**Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrossistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios**

*Por: Jessé Torres Pereira Junior*

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Por: Marinês Restelatto Dotti*

*Advogada da União*

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios integrativos do regime diferenciado de contratações públicas. 2.1 Legalidade. 2.2 Impessoalidade. 2.3 Moralidade. 2.4 Igualdade. 2.5 Publicidade. 2.6 Eficiência. 2.7 Probidade administrativa. 2.8 Economicidade. 2.9 Desenvolvimento nacional sustentável. 2.10 Vinculação ao instrumento convocatório. 2.11 Julgamento objetivo. 3. Outros princípios aplicáveis ao RDC. 3.1 Motivação. 3.2 Razoabilidade. 3.3 Competitividade. 3.4 Segurança da contratação. 4. Conclusão.

**1. Introdução**

Dispõe o art. 3º da Lei nº 12.462/11:

> Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal preceitua que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vê-se, destarte, que o acima transcrito art. 3º reproduz os princípios elencados no texto constitucional e lhes acrescenta os da igualdade, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, estes, a seu turno, também arrolados no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira ensina que "Os princípios jurídicos condensam os valores fundamentais da ordem jurídica. Em virtude de sua fundamentalidade e de sua abertura linguística, os princípios se irradiam sobre todo o sistema jurídico, garantindo-lhe harmonia e coerência" (*Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2ª ed., p. 45, 2013).

A Lei do RDC, ao referir, em seu art. 3º, os princípios gerais a que deve obediência toda a Administração Pública brasileira e a eles aditar princípios setoriais ou especiais, propõe-se a integrar o RDC – nada obstante o seu âmbito temporal e especial restrito, dado haver sido concebido para presidir licitações e contratações de objeto vinculado a finalidades específicas ou transitórias – ao macrossistema jurídico administrativo constitucional das contratações e licitações públicas e ao sistema das normas gerais da legislação federal sobre a matéria, editada com cogência nacional, tal a competência privativa da União estabelecida no art. 22, XXVII, da mesma Constituição. Se o intento é autosuficiente ou se a harmonia e a coerência entre o subsistema do RDC, o sistema da Lei nº 8.666/93 (a lei das normas gerais) e o macrossistema constitucional dependerão de esforço interpretativo, é o que se verá nestes breves apontamentos.

**2. Princípios integrativos do regime diferenciado de contratações públicas**

Passa-se ao exame dos princípios tendentes a promover a integração do RDC no macrossistema constitucional e no sistema da Lei nº 8.666/93, por isto que reeditam tanto os princípios expressos na Constituição quanto aqueles que constam da Lei Geral das Licitações e Contratações.

**2.1 Legalidade**

Os agentes participantes dos processos licitatórios ou daqueles de que resulte contratação direta não podem conceder ou suprimir direitos, criar obrigações ou impor vedações incompatíveis com a ordem jurídica. Avança-se, no direito administrativo contemporâneo, da legalidade estrita para a juridicidade, entendida esta como a vinculação da Administração não apenas à lei formal, "mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo" (Aragão, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, nº 236, p. 63, abr.-jun. 2004).

O amplo quadro normativo da juridicidade, em que os princípios são também normas jurídicas cogentes, cujo descumprimento sujeita o infrator a sanções, almeja habilitar os agentes públicos a saber o que devem ou o que podem fazer (discrionariedade), à vista dos efeitos e consequências imputáveis a seus atos em face das normas jurídicas, que abrangem tanto princípios quanto regras positivadas. Tal quadro proporciona gestão que é técnica e com elevado teor de previsibilidade, sob avaliação por sistema de controles interno e externo, como definido no art. 74 da Constituição da República.

**2.2 Impessoalidade**

Impõe aos agentes considerar, de modo objetivo, o interesse público. Nas licitações, significa tratamento igual a todos os licitantes, afastados discrimens impertinentes.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira realça as duas faces do princípio: isonomia e proibição de promoção pessoal. A primeira acepção refere-se "à relação Administração- administrado..., é a própria aplicação do princípio da igualdade no Direito Administrativo. Daí que se diz que o princípio da impessoalidade relaciona-se com a ideia de finalidade pública... o Estado deve buscar efetivar a igualdade material e não se contentar com a igualdade formal... a igualdade deve ser interpretada e compreendida à luz da proporcionalidade: a igualdade pressupõe tratamento isonômico às pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, e tratamento diferenciado às pessoas que se encontrem em situação de evidente desigualdade. Igualdade, destarte, significa tratamento igual para os iguais e desigual, mas proporcional, para os desiguais. Os critérios para discriminação entre pessoas ('critérios suspeitos') somente serão legítimos se forem proporcionais" (*op. cit*, p. 98). Na segunda acepção, pondera o autor que as "realizações públicas não são feitos pessoais dos seus respectivos agentes, mas, sim, da respectiva entidade administrativa... A atuação do agente deve ser pautada pela efetivação do interesse público e deve ser imputada ao Estado" (p. 99).

Na aplicação do RDC à contratação de objetos pertinentes a grandes eventos esportivos internacionais, de impacto midiático, ou à implementação de programas de saúde, educação e transportes, atraentes de intensa mobilização social, pode imaginar-se a dificuldade de conter-se o agente, notadamente o político em função administrativa, nos limites do princípio da impessoalidade, em sua segunda acepção.

**2.3 Moralidade**

Licitação e contratação direta devem desenrolar-se em conformidade com padrões éticos prezáveis, o que impõe, tanto para a Administração como para os licitantes, "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé", como adverte o art. 2º, parágafo único, IV, da Lei nº 9.784/99 (processo administrativo federal).

Moralidade e legalidade não se excluem necessariamente, como se todo ato conforme à legalidade devesse ser considerado conforme à moralidade. Odete Medauar ilustra que seria imoral a compra de veículos luxuosos para uso de autoridades administrativas durante crise econômica e social, ainda que houvesse observado o devido processo legal (*Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 12ª ed., p. 126, 2008). E por duas evidentes razões, adite-se: a nenhuma justificativa da compra em face do interesse público e a afronta às prioridades do atendimento à crise e suas consequências para a população, em tais circunstâncias.

O respeito ao princípio da moralidade autorizaria, por exemplo, o questionamento sobre os custos de obras públicas, alterados a maior para o fim de atender a exigências de organismos internacionais promotores dos eventos esportivos, e suas repercussões sobre a utilização, após os eventos, dos equipamentos construídos e que deveriam constituir legado relevante para a população.

**2.4 Igualdade**

No âmbito das licitações e contratações públicas, a igualdade desdobra-se em duas obrigações impostas ao agente público: a primeira, de não admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições capazes de frustrar, restringir ou direcionar o caráter competitivo do procedimento licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 1º, I), bem como de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (o art. 5º da Lei nº 12.462/11 estabelece que "*O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias*"); a segunda, de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame. Nas contratações diretas, também se apresentaria a possibilidade de eventual direcionamento ilícito, na medida em que a escolha do contratado, nada obstante o seu teor discricionário, esgrimisse indevidamente com a satisfação dos requisitos expressos no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, quais sejam a justificativa do preço, a razão da escolha do contratado e, se for o caso, a caracterização da situação emergencial. Em qualquer hipótese, o tratamento isonômico é conduta que à Administração impõe, direta e expressamente, o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

**2.5 Publicidade**

Consubstancia-se no direito à informação dos atos da licitação (a partir da publicação do instrumento convocatório) e da contratação direta a qualquer interessado, segundo o disposto no art. 5º, XXXIII, da CR/88 ("*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*") e LX ("*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*").

Nos processos de licitação e contratação direta, a publicidade desempenha duas funções: amplia o acesso de interessados ao certame, deste elevando o teor de competitividade, e assegura o controle da juridicidade dos atos praticados. A publicidade não constitui requisito de validade do ato administrativo, mas de eficácia, vale dizer que a aptidão do contrato para tornar exigíveis direitos e obrigações, fica à espera da publicação do respectivo extrato (Lei nº 8.666/93, art. 61, parágrafo único).

Mas os atos irregulares não se convalidam com a publicação, tampouco os regulares a dispensam para sua exequibilidade (quando a lei ou o regulamento a exigir).

Na síntese perspicaz de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a "visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estrita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais, o sigilo é exceção" (*op. cit*, p. 102).

Não se percebe que compras, obras ou serviços licitáveis e contratáveis sob o RDC pudessem conter, ordinariamente, qualquer índice de sigilo que, justificadamente, as subtraíssem à publicidade.

**2.6 Eficiência**

O princípio, incluído na cabeça do art. 37 da CR/88 pela EC nº 19/98, manda a Administração Pública ater-se a parâmetros, previamente traçados, que garantam adequada relação custo-benefício e alta probabilidade de alcançarem-se os resultados de interesse público planejados. No RDC, a eficiência é objeto de contrato definido em regra específica, de sorte a incentivar o desempenho econômico do contratado, o que se conjumina com aqueles procedimentos e objetivos:

> Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.
>
> § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

A noção de resultado ingressa na gestão pública contemporânea pela porta do princípio da eficiência, que Juarez Freitas traduz como "direito fundamental à boa administração", observando ser a "administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleogicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação" (*Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, p. 21, 2007). A reforma administrativa do estado, veiculada pela Emenda Constitucional nº 19/98, sublinhou a premissa de que "Enquanto a Administração Pública burocrática se preocupa com os processos, a Administração Pública gerencial é orientada para a obtenção de resultados (eficiência), sendo marcada pela descentralização de atividades, especialização de funções e avaliação de desempenho" (Pereira, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. Rio de Janeiro, FGV, 7ª ed., p. 29, 2008).

**2.7 Probidade administrativa**

Exige lealdade e boa-fé dos agentes públicos no trato com licitantes e terceiros participantes dos processos de contratação, sejam estes antecedidos ou não de licitação. A Lei nº 8.429/92, em seu capítulo II, classifica os atos de improbidade administrativa como sendo os que importem enriquecimento ilícito do agente, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública (artigos 9º, 10 e 11). A jurisprudência se vem consolidando no sentido de que a configuração da improbidade pressupõe prova da culpabilidade do agente nos casos de prejuízo ao erário e descumprimento de princípios, e prova de dolo nos casos de enriquecimento ilícito. Por conseguinte,

distingue a improbidade da irregularidade ou da ilicitude derivadas de ignorância ou arbitrariedade.

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional, tem (art. 37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92) natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular , cujo objeto (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65) típico é de natureza essencialmente desconstitutiva e a Ação Civil Pública (anulação de atos administrativos ilegítimos) para a tutela do patrimônio público, cujo objeto típico é de (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85) natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1 T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008 AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; Res 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min.João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

3. É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.

4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido. (REsp 827.445 – SP).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611)."De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado,

incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido. (REsp 734984 / SP).

**2.8 Economicidade**

O princípio encontrava no Decreto-lei nº 200, de 1967, os primeiros sinais de sua configuração, constando de seu art. 14 que "*O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco*". Ganhou galas constitucionais ao ser incluído entre os elementos que devam ser objeto do controle externo da gestão pública, que o art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ante o dever de prestar contas imposto a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (parágrafo único).

A economicidade tanto se evidencia na esfera estritamente administrativa - quando estimula racionalização e simplificação - como na esfera financeira, como produto da redução de gastos nas contratações administrativas, decorrente de eficaz planejamento, de ampla e séria pesquisa prévia do valor de mercado do objeto a ser licitado, e da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que não é, necessariamente, a de menor preço, se desprovida a proposta dos requisitos estabelecidos, justificadamente, nas especificações de materiais e nos projetos básicos de obras ou serviços, na fase interna preparatória dos processos de licitação e contratação (Lei nº 8.666/93, artigos 7º e 14), tendo o RDC introduzido, aqui, substancial inovação ao permitir que o próprio adjudicatário elabore os projetos básico e executivo, com base no perfil genericamente traçado na licitação pela Administração e assumindo total e exclusiva responsabilidade por suas eventuais imperfeições.

**2.9 Desenvolvimento nacional sustentável**

Inserido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, constitui instrumento de promoção do mercado interno, amparado no poder de compra do setor público, em todos os poderes das três esferas da federação (diz-se que em torno de 16% do PIB, ou seja, cerca de 300 bilhões de reais/ano) e de seu efeito sobre a geração de emprego e renda. Mas não só: almeja comprometer as licitações e contratações com os princípios e normas de proteção ambiental, conforme disposto no art. 225, § 1º, V, da CF/88 ("Para assegurar a efetividade desse direito [meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida], incumbe ao Poder Público: V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente").

Há vasta e desafiante tarefa a cumprir para dar concretude a essa nova cláusula geral no cotidiano das licitações e contratações, qual seja a de explicitar, nos editais e contratos, os requisitos da sustentabilidade - sociais e econômicos, além de ambientais - e correlacionar as especificações do objeto com a normatização expedida por entidades autorizadas (*vg*, INMETRO, ABNT, CONAMA), único meio, por ora divisável, de evitar-se a adoção de especificações e critérios que lesionem os princípios da isonomia e do julgamento objetivo.

**2.10 Vinculação ao instrumento convocatório**

Obriga a Administração a respeitar as regras estipuladas para disciplinar o certame. O perfil do direito público pós moderno não confere grau absoluto ao princípio da vinculação ao edital. É que as exigências de índole meramente instrumental ou formal, que não prejudiquem a substância da competição, podem ser interpretadas a favor da finalidade de interesse público a ser alcançada. O que não se admite é a aceitação de vício que comprometa o resultado de interesse público ou que prejudique a segurança jurídica da licitação, da sua competitividade e da isonomia. Por isto que se há de ter cautela para que não sejam incluídas no instrumento convocatório exigências inúteis, irrelevantes, desnecessárias ou ambíguas.

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, notadamente em seu art. 7º, § 2º, confere à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, a faculdade de adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, neste ponto lembrando a regra do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Admite-se, pois, a flexibilidade que autoriza a interpretação de disposições que possam ser satisfeitas de outro modo, sem desvio de finalidade e sem afetar a substância da proposta e da competição.

Admite-se, ainda, o saneamento de vícios nas propostas, desde que homenageados os princípios do julgamento objetivo e da igualdadade dos licitantes. É o que se extrai, a contrário senso, dos motivos de desclassificação de proposta enunciados no art. 24 do RDC: "*Serão desclassificadas as propostas que: I - contenham vícios insanáveis; [...] V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis*". Logo, não constituirão vícios desclassificantes de proposta aqueles que, por sua natureza, possam ser sanados pela Administração, sem prejuízo da isonomia e do julgamento objetivo.

**2.11 Julgamento objetivo**

Visa a impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, ou seja, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Vero é que o julgamento se aproxima da objetividade máxima quando calcado apenas no preço. Mas, a par deste ocultar eventuais desvios - equivocada apuração do valor de mercado do objeto, por exemplo, a induzir a comissão a supor compatibilidade entre o preço cotado e o preço de mercado -, tampouco bastará quando entrar em causa qualidade, técnica e rendimento, não raro indispensáveis à aferição das propostas. Quando o objeto da licitação é baseado nesses atributos, a primazia de uma ou de outra proposta dependerá de apreciações portadoras de um certo grau de subjetividade, que se deve reduzir ao mínimo, mas que sempre será insuscetível de erradicação. Para que se cumpra o princípio do julgamento objetivo, nesses casos, a comissão de licitação deve valer-se de laudos ou pareceres técnicos diante dos quais decidirá fundamentadamente, explicitando os seus motivos na respectiva ata. De todo modo, os parâmetros de aferição deverão constar do instrumento convocatório, o que os colocará, desde que publicado este, sob o crivo dos pedidos de esclarecimentos e das impugnações (Lei nº 8.666/93, artigos 40, VIII, e 41 e seus parágrafos). O RDC ocupou-se do tema em duas de suas disposições:

> Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório.
>
> Art. 21. O julgamento pela melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a

remuneração que será atribuída aos vencedores.

**3. Outros princípios aplicáveis ao RDC**

Outros princípios gerais ou setoriais vinculam a atuação da Administração Pública nas licitações e contratações regidas pelo RDC: motivação, razoabilidade, competitividade e segurança da contratação.

**3.1 Motivação**

Consiste no dever de todo agente, no exercício das funções de sua competência, justificar os atos administrativos que edita em cada fase do processo de contratação, com ou sem licitação (preparação e instrução, elaboração e aprovação de minutas de atos convocatórios e outros instrumentos, julgamento de documentos e propostas, decisão sobre admissão e julgamento de recursos administrativos, adjudicação do objeto e homologação do procedimento), e também no curso da execução do contrato.

Por motivo entende-se o conjunto dos pressupostos de fato e de direito determinantes da decisão, assim como a correlação entre eventos e situações preexistentes e a escolha efetuada. Não basta a indicação do texto legal em que se arrima a decisão. De rigor que o agente público claramente enuncie os fundamentos de sua ação, ciente de que a ele o art. 113 da Lei nº 8.666/93 incumbe de demonstrar a legalidade e a regularidade da despesa e da execução, regra aplicável ao RDC por força de seu art. 46 ("*Aplica-se ao RDC o disposto no art. 113 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*").

No Estado Democrático de Direito, é direito da sociedade conhecer as razões pelas quais são tomadas as decisões dos agentes públicos em geral, ressalvadas as informações necessárias à sua própria segurança e à do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal).

A ausência de motivação dos atos administrativos, além de violar um dos mais caros princípios de direito administrativo e comprometer a validade do ato praticado, que pode vir a ser anulado por vício de motivo, deixa dúvidas quanto à isenção do agente e ao seu compromisso com o interesse público. De acordo com o art. 11 da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa atentar contra os princípios da administração pública ou violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

**3.2 Razoabilidade**

O fato de a lei conferir ao agente público, em certas situações, margem de escolha (discricionariedade), significa que lhe transferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a enfrentar, a providência adequada às circunstâncias e aos meios de que disponha, em harmonia com prioridades e objetivos de interesse público. Essa relação entre adequação, necessidade e proporcionalidade é o que, no direito público brasileiro (constitucional e administrativo), em evolução na matéria, se deve entender como razoabilidade. A decisão que a transgrida tende a infringir outros valores e princípios. Assim, por exemplo, exigência excessiva, constante de instrumento convocatório de licitação, não é razoável e ofende os princípios da isonomia e da competitividade. Depedendo da extensão e do propósito da exigência, igualmente lesará os princípios da moralidade, da impessoalidade e da economicidade.

A outorga de discrição administrativa visa à identificação da medida que, em cada situação, atenda ao interesse público de modo superior a qualquer outra, nas circunstâncias demonstradas e ponderadas. A razoabilidade funda-se nos mesmos preceitos que amparam, constitucionalmente, os

princípios da legalidade e da finalidade (artigos 5º, II e LXIX, e 37, *caput*, da CR/88). Na normatividade infraconstitucional, esta aparece nomeada no art. 2º da lei do processo administrativo federal (nº 9.784/99). Convoca, enfim, o gestor público para o exercício pemanente de ponderação entre meios e fins na equação tempo-espaço do interesse público, constituindo-se em instrumento também de controle judicial da discricionariedade administrativa. Assim se recolhe de já abundante jurisprudência de nossos tribunais, para os quais o manejo da discricionariedade serve à escolha da melhor solução entre várias possíveis, contravindo à juridicidade a escolha de outra solução que não esta. Daí a razoabilidade valorizar as atividades de apoio ao gestor na tomada de decisões, tais como as de elaboração de estudos, relatórios e pareceres que demonstrem, racional e objetivamente, qual seria essa melhor solução. Em síntese, o gestor público não é provido de discrição para escolher qualquer solução, mas sempre para escolher a melhor, nas circunstâncias.

**3. 3 Competitividade ou ampliação da disputa entre os interessados**

A competitividade mantem íntima relação com os princípios da legalidade, da igualdade e da impessoalidade, porquanto a não inclusão, no instrumento convocatório, de condições excessivas, direcionadoras ou que restrinjam o seu caráter competitivo, possibilita a ampliação do número de participantes no certame, estimulando a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública e, por conseguinte, favorecendo a busca da proposta mais vantajosa. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/93 tem por inexigível a licitação quando for inviável a competição (art. 25, *caput*), quer a inviabilidade decorra da inexistência de concorrentes para disputar com o produtor ou fornecedor exclusivo, quer quando, dada a natureza do objeto, for impossível o estabelecimento de critérios objetivos de julgamento.

**3.4 Segurança da contratação**

O Direito tece a ordem jurídica com o fim de ensejar estabilidade civilatória, a gerar ambiência de segurança que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da certeza possível em relação à fenomenologia e às disparidades que o cercam. O princípio da segurança jurídica não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É da essência do próprio Direito, notadamente em um estado democrático de direito, fundado na dignidade das pessoas, na justiça e na solidariedade das relações que entretêm (CR/88, art. 1º), por isto que modela todo o sistema constitucional (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 14ª ed., p.106).

Entre as figuras que asseguram a estabilidade da ordem jurídica encontram-se, também nas licitações e contratações administrativas, a preclusão e a decadência.

O art. 45 da Lei nº 12.462/11 preceitua que dos atos da administração pública, decorrentes da aplicação do RDC, caberão: (a) pedidos de esclarecimentos e impugnações ao instrumento convocatório, no prazo mínimo de até dois dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens, ou de até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços; (b) recursos hierárquicos, no prazo de cinco dias úteis contados da data da intimação ou da lavratura da ata, em face: (i) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; (ii) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; (iii) do julgamento das propostas; (iv) da anulação ou revogação da licitação; (v) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; (v) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93; (vi) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e (c) representações, no prazo de cinco dias úteis a partir da data

da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

Ultrapassados tais prazos, sem a manifestação dos interessados, ou decididos os recursos, impugnações e representações apresentados, o direito assenta-se sobre algo reconhecido como estável, precluso qualquer questionamento e consumada a decadência do direito de suscitá-lo, em sede administrativa. Ou seja, as relações jurídicas constituídas com base nesses atos e decisões tornam-se estáveis e independentes da superveniência de eventos futuros, sem prejuízo de aquele que se tenha por lesado, ou ameçado de lesão, exercer o direito subjetivo de invocar a tutela jurisdicional.

**4. Conclusão**

"Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é 'unívoca', 'evidente', porque e à medida que ela é 'destituída de clareza' -, mas, sobretudo, porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)", na lição de Friedrich Muller (*Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., p. 48, 2005).

Significa que a interpretação é sempre necessária, quer a redação da norma seja destituída de clareza, quer aparente ser unívoca e evidente. Seja clara ou obscura, a redação da norma sempre carecerá de interpretação em face da realidade. Desde Roma que se consagrou o brocardo "*interpretatio cessat in claris*", o que muitos seguem e não é exato. A redação da norma pode parecer unívoca e evidente, e ainda assim desafiar interpretação da qual resulte a melhor solução para o caso a que se estará aplicando a norma. E essa solução até poderá discrepar da aparente clareza da norma. Um excelente exemplo para ilustrar pode ser dado pelo art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, cuja norma é aparentemente claríssima ao estabelecer, na definição da modalidade convite, que cabe à Administração convidar o número mínimo de três licitantes, ao passo que o Tribunal de Contas da União, inclusive em recente súmula[1], interpreta que esse mínimo não é de convidados, mas de propostas válidas ou aptas à seleção, ao razoável fundamento de que deve ser compensada a perda de competitividade se a modalidade se contentasse com o direcionamento decorrente de apenas três serem os escolhidos pela unidade administrativa e isto bastar para validar o convite.

Em síntese, todo "caso" se apresenta contextualizado e como tal haverá de ser identificado e compreendido. A literalidade da regra criada sempre foi e será insuficiente para prever toda a riqueza factual das relações e dos interesses que visam satisfazer, daí ser capital que as regras positivadas na ordem jurídica sejam interpretadas segundo as normas, chamadas de princípios, que dão norte e valor ao sistema, que apreenderá o caso, dando-lhe sentido e disciplina.

O RDC, como subsistema de contratação administrativa de determinados objetos, bem fez em enunciar os princípios que lhe balizam a aplicação. Mas caberá ao intérprete – os agentes públicos incumbidos da aplicação – articular esses princípios do RDC com os demais que conformam o macrossistema constitucional e o sistema geral infraconstitucional das contratações e licitações na ordem jurídica brasileira. Essa articulação é que responderá, a cada caso, pela consecução, ou não, dos resultados de interesse público que justificarão a existência do subsistema. Exitoso este, talvez sobrevenha a conclusão de que poderá vir a subsitutir o atual sistema geral, passando ele, subsistema, a ser o sistema geral, deixando, então, de ser aplicável apenas a objetos determinados, para ser o regente de todas as contratações e licitações na ordem jurídica nacional. Os controles social e os institucionalizados da Administração Pública o avaliarão, oportunamente, para consagrá-lo ou rejeitá-lo

[1] Súmula nº 248: Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º, do art. 22, da Lei no 8.666/1993.

segundo os resultados obtidos.