contrapostos no procedimento (concurso, licitações etc.), em nome da “participação igualitária dos interessados.”

Esta suma é encontrável, com maior ou menor desenvolvimento, nos vários autores que se preocuparam com a matéria. Não obstante, ao ensejo de examinar as técnicas de ordenação dos procedimentos de competição, ficará claro como tais princípios gerais não são aplicáveis em bloco a tais procedimentos, o que evidencia que não são gerais. De outro lado, vários dos princípios elencados pela doutrina como próprios da licitação, ou são princípios retores de todo direito administrativo ou de qualquer procedimento administrativo, de modo que, conquanto pertinentes, não servem para caracterizar a especificidade dos procedimentos de competição. Assim, sem preocupação com uma ordem específica, calha analisar rapidamente, sejam os princípios ditos gerais, sejam os princípios ditos da licitação, para saber da possibilidade de seu aproveitamento como princípios do procedimento de competição. Nesse estudo, não se pretende criticar ou contestar as propostas dos vários autores, mas apenas sistematizar, com outro objetivo e, portanto, de outro modo, os princípios por eles arrolados. Nestas condições, classificaremos tais ideias em três grandes chaves: a) inicialmente, os princípios comuns a todo o direito administrativo e que não apresentam feição diferenciada em tema de procedimento; b) em seguida, os princípios comuns a todos os procedimentos administrativos; c) por fim, os que se aplicam a algumas, mas não todas, espécies de procedimento.

1) No primeiro grupo, dos princípios encontráveis — ao menos em forma assemelhada — em todo Direito Administrativo, temos os da racionalidade, utilidade pública, finalidade, conveniência, julgamento objetivo e legalidade objetiva. 2) No segundo — o dos princípios gerais, aplicáveis a qualquer procedimento administrativo —, temos: a) o da oficialidade, como proposto por Gordillo; b) o da publicidade, vez que não se concebem procedimentos dos quais não tenha ciência ao menos o interessado; c) o da fiscalização, pois se todo procedimento, ademais de servir à aplicação objetiva da lei (o que interessa à Administração), existe para propiciar ao administrado um controle sobre o processo formativo da vontade estatal, segue-se necessariamente que o interessado tem direito de permanente fiscalização dos atos procedimentais; d) obediência ao ato de abertura do procedimento, que é uma aplicação específica do princípio do “respeito aos atos próprios” e que encontra abrigo em todos os procedimentos, como os sancionatórios (em que o ato de instauração circunscreve o campo para a defesa) e os de competição (como a licitação). 3) O terceiro segmento engloba princípios que não se aplicam a todos os procedimentos administrativos. O do informalismo poderá, em benefício do administrado, aplicar-se p.

ex. no procedimento sancionatório, para admitir uma prova absolutória não produzida no devido tempo. Mas não se aplica aos procedimentos de competição, em que a rígida seriação dos atos e termos processuais é condição essencial para a existência de uma disputa equânime. O princípio da verdade material, aceito de regra para os procedimentos sancionatórios, é inaplicável à licitação: a Administração não pode, ao julgar propostas, levar em conta senão a verdade contida nos autos do procedimento, descabendo basear sua decisão em vantagens ou desvantagens que, embora não decorrentes da proposta, sejam trazidas por outra forma a seu conhecimento. Por fim, o princípio da garantia de defesa só tem sentido em procedimento sancionatório, nenhuma repercussão podendo ter em procedimentos — como os de competição — em que não se trata de impor gravames a um acusado, mas de conceder benefícios a interessados. Postas estas considerações, entendemos possam ser extraídos três vetores básicos, necessariamente presentes em todo o procedimento dirigidos à produção de um ato gerador de benefício pessoal direto que não possa ser estendido a todos os interessados aptos: a) o da duplicidade especial; b) o da concorrência (contraditório); c) o do formalismo.

a) A publicidade, na licitação, p. ex., nunca pode ser dirigida a um único sujeito. Em primeiro lugar, deve sempre atingir vários interessados aptos, para que estes avaliem a conveniência de ingressar na disputa. Em segundo, há de permitir a fiscalização permanente e contemporânea ao certame por parte de qualquer pessoa. O mesmo não se dá com o procedimento sancionador, em que, inclusive para proteção do acusado, é possível a restrição da publicidade apenas a ele. b) A concorrência, ou contraditório, é princípio indispensável dos procedimentos da espécie, cujo objetivo é justamente comparar vantagens e desvantagens dos candidatos. Por força dela, a participação dos interessados no procedimento há de ser concebida de tal modo que enseje a oportunidade de uma comparação a mais possível objetiva, o que se obtém concedendo idêntica oportunidade de participação e julgando os candidatos pelos mesmos critérios. c) Por fim, o formalismo, vale dizer, a obediência a etapas rígida e previamente seriadas, é condição para lisura do certame, evitando a criação ad hoc de etapas que beneficiem concorrentes específicos. Isto é, em grandes linhas, o que há necessariamente de comum a todos os procedimentos de competição.

4 Utilidade do enfoque proposto

A análise a que se procedeu parece, à primeira vista, um exercício acadêmico, desconectado de qualquer aplicação prática. Para que servirá? É simples explicá-lo. A identificação dos fundamentos dos procedimentos de competição, ademais de fornecer as grandes balizas de sua sistematização, permite delimitar o campo de sua aplicação. Com isto, mesmo à míngua de lei, estaremos habilitados a afirmar a necessidade de um procedimento do gênero em casos outros que não os da admissão de funcionários públicos efetivos (em que há previsão constitucional específica — art. 97, §1º) e os hoje abrangidos pela licitação (normalmente previstos em lei). Assim, afirmaremos ser inconstitucional omitir o procedimento na admissão dos servidores celetistas ou dos sujeitos ao regime especial, na aceitação de estudante em universidade pública, na outorga de direito de uso de linha telefônica etc. Ademais, esclarece-se porque a legislação sobre licitações não trata de matéria financeira, o que pretendem alguns para atribuir competência legislativa à União, nos termos do art. 8º, XVII, “c”, da Carta da República. Ora ao se demonstrar que a licitação nada mais é que uma espécie de procedimento de

competição, que se une, na finalidade e sistematização básica, ao concurso, à seleção pública e ao vestibular — outras espécies — ter-se-á deixado fora de dúvida tratar-se de matéria administrativa, na qual União, Estados e Municípios legislam para si. Finalmente, teremos um norte jurídico para a solução das lacunas da lei. Se falta lei municipal sobre licitações, é correto que, ao invés de buscar-se diretamente o direito estatal ou federal, se pesquise antes a legislação municipal sobre procedimentos de competição, que poderá ser aplicada analogicamente ao caso no qual se pôs a lacuna.

Downloads

Não há dados estatísticos.

Biografia do Autor

Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas (São Paulo, São Paulo, Brazil)

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito SP, da qual foi um dos fundadores. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, criada em 1993, que mantém a Escola de Formação Pública – EFP, em parceria com a FGV Direito SP. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, da qual foi professor no Doutorado, Mestrado e Graduação (1983-2013).

Referências

Artigo originariamente publicado na Revista de Direito Público, São Paulo, ano XX, n. 83, p. 114-119, jul.-set. 1987.

This journal is licensed under

[Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](#) .

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND-SA 4.0). Submission and publication of articles are free; peer-reviewed; the journal uses CrossCheck (anti-plagiarism); and complies with the *COPE* Editors Guide - *Committee on Publication Ethics* , in addition to the Elsevier and SciELO recommendations. Check the [Rules for the submission and evaluation of the GDR](#) .

