Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP
Belo Horizonte, ano 1, n. 8, ago. 2002

Cooperativas e licitação

Jair Eduardo Santana

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, inciso 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 dimensionar a problemática indicando um processo que instrua a Administração Pública a respeito da colisão de princípios que se coloca presente (interesses públicos, de um lado, e interesses individuais, de outro. Ambos garantidos e protegidos pela Constituição Federal), notadamente porque está superado o entendimento segundo o qual "a concorrência realiza-se através de um procedimento vinculado" (Revista de Direito Administrativo, 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, adeqüem 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. Afora 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*.[1]

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 Constituição) pretende-se atrelar seu desempenho ao atendimento da vontade coletiva, ainda que haja uma margem de *discricionariedade ao administrador*. Importa, pois, que sua deliberação se cinja 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.

Cumpre lembrar que a lei n. 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 se refere 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 na manutenção ininterrupta do serviço público e no 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, incisos I e II, da lei n. 8.666/93 veda discriminações que frustem o caráter competitivo do certame (lembremos 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).

Exceptua-o o art. 3º da lei n. 8.248/91 c/c decreto n. 1.070/94 (aquisição de bens e serviços de informática e automação), art. 25 da lei n. 8.080/90 c/c portaria n. 944/94 (cobertura parcial de assistência à população por entidades filantrópicas), art. 171, § 2º, da Constituição Federal de 1988 c/c art. 60 do decreto-lei n. 2.627/40 - mantido pelo art. 300 da lei n. 6.404/76 (aquisição de bens e serviços produzidos no país por empresa brasileira), decreto-lei n. 666/69 c/c decreto n. 687/69 (obrigatoriedade de transporte em navio brasileiro) e art. 5º da lei n. 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. 5 º, LXXII e XXXIV, da Constituição de 1988). 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 *julgamento objetivo*, pressupondo que cada processo licitatório terá seu regimento disposto em edital ou carta convite, postulam a rigorosa observância da comissão licitante ao conteúdo do instrumento, mas também sua adequação aos demais princípios, já que a homologação da proposta se aterá 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, inciso XXI, da Constituição), visando a celebração de contrato que melhor atenda 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 n. 8666/93, as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, a partir da Emenda n. 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, inciso I, da lei n. 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 o 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 acaso 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 n. 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 mesma).

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

Cumpre observar que a habilitação se caracteriza 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 n. 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 n. 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, inciso 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) incessibilidade 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 e 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 se 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 439155 ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 25, n. 4, p. 182-195; em conformidade com parecer publicado no v. 19, n. 2, p. 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 a 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 n. 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 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 n. 309/97 e 21178/97 (Boletim de Licitações e Contratos, setembro de 1998, p. 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 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 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 e 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 freqüente, há possibilidades 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 conseqüência 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 parciales* 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 se conectam 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 às 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, à 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 mal), 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, onde se precisa o resultado racionalmente, dadas as restrições anteriores (no caso de uma argumentação *iusfundamental*, substituir-se-á o procedimento legislativo pelas disposições *iusfundamentais*, situadas na lei - o texto das mesmas e a vontade do constituinte; nos precedentes do Tribunal Constitucional; e nas teorias normativas da dogmática *iusfundamental*).

Klaus Günther, em *The Sense of Appropriatness*, 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", op. 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, *op. 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, firmou-se, desde 1956, o entendimento doutrinário em torno da "democracia adminitrativa", 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 incisos LVI e LV do art. 5º (da Constituição Federal de 1988) 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, op. cit., p. 83; a propósito, a Súmula 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, porque não, também ao da eficiência.

Em matéria de licitação, o art. 3º, § 1º, inciso I, da lei 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, 4 ª edição, p. 288).

Enfim, a Comissão de Licitação fará exame objetivo da proposta, sob pena de anulação do procedimento se este não satisfizer o interesse público, como recomenda Justen Filho (4 ª edição: 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 se atenham 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. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio*Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

_____ . *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal.*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 4ª edição. 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, v. 85, p. 101-123, julho de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Petição n. 69.427. Relator Desembargado Médici Filho. In: *Revista de Direito Administrativo*: v. 87, p. 208-211.

(*) O presente estudo foi elaborado com o auxílio do Dr. Fábio Guimarães que é advogado.

[1] 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, inciso 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 decreto-lei n. 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 n. 8.666/93, de seu art. 3º, acrescenta à listagem os princípios da legalidade, da impessoalidade e da

moralidade.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo. Cooperativas e licitação.*Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, ago. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7184>. Acesso em: 28 abr. 2020.