Número 18 – abril/maio/junho de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA FASE INTERNA DO PROCESSO LICITATÓRIO.

Prof. José Anacleto Abduch Santos
Procurador do Estado do Paraná. Mestre em Direito Administrativo pela UFPR, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Administração Pública da UNIBRASIL, Presidente do Conselho de Administração da PARANÁPREVIDÊNCIA.

SUMÁRIO: 1.Introdução - 2. A decisão administrativa na acepção subjetivo/formal -3. A decisão administrativa na acepção objetivo/material- 4. A razoabilidade e a proporcionalidade como vetores hermenêuticos e fatores de sustentabilidade jurídica da decisão administrativa na fase interna da licitação - 5. A observância do princípio da motivação como requisito de validade das decisões administrativas proferidas na fase interna da licitação - 6. A validade das decisões administrativas exaradas na fase interna da licitação – ponderações acerca de determinados atos decisórios - 6.1 Considerações acerca da decisão de licitar - 6.2 A decisão acerca do objeto da licitação e dos requisitos de admissibilidade das propostas quanto à qualidade do objeto - 6.3 A decisão acerca dos requisitos de participação no certame – as exigências possíveis como critério autorizatório da participação - 7.Considerações finais - Referências

1. INTRODUÇÃO

O tema licitação é dos nucleares e fundamentais em direito público. Simultaneamente trata de deveres da Administração, quais sejam, a busca da proposta mais vantajosa e assegurar o princípio da isonomia; e de direitos dos administrados[1], especificamente, de ter assegurado o quinhão de participação nos negócios com o Estado e de ter a certeza da proba e correta aplicação de recursos públicos. Como qualquer fenômeno jurídico, a compreensão adequada das relações jurídicas envolvendo as contratações públicas – e o evidente processo de seleção dos contratados que as antecedem – demanda considerar o ambiente social, econômico, político e jurídico no qual se inserem em um determinado

[1] Termo que se utiliza por conta da tradição, mas com ciência de que pode pressupor subordinação incompatível com as características jurídicas da contemporânea relação entre o Estado e os particulares.

momento histórico[2]. Esta contextualização será tanto mais adequada, quanto mais amparada por determinados referentes metodológicos[3]. Cumpre ao operador do direito eleger quais sejam os referentes metodológicos que entende suficientes e necessários a esta operação de entender o fenômeno jurídico e dar a ele a aplicação concreta. Esta análise parte de três referentes metodológicos reputados importantes, senão indispensáveis. O primeiro é a evidente e inafastável constatação de que as normas relativas às licitações se inserem, na perspectiva de sistema, em um todo maior que constitui o ordenamento jurídico. Assim, é necessária a interpretação sistemática[4] de qualquer dispositivo normativo a ser aplicado – o que por óbvio, afasta a interpretação literal como suporte do operador. Interpretar importa buscar o sentido mais correto da norma dentre todos aqueles possíveis, em processo de ponderação axiológica entre normas, princípios e valores[5]. Todas as normas relativas ao tema das decisões administrativas no processo licitatório e a qualquer outro tema correlato à análise terão o sentido extraído de acordo com esta ponderação, partindo sempre do vetor hermenêutico supremo, que é a Constituição Federal.

O segundo referente metodológico é o regime jurídico-administrativo. Ter sempre presente que as relações jurídicas que envolvem a Administração Pública (ou o Estado-Administração) se pautam por um conjunto de normas específicas, notadamente pelos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público pelo administrador[6] - sem exclusão, contudo, dos demais princípios, normas e valores que regem a Administração Pública.[7] Sempre, pois, que em confronto[8] um interesse privado e um interesse público, este

[2] Sendo certo que o direito é fruto de processo histórico, portanto mutável como a própria sociedade o é.
[3] Que instituirão fundamentos ou premissas fundamentais para localizar o fenômeno jurídico e proceder uma análise consistente.
[4] Sem prejuízo das demais modalidades hermenêuticas.
[5] FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 75.
[6] Sabe-se que tais princípios têm sofrido severas críticas, havendo quem sustente inclusive a própria inexistência de um princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, admitir a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse particular, em perspectiva de conformidade com a Constituição, parece ter efeitos didáticos relevantes, não só por conta da tradicional aceitação doutrinária e jurisprudencial, mas também por conta da efetiva necessidade prática de conferir aos interesses que transcendem os interesses individuais uma proteção jurídica diferenciada.
[7] Uma das mais importantes tarefas do operador do direito é identificar, em relação a um determinado caso concreto, qual o regime jurídico aplicável (quais as normas se aplicam). Um referencial significativo pode ser a consideração de que, a presença do Estado (lato sensu) ou de dinheiro público em uma relação jurídica qualquer atrai (como um imã) o regime jurídico administrativo – ou, no mínimo, deve induzir o operador a considerar a hipótese de aplicação das normas de direito público. A imagem mental da presença do Estado ou de dinheiro público atuando como um imã a atrair a aplicação do regime jurídico administrativo pode contribuir para a correta e segura solução de casos concretos.
[8] Há efetiva tensão dialética entre as noções de interesse público e interesse privado, captada magistralmente por Hegel, que ao discorrer sobre o Estado frente aos interesses privados afirmou com precisão que “nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual.” (Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 225).

deverá prevalecer. E, por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público pelo administrador tem-se que sua conduta está adstrita ao cumprimento da lei e dos princípios constitucionais. Não lhe assiste conduta que o afaste de perseguir o interesse público - ainda que se reconheça a dificuldade de estabelecer o conteúdo exato desta noção parece fundamental a instituição de um signo jurídico que represente o interesse que não se identifica com o mero interesse particular e corporifique os interesses maiores e legítimos da coletividade em face da Constituição.

O terceiro referente complementa os anteriores, e diz respeito à inafastável consideração sobre como a forma de atuação estatal contemporânea influencia a decisão administrativa. Implica estabelecer conexões precisas entre a aplicação das normas de direito público concernentes à licitação e a maneira pela qual o Estado atua hodiernamente no exercício das funções estatais em geral, e da função administrativa em especial. É mister para tanto, compreender (i) que a forma pela qual o Estado exerce suas atribuições é mutável no tempo; (ii) que os mecanismos e instrumentos de ação estatal também são mutáveis e ajustados à necessidade do momento histórico em que serão implementados. Este referente metodológico tem relação umbilical com o tema das contratações administrativas exatamente porque só se cogita atualmente de uma maior atuação estatal em colaboração com os particulares em virtude de uma reconfiguração paradigmática.[9]

A este respeito a doutrina é uniforme. Tratar da atuação estatal contemporânea implica rediscussão de um paradigma.[10] Qual paradigma? O paradigma do Estado Social ou Prestador. Na medida em que o Estado constata a insuficiência de recursos financeiros para o atendimento direto das necessidades públicas, se aproxima da gestão administrativa em parceria com os particulares, mediante meios jurídicos alternativos de conduta e de financiamento das políticas públicas.

O enfrentamento do tema que se propõe se dará, então, a partir dos aludidos referentes metodológicos.

O processo licitatório pode ser dividido para fins de análise em três fases distintas que produzem repercussões jurídicas de ordem igualmente diversa. A fase preparatória ou interna, que tem início a partir da constatação administrativa acerca da necessidade de instaurar seleção pública de parceiro particular para o atendimento ou exercício de determinado objeto; a fase externa, que inicia com a publicação do edital e finda com a adjudicação do objeto pretendido; e a fase

[9] Paradigma na acepção de modelo ou padrão aceitos, consoante preleciona Thomas Kuhn (A estrutura das Revoluções Científicas. 5ª ed.. São Paulo: Editora Perspectiva, p. 45). Admitir a ruptura importa abalar a confiança no paradigma, fazendo com que o analista estabeleça novos parâmetros para dar sustentação às suas teses. Ainda segundo Kuhn, o abalo na confiança do paradigma é essencial para o desenvolvimento da ciência pois força (os cientistas) "a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seriam inimagináveis".

[10] Para Boaventura de Sousa Santos trata-se de transição paradigmática (Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 5º ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.35).

integrativa, que se refere à homologação do certame.[11] À guisa de opção metodológica a decomposição das condutas administrativas decisórias no curso do certame licitatório comporta classificar as decisões em três ordens: 1) as decisões destinadas às escolhas operacionais administrativas: que dizem respeito às opções do administrador que instituição a configuração fático-jurídica da licitação; 2) as decisões destinadas à solução de controvérsias: que implicam a solução dos conflitos entre a Administração e os licitantes, ou dos licitantes entre si; e, 3) as decisões sancionatórias: que importam a aplicação de penalidade aos particulares por infração às normas que regem a competição.

O texto objetiva a análise específica das decisões administrativas de cunho operacional proferidas na fase interna do certame licitatório a partir dos referentes metodológicos supracitados, indicando os requisitos para a prolação de decisões válidas e passíveis de serem sustentadas perante os órgãos de controle.

Considera-se ainda, como premissa, a de que o processo licitatório constitui um espaço jurídico de caráter eminentemente dinâmico e dialético. Por força do ambiente de competição acirrada, oriundo do plexo de oportunidades negociais ofertadas aos licitantes, é da natureza do certame ensejar a necessidade de decisões administrativas sucessivas e juridicamente consistentes, que assegurem simultaneamente os direitos dos licitantes, os direitos da Administração, e a observância dos princípios e valores constitucionalmente consagrados. A partir destas premissas é possível inicialmente fazer referência à decisão administrativa produzida no processo licitatório sob uma acepção subjetivo/formal, e sob uma acepção objetivo/material de modo a estabelecer quais os critérios jurídicos aplicáveis para a sua produção válida.

2. A DECISÃO ADMINISTRATIVA NA ACEPÇÃO SUBJETIVO/FORMAL

Nesta acepção é mister indagar acerca da natureza jurídica e dos requisitos formais necessários para a produção de decisões administrativas válidas no contexto jurídico-constitucional. Tratam-se as decisões administrativas exaradas na fase interna da licitação de atos administrativos. Portanto, de *"manifestações unilaterais de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".*[12] Nesta qualidade, portanto, deverão conter, como requisitos de validade, os elementos essenciais de que trata André Gonçalves Pereira[13], quais sejam, a competência, a forma, a causa e o objeto. Em relação à competência, importa admitir que a decisão será válida desde que exarada por autoridade autorizada por lei a praticá-la. O conteúdo da decisão

[11] DALLARI, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
[12] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 139.
[13] Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo. Lisboa: Edições Atica, 1962, p. 97.

deverá estar contido no rol de atribuições fixado por lei para serem exercidas por aquele que manifesta a intenção decisória administrativa. A forma é o modo pelo qual se revela a vontade administrativa[14], que deverá ser manifestada de acordo com a configuração legalmente prevista. Quanto à causa ou motivo, *"é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo".*[15] Por fim, o objeto, que é a *"criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público".*[16] O primeiro crivo a que se deve submeter a decisão administrativa na licitação diz com a aferição da presença dos elementos essenciais e condicionantes de sua validez jurídica.

Sob o ângulo subjetivo-formal, a competência e a forma constituem elementos cuja aferição embora relevante, se reveste, sob certo aspecto, de caráter axiomático-normativo, aferíveis por mero processo de subsunção silogística. Contrastados a manifestação administrativa e o meio pelo qual ela se exteriorizou, com as leis de regência, com o critério jurídico aplicável, se pode imediatamente inferir da existência ou não de vício capaz de induzir à invalidação do ato decisório: a autoridade que decide deve ter autorização legal para fazê-lo, e a exteriorização da vontade administrativa deve se dar pelo meio prescrito em lei.

O trato da causa e do objeto apresenta maior complexidade. É que, se a questão da competência e da forma se pode resolver pelo contraste direto com o critério jurídico determinante (norma jurídica), a causa e o objeto exigem, para constatação da validade do ato decisório praticado no processo licitatório, além da adequação jurídica com o texto legal, a conformação com a intenção jurídico-normativa – juízo de valor concernente à finalidade da norma.

3. A DECISÃO ADMINISTRATIVA NA ACEPÇÃO OBJETIVO/MATERIAL

A indagação tocante à intenção jurídico-normativa remete à questão fundamental de que toda decisão administrativa implica interpretação de texto legal, pois, como sustenta Hans-Georg Gadamer, toda execução é interpretação.[17] As hipóteses de decisão (problemas em concreto) no processo administrativo não têm necessária correspondência lógica direta de cunho silogístico com as normas legais que balizam a conduta do administrador. Desta forma, cada uma das opções administrativas a serem manifestadas por decisão formal será produto de um processo hermenêutico – a interpretação - orientado segundo as regras específicas da ciência do direito, vale dizer, da metodologia jurídica. Através da interpretação o texto tem que vir à fala[18] para fornecer ao administrador o argumento jurídico apto a justificar sua conduta e reputa-la conformada ao regime jurídico-constitucional. Ao

[14] PEREIRA, André Gonçalves. Ob.cit. p. 99.
[15] MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 143.
[16] MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 144.
[17] Verdade e Método. 3ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 583.
[18] GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit. p. 578.

intérprete cumpre a tarefa de extrair do texto legal o sentido jurídico que assegure validez à opção administrativa.

Pouca ou nenhuma complexidade se apresentará neste labor hermenêutico nos espaços denominados por Castanheira Neves[19] como de certeza positiva – *"os objetos, factos ou casos que o conceito ou a expressão jurídico-legal, na sua imediata intencionalidade objetiva, inequivocamente abrange".* Tampouco nos espaços de certeza negativa – *"aqueles que o conceito ou expressão inequivocamente exclui*". Contudo, tendo em conta que o direito constitui ciência cujo método é essencialmente dialético/argumentativo (ao menos deveria ser) a identificação positiva destes espaços de certeza positiva ou de certeza negativa constitui, ela mesma, um desafio hermenêutico considerável.

Nesta perspectiva, se pode supor que a busca do fundamento normativo da decisão administrativa encontra-se invariavelmente no espaço da dúvida possível – *"relativamente aos quais não é possível tomar desde logo uma clara posição intencional de objetiva inclusão ou exclusão".*[20]

O fundamento jurídico-normativo de validade da decisão proferida no processo licitatório será obtido da conformação da opção administrativa com o sentido, dentre os vários possíveis, que extraído do texto legal seja dotado de sustentabilidade em face do regime jurídico constitucional. Tal sustentabilidade não se inferirá mediante processo de análise lógico formal ou axiomático dedutivo, mas antes mediante processo de análise de cunho valorativo ou axiológico. Neste sentido pondera Claus-Wilhelm Canaris ao tratar da essência e dos objetivos da ciência do Direito:

> *Um sistema lógico-formal é igualmente inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva...*
>
> *...De facto, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático dedutivo está, de antemão voltada ao insucesso. Pois a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico.*[21]

Conquanto não se deva sustentar a busca do fundamento de validade da decisão mediante processo axiomático-dedutivo, não é absolutamente livre de rigor metodológico a compreensão do texto legal, a ponto de conferir ao administrador a possibilidade de fundamentar o ato decisório que elimine a autonomia da norma. É o que pondera com acerto Castanheira Neves

[19] Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.112.
[20] NEVES, A. Castanheira. ob. cit. P. 112.
[21] Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 30.

> *Só que, com recuarmos esta radical alternativa entre uma aplicação formal-dedutiva do direito e uma sua realização funcionalmente consequencial (sociológico-tecnologicamente consequencial) pelas razões e nos termos em que temos insistido, se a concreta realização do direito não deve entender-se em termos tão só político-sociais que eliminem a especificidade e a autonomia da normatividade jurídica enquanto tal, também essa realização não se reduz a uma formal e lógica dedução normativa de que fosse alheia uma intencionalidade normativo-material e de justeza problematico-concreta...*
>
> *...Que o mesmo é por em questão de saber se a decisão jurídica concreta para além de haver de ser normativamente fundamentada em referencia ao sistema de normatividade jurídica vigente e não menos materialmente justa em relação à sua específica problematicidade jurídico-concreta não deverá ser ainda socialmente justificável (oportuna ou aceitável) em referência aos seus previsíveis ou prováveis resultados no contexto social em que ela vai intervir como factor de alteração.* [22]

Resguardada a autonomia da norma caberá ao administrador buscar o fundamento de validade da decisão administrativa no processo licitatório mediante manuseio de instrumental que lhe possibilite aferir a compreensão adequada do dispositivo legal em processo hermenêutico no qual a interpretação sistemática ressalta dentre as alternativas de interpretação como a mais útil para tal propósito. A partir desta *"operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir de uma conformação teleológica dos múltiplos comandos, tendo em vista solucionar casos concretos de conflitos de interesses"*[23] o administrador elegerá, dentre as várias possíveis que se lhe apresentem no certame licitatório, a escolha que melhor atenda o interesse público e que melhor se ajuste à necessidade administrativa, sempre com vistas ao fato de que cumpre ao administrador não só atender tal necessidade, mas atende-la pela adoção da melhor solução.

Nesta linha de raciocínio, partindo da premissa de que certos elementos do ato decisório pressupõem conformação com aspectos jurídicos que ultrapassam a literalidade da norma legal, a operação de deduzir o fundamento de validade da decisão administrativa poderá partir dos referentes metodológicos acima referidos – (i) considerar a noção de sistema e a interpretação sistemática; (ii) considerar que a relação jurídica que se estabelece no processo licitatório está submetida primordialmente ao regime jurídico-administrativo; e (iii) considerar os efeitos sócio-jurídico-políticos que a forma de atuação estatal contemporânea pode produzir nas relações jurídicas e no processo hermenêutico. Vale dizer, estas noções devem estar presentes inexoravelmente nas considerações feitas pelo administrador quanto à escolha administrativa, de modo que a decisão adotada seja efetivamente a melhor.

---

[22] Ob. cit. p. 197.

[23] FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 75.

E a melhor decisão será aquela que simultaneamente atenda o interesse público e a necessidade administrativa sob o parâmetro da eficiência e tenha sustentabilidade jurídico-constitucional em face dos demais princípios que orientam a Administração Pública. A sustentabilidade jurídica da decisão administrativa que respeite a autonomia da norma se infere da aplicação dos princípios do sistema jurídico-constitucional.

Como bem salienta Carlos Ari Sundfeld[24], *"princípios são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se"*. Sua função primeira é auxiliar no processo de conhecimento e de investigação de uma realidade. Sundfeld leciona que no processo de aplicação do direito os princípios têm função condutora, no sentido de que (i) quando a interpretação de uma regra gerar contradição com um princípio, ela será incorreta; (ii) quando a regra admitir mais de uma interpretação deverá prevalecer aquela mais afinada com os princípios; (iii) quando a redação da regra for mais extensa ou mais restrita do que o princípio, a interpretação deverá ser mais extensiva ou mais restritiva, objetivando sempre a sua compatibilização com o princípio[25]. Juarez Freitas ressalta a importância dos princípios afirmando que mesmo a discricionariedade, seja dos atos administrativos, seja dos atos judiciais *"é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico".*[26] Celso Antônio Bandeira de Mello[27]em sua clássica definição de princípio aduz que

> *é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao fazer referência à importância dos princípios leciona que

---

[24] Fundamentos de Direito Público, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 133.
[25] Fundamentos de Direito Público... p. 137.
[26] Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 151.
[27] Curso de Direito Administrativo. 19ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 56.

> *Atuam como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional. Nem seria legítimo falar em sistema constitucional sem admitir esta funcionalidade. Afinal, sistema é mais do que conjunto de normas, é conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação. Por conseqüência, através dos princípios, as regras constitucionais são costuradas uma às outras para formar um sistema constitucional.*[28]

Sob a perspectiva sistêmica[29], que parece a mais adequada[30] em um trabalho investigativo e hermenêutico[31] na busca do contexto significativo da lei[32] ou acerca de qualquer um dos fenômenos e institutos jurídicos, todos os princípios e normas que integram o ordenamento jurídico - considerando-o como sistema aberto e incompleto, *"revelando o direito como uma realidade complexa, contendo várias dimensões, não só normativa, como também fática e axiológica"*[33]*-,* devem ser tomados em consideração para a adequada percepção dos efeitos e reflexos jurídicos que produzem ou podem produzir.

Em que pese qualquer análise hermenêutica deva considerar a totalidade dos princípios que informam o sistema, inegável que determinados princípios mantém vínculo mais estreito e imediato com o processo licitatório, vinculando a Administração e os licitantes – ressaltando-se contudo que *"cada um dos princípios vale à proporção em que se insere na enriquecedora totalidade dialética (em acepção nobre e forte do termo), aberta e valorativa do ordenamento democrático".*[34]

A aferição da intenção jurídico-normativa com vistas à análise de validade do ato no tocante à causa[35] ou ao conteúdo ou objeto[36] do ato administrativo

---

[28] Processo Administrativo Disciplinar. 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 149.

[29] No sentido posto por Canaris de que o papel do conceito de sistema é o de "traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 23).

[30] Em razão do caráter abrangente pelo qual são considerados os institutos jurídicos, pois, como salienta Juarez Freitas (A Interpretação Sistemática do Direito... p. 61) "ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro".

[31] Há compreensão em sentido hermenêutico estrito, segundo Castanheira Neves se a significação jurídica a atingir pela interpretação houver de exprimir-se através do texto, ou enquanto se considera este a sua objectivação cultural ou seu ícone, mas se constituir para além dele ou transcendendo-o – pelo relevo, desde logo, já do todo ou contexto significante em que se insere, já da pré-compreensão do referente, já da situação histórico-concreta da compreensão (ob. cit. p. 95).

[32] No sentido posto por Larenz, para quem uma lei é constituída por proposições jurídicas incompletas... que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação" (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 457).

[33] DINIZ, Maria Helena. As lacunas no Direito. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p.29.

[34] FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52.

[35] Que conforme André Gonçalves Pereira é "a relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto" (ob.cit.p.122).

[36] Embora não haja posição uníssona da doutrina em relação à equivalência das noções, para o fim desta análise considera-se conteúdo e objeto como expressões equivalentes. No dizer de

decisório parte da consideração da autonomia normativa (legalidade estrita) do dispositivo legal invocado como suporte jurídico dele. Em segundo lugar, da ponderação do contexto produzido pelos referentes metodológicos sugeridos, com ênfase em determinados princípios que informam o regime jurídico-administrativo em geral e o certame licitatório em especial, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público pelo administrador, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, da moralidade, da impessoalidade, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento licitatório, da probidade administrativa e da igualdade.

4. A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO VETORES HERMENÊUTICOS E FATORES DE SUSTENTABILIDADE JURÍDICA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

A decisão administrativa na fase interna da licitação será produzida em um contexto que conjuga conceitos indeterminados com caráter polissêmico (de ordem jurídica ou não), disposições normativas expressas e uma pluralidade de opções fático-administrativas. A escolha da opção administrativa que melhor atenda o interesse público, dentre as diversas alternativas possíveis em face do ordenamento jurídico, exige ponderação valorativa que considere, além das disposições legais expressas, o conteúdo jurídico expressado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O método da aplicação do direito não é estritamente o axiomático-dedutivo, como se disse, o que induz à conclusão de que o intérprete-administrador não poderá contar sempre com a expressa previsão do tratamento jurídico-constitucional a ser conferido a uma determinada situação-problema de fato.

De outra sorte, o exercício da função pública constitui instrumento para a realização dos propósitos constitucionais eleitos como de interesse público, e se concretiza mediante exercício das atribuições de competência legal do agente público. Assim, o exercício da competência administrativa não é faculdade conferida ao administrador, mas antes, dever legal. Tal qual o magistrado, que deverá exercer a jurisdição, resolvendo o conflito de interesses que lhe seja submetido independentemente de haver ou não norma jurídica para orientar sua conduta (hipótese das lacunas do direito), o administrador, a quem a Constituição delegou o exercício da função administrativa deve agir exercendo a conduta que seja necessária à satisfação do interesse público.

A solução jurídica que melhor atenda o interesse público, no mais das vezes estará sujeita à integração valorativa do administrador, a quem não é dada a alternativa de não agir em persecução do interesse público. A integração valorativa

---

Celso Antonio Bandeira de Mello, aquilo sobre o que o ato dispõe, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica (ob.cit.p. 366 e 367).

de que se trata deve ter lastro, entre outros, nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo Egon Bockmann Moreira *"a razoabilidade tem lastro em análise axiológica, para descobrir se a relação entre finalidade normativa e conduta administrativa é racionalmente clara. Determina a exclusão de condutas imprudentes, bizarras e contrárias ao bom senso. Ou seja, não é possível cogitar que a lei autorizaria o agente público a adotar comportamentos desconformes a uma compreensão sensata do caso concreto".*[37]

Ao se sustentar a necessidade de integração valorativa pelo administrador como requisito da decisão administrativa correta não se cogita inobservância do princípio da legalidade administrativa, mas de entender este princípio como *"la aplicación razonada y jerárquica de los grandes princípios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nível constitucional y supraconstitucional, por encima de los freqüentes desvarios de la norma reglamentaria".*[38] O princípio da legalidade convive, pois, harmonicamente com os demais princípios administrativo-constitucionais[39] e não goza de posição hierarquicamente superior, o que leva à hipótese cogitada de certo espaço hermenêutico, produto da interpretação, que esteja desvinculado da literalidade da norma.

A decisão administrativa, neste compasso, deve ser exarada de acordo com a idéia de bom senso, inteligência, prudência, previdência, bom juízo, e cautela. Afastando portanto, soluções, bizarras, estranhas, ilógicas e contrárias ao bom senso no curso da fase interna.

Por força do princípio da proporcionalidade, a medida da decisão administrativa deve ser a da equivalência justa entre conduta que advirá como resultado da decisão e os efeitos que produzirá em contraste com a finalidade que se busca atingir. Qualquer seja a opção administrativa traduzida em decisão, a validade dela está subordinada à demonstração (motivação) de que não desbordou dos limites daquilo que é necessário e indispensável para a concretização da finalidade pública que se pretende implementar.

Sobre a proporcionalidade Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que *"as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja demandado pra cumprimento da finalidade de*

---

[37] O Processo Administrativo no Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83. O autor, citando Suzana Barros, informa ainda que "razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz tudo aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação. (O Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 68).

[38] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 3ª ed. Tomo 2. La defensa del usuário y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1998, IX-12. O autor inclusive alerta que frequentemente o princípio da legalidade objetiva "se confunde con el apego ciego a la irrazonabilidad de la norma reglamentaria , como supuesto 'cumplimiento de la ley'".

[39] Na acepção de sistema e de interpretação sistemática apresentada na introdução como o primeiro referente metodológico do texto.

interesse público a que estão atreladas".[40] Marçal Justen Filho ao tratar do tema cita Michael Kohl:

> a proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um teste de três estágios: 1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade ou adequação);2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade);3) as restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionadas ao objetivo buscado (elemento da proporcionalidade "stricto sensu".[41]

Assim, a escolha entre diversas alternativas de conduta possíveis em face do ordenamento jurídico - deverá recair naquela que tenha maior adequação com as noções expressadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que *"mediante uma leal ponderação de causa e efeito, a Administração Pública dimensione a sua atuação sempre sob a perspectiva de causar o menor dano jurídico ao particular atingido pela conduta em face da finalidade objetivada".*[42]

Pode-se concluir então que a decisão administrativa sobre quaisquer dos aspectos concernentes à fase interna da licitação, ainda que produzida em consonância com o princípio da legalidade objetiva, estará eivada de vício se não for simultaneamente razoável e proporcional.

5. A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO COMO REQUISITO DE VALIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

Apresentar expressa e taxativamente as razões de fato e de direito que levaram à prolação da decisão administrativa no processo licitatório constitui um dos deveres basilares do administrador. Mais, além de dever, a motivação constitui requisito de legitimidade e de validade do ato decisório. Logo, qualquer decisão proferida na fase interna da licitação que não seja precedida da suficiente e consistente motivação padecerá de vício de ilegitimidade - invalidável, portanto. A este respeito Celso Antonio Bandeira de Mello afirma taxativamente que *"atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e*

[40] Ob. cit. p. 99.
[41] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 50, apud KOHL, Michael. Constitutional Limits to Regulation with Anticompetitive Effects: the Principle of Proportionality, Florença:European University Institute, 1999, p. 11.
[42] SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro. Curitiba: Juruá, 2002, p. 85.

invalidáveis...".[43]O princípio da motivação, além de princípio autônomo dentro do sistema jurídico-administrativo tem função instrumental à efetivação de outros princípios administrativo-constitucionais. Como bem posto pelo Mestre Romeu Felipe Bacellar Filho, *"a motivação dos atos processuais, instrumento efetivador do princípio da publicidade da Administração, garante o cumprimento dos outros princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência".*[44] O princípio, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello *"implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada".* [45]

Ao realizar uma opção administrativa (decisão) o administrador toma em consideração aspectos de ordem fática, jurídica e político-institucional que devem ser dados a conhecer formalmente[46] no processo. Tal imposição, decorrente da aplicação do princípio, além de fornecer instrumental efetivo para a realização de outros princípios, como acima dito, constitui mecanismo de preservação da história (memória) administrativa. Propiciatório, portanto, de referencial teórico para orientar futuras condutas, e de garantia do próprio administrador, que se liberta de ilações destituídas de fundamento acerca dos motivos que levaram à prolação daquela decisão, e não de outra diversa. A motivação pode inclusive conter, além das razões de fato e de direito que levaram à decisão administrativa concreta, considerações sobre as opções técnico-jurídicas que se apresentaram ao administrador e foram descartadas, demonstrando inclusive que a opção feita, em contraste com as que se puseram à escolha, era a melhor em face do princípio da eficiência administrativa.

A síntese empírica do princípio da motivação pode ser expressada como a manifestação do administrador que se orienta para responder a um "por quê?". Se a resposta a esta questão – por quê foi proferida esta decisão, e não outra? – contiver substância e conteúdo técnico-jurídico aptos a promover o convencimento de quem esteja a analisar, e mesmo julgar, a decisão administrativa - no sentido de que a opção realizada foi a melhor e mais adequada à luz dos demais princípios administrativo-constitucionais - estará atendido o requisito jurídico da motivação.

[43] Ob.cit.p. 101.
[44] Ob.cit.p. 212.
[45] Ob cit.p. 100.
[46] O princípio da formalidade que integra o regime jurídico-administrativo – e está circunstancialmente expresso no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 8666/93, que ressalta caracterizar o procedimento licitatório ato administrativo formal – impõe o registro expresso de todas razões de fato e de direito que servem de substrato da decisão adotada.

6. A VALIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EXARADAS NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO – PONDERAÇÕES ACERCA DE DETERMINADOS ATOS DECISÓRIOS

A fase interna do processo é destinada a estabelecer os fundamentos, o substrato fático e o substrato jurídico da licitação. Esta fase ocorre no âmbito reservado da Administração Pública e destina-se à efetivação das escolhas e decisões administrativas concernentes a todos os aspectos relevantes ao processo licitatório e à futura contratação.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello *"as licitações possuem uma etapa interna e uma externa. A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura, antes, pois, de implementar a convocação dos interessados".* [47]

Licitar é discriminar de forma legítima. Desta assertiva se infere que as decisões administrativas na fase interna do certame licitatório implicam invariavelmente discriminação. A legitimidade e validade da discriminação decorrente da conduta decisória estão condicionadas, em primeiro lugar, ao vínculo demonstrado com o interesse público. O móvel autorizatório e legitimador das decisões administrativas proferidas na fase interna do certame licitatório é inquestionavelmente a persecução do interesse público.

Nesta fase as opções administrativas estão relativamente resguardadas de impugnações pelos particulares ou pelos órgãos de controle administrativo, de vez que ainda não dadas a conhecer formalmente ao público particular. Pondera Roberto Dromi que *"en esta etapa se llevan a cabo los pressupuestos que tornan juridicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes, licitadores o terceros interesados".*[48] O fato de ser esta fase puramente interna não importa admitir a impossibilidade de contraste da conduta decisória administrativa com as normas, princípios e valores que orientam o sistema jurídico administrativo. Mas é forçoso reconhecer que a desobrigação com a publicidade de determinados atos decisórios produzidos na fase preparatória do certame possibilita a sua modificação ou revisão, ou ainda a revogação, sem a produção de efeitos concretos na esfera jurídica de terceiros.

Os atos decisórios praticados nesta fase com vistas à licitação - seleção de particular para contratar com a Administração – constituem pré-requisito à abertura do certame. Toda opção administrativa produzida nesta fase deverá obrigatoriamente ser contrastada com o conjunto de normas, princípios e valores que informam o sistema jurídico-administrativo, de modo que reste assegurada a sua sustentabilidade jurídica – requisito de validade - a ser demonstrada após o início da fase essencial ou externa com a publicação do instrumento convocatório.

Pode-se afirmar que a fase interna da licitação tem caráter estrutural em relação às demais etapas do certame. É nesta fase, repita-se, que são fixados os

[47] Ob. cit. p. 537.
[48] Licitacion Publica. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 96.

fundamentos fático-jurídicos que condicionarão toda a conduta administrativa a ser adotada ao longo do processo licitatório. Ao incluir, segundo Dromi[49] *"los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones"*, a fase interna concretamente fixa as bases da licitação. A dinâmica jurídica que é peculiar à licitação leva ao estabelecimento de estreitos e indissolúveis vínculos entre as opções (decisões) administrativas adotadas na fase interna e as decisões administrativas que serão proferidas no decorrer do processo de seleção de particular para contratar com a Administração, o que adjetiva e qualifica a decisão produzida nesta fase e ressalta a sua importância.

6.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DE LICITAR

A primeira das decisões administrativas relevantes que competem ao administrador público na fase interna da licitação diz respeito à própria decisão de licitar, uma vez identificada certa e determinada necessidade administrativa a ser satisfeita mediante contratação de particular. Esta decisão tem caráter constitutivo e implica considerações de ordem jurídica e de ordem político/institucional. Sob o ângulo político/institucional, decidir pela contratação de particular para atender determinada necessidade público-administrativa implica ponderação valorativa sobre ser a contratação de terceiros a alternativa que melhor atende o interesse público. Posta-se diante do administrador a necessidade de ponderar e demonstrar a vantajosidade da contratação de particulares para a satisfação da necessidade pública. Esta assertiva é fruto da consideração do propósito ou finalidade específica da licitação, qual seja, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração.[50] Assim, se compete ao administrador buscar a vantajosidade para a Administração no certame licitatório, certamente lhe compete demonstrar que decorrerá da licitação uma situação jurídico-econômica mais vantajosa do que aquela que seria produto da execução direta do objeto que se pretende licitar. Marçal Justen Filho a este respeito pondera que *"a vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato... a maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração"*.[51] Compete ao administrador aferir se a situação de vantajosidade maior decorrerá da execução direta do objeto, ou, da contratação da sua execução com terceiros.[52]

---

[49] Ob. cit. p. 96.

[50] Lei nº 8666/93, artigo 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[51] Ob. cit. p. 42.

[52] Marçal Justen Filho é enfático ao afirmar ainda que "é obrigatório que a Administração defina o conteúdo da vantagem, antes de promover a licitação...". Segue para ponderar que "para que a licitação seja realizada, é indispensável determinar o fim a ser buscado. Se a Administração ignora o fim que persegue, é óbvio que realizará licitação despropositada". E conclui que a

Certas contratações não demandam análise muito complexa neste sentido, como quando se decide pela contratação de serviços de limpeza e conservação de prédios públicos[53]. No entanto, se o objeto da contratação for de maior complexidade, como quando a necessidade pública for relativa à prestação de um serviço público, a consideração sobre qual a melhor forma de prestá-lo – direta ou indiretamente, mediante concessão – é fundamental.[54]

Assim, se para determinadas contratações são irrelevantes as considerações de ordem valorativa, para outras, como por exemplo, as contratações de concessões de serviços públicos, as considerações sobre a própria política de atuação estatal contemporânea podem ser decisivas ou ao menos relevantes. Embora a decisão sobre prestar diretamente o serviço ou indiretamente mediante concessão ou permissão se insira no âmbito da discricionariedade administrativa – evidente que desde que autorizada por lei e salvo imposição legal no sentido da concessão, caso em que o âmbito passa a ser o dos atos vinculados – necessária se faz a demonstração de que a contratação de terceiros melhor atenderá o interesse público. O administrador deve apresentar as razões de fato e de direito pelas quais entende que a contratação do particular é a melhor (no sentido de eficiência e eficácia) forma de atender o interesse público, inclusive apresentando os motivos de ordem político-institucional que induzem à conclusão pela atuação em parceria com os particulares, quando for o caso.

Por oportuno, cabe referir às ponderações de Marçal Justen Filho acerca da relevância da decisão de delegar a prestação de serviço público mediante concessão:

> *A relevância da decisão de delegar é muito maior do que se passa no tocante aos demais contratos administrativos. Deve ter-se em vista que a delegação, especialmente por via de concessão, importa conseqüências extremamente relevantes, sob os mais diferentes ângulos. Delegar a particulares um serviço público têm significativas implicações políticas, econômicas e jurídicas.*[55]

A par da demonstração da conveniência e oportunidade da contratação que se objetiva, sob o ângulo estritamente jurídico, a validade da decisão de licitar está condicionada à demonstração pela autoridade administrativa de que (i) há projeto básico aprovado e disponível para exame dos interessados; (ii) há orçamento

---

Administração "antes de elaborar o edital, tem o dever de determinar o fim a ser satisfeito. Não se trata de identificar o objeto licitado tão-somente. É imprescindível definir o ângulo sob o qual o chamado interesse público seráq perseguido" (ob. cit. p. 46).

[53] Constatação que se pode inferir de reiteradas condutas administrativas anteriores.

[54] O legislador federal reconheceu a relevância da decisão de licitar a concessão de serviços públicos ao estipular no artigo 5º da Lei nº 8987/95 que "o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo".

[55] Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo, Dialética, 2003, p. 201.

detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos da futura contratação; (iii) há previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações; e que (iv) o produto esperado da contratação esteja contemplado nas metas estabelecidas no plano plurianual.[56] Ainda de ordem jurídico-formal, compete ao administrador, ao decidir pela licitação, demonstrar o cumprimento dos requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.[57]

6.2 A DECISÃO ACERCA DO OBJETO DA LICITAÇÃO E DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DAS PROPOSTAS QUANTO À QUALIDADE DO OBJETO

A correta delimitação e definição do objeto da licitação constituem outro requisito de validade da licitação em face do regime principiológico constitucional. Sob o ângulo jurídico, o objeto da licitação eleito fixa critérios para a efetivação dos princípios da isonomia, da eficiência, e da impessoalidade; além de constituir o substrato para a eleição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados. Sob o ângulo técnico (características específicas da necessidade pública a ser satisfeita) orienta a definição de requisitos de habilitação e de admissibilidade das propostas (requisitos de qualidade). O desafio que se posta para o administrador ao decidir acerca do objeto da licitação não diz, tão-somente, com a estrita identificação da necessidade administrativa, que decorre da observação fático-empírica. A complexidade maior é a de traduzir esta necessidade em signos técnico-jurídicos que simultaneamente sejam compreensíveis para a generalidade das pessoas (assegurando a competitividade ínsita ao princípio licitatório), representem a melhor solução técnica para suprir a necessidade administrativa (assegurando o princípio da eficiência) e estejam em consonância com os demais princípios, normas e valores que regem a licitação.[58] Sobre a relação do objeto da licitação com a competitividade, bem disse Jessé Torres Pereira Jr. que *"a definição do objeto não deve servir ao desejo, oculto e eventual, de afastar licitantes, pela exigência de que tal ou qual material ou equipamento, obra ou serviço, preencha especificações descabidas ou desnecessárias, quando a execução seria igualmente viável por materiais ou equipamentos com outras especificações".*[59]

O ato de definir e delimitar o objeto da licitação parte da observação de todos os elementos técnico-fáticos de que se reveste a necessidade pública que se pretende suprir. Observar não é decidir, mas a constatação empírica da necessidade administrativa ensejará os elementos materiais necessários para a definição e delimitação do objeto, com repercussões jurídicas evidentes quando da elaboração e aprovação do projeto básico do certame pela autoridade competente,

[56] Consoante dispõe o artigo 7º, § 2º da Lei nº 8666/93.
[57] Especialmente aqueles previstos nos artigos 15 e 16 da Lei Complementar nº 101/00. A este respeito assevera Marçal Justen Filho que "deve ter-se em vista a interpretação sistemática, que ponha a Lei de Responsabilidade Fiscal no contexto amplo do ordenamento jurídico". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2005, p. 111).
[58] Especialmente no tocante à preservação da competitividade.
[59] Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 426.

ou, do significado jurídico que lhe será atribuído quando da edição do regulamento licitatório.

A decisão quanto à definição do objeto[60] é pois, nuclear à elaboração e aprovação do projeto básico[61], à garantia do caráter competitivo da licitação e à garantia da satisfação adequada da necessidade pública. Por constituir uma das decisões mais importantes da fase interna da licitação, a decisão que define e delimita o objeto do certame deve ser editada com vistas a (i) identificar com propriedade todos os elementos materiais que integram e constituem a necessidade administrativa; (ii) se abster de incluir caracteres que restrinjam imotivadamente a participação de potenciais interessados[62]; e (iii) deixar taxativamente demonstrada, pelas opções realizadas, a finalidade de interesse público que será atendida, inclusive pela demonstração da conformação do objeto com o regime jurídico administrativo.

Reflexo ou decorrência inafastável da decisão quanto aos elementos constitutivos do objeto do certame, além do aspecto referencial para a elaboração do projeto básico, é a decisão acerca da definição dos requisitos de admissibilidade das propostas quanto à qualidade do objeto que sejam toleráveis em face do regime principiológico jurídico-administrativo.

Requisitos de admissibilidade das propostas, no tocante à qualidade do objeto, são as características técnico-qualitativas que o bem ou serviço deverá apresentar para ter equivalência com a noção de vantajosidade. Constituem os requisitos mínimos de qualidade que deverão ser exigidos pela Administração e demonstrados pelos licitantes para que o serviço ou bem possa ser adquirido validamente pelo Poder Público. Para Marçal Justen Filho *"o edital tem de descrever adequadamente o objeto licitado, o que se traduz não apenas numa definição genérica do objeto, mas também em atributos qualitativos reputados indispensáveis para satisfazer as necessidades da Administração".*[63]

Decidir sobre quais as características mínimas de qualidade técnico-material que deverá conter o bem ou serviço objeto do certame implica estabelecer nova discriminação, o que põe em evidência o caráter competitivo do certame licitatório, sob juízo, pois, de valoração hierárquica. A decisão administrativa tocante aos requisitos de admissibilidade das propostas em relação à qualidade do objeto será

[60] Não se trata aqui da indicação sucinta do objeto da licitação que deverá conter o edital consoante disposto no artigo 38, caput. A previsão de que o objeto deverá ser indicado de forma sucinta não afasta a necessidade de mais precisa, ampla e adequada definição e delimitação na fase interna do certame.

[61] Que, nos termos do artigo 6º, IX, da Lei nº 8666/93 "é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução".

[62] Cumpre lembrar que toda a forma de seleção é discriminatória, e que, portanto, a discriminação é da essência da licitação. O que se afirma é que a decisão acerca do objeto da licitação não poderá ensejar discriminação destituída de qualquer relação técnico-lógico-jurídica com a efetiva necessidade pública que se pretende atender.

[63] Ob.cit.p.390.

legítima e válida se possibilitar a conjugação de dois valores jurídicos relevantes, quais sejam, a ampla participação de potenciais interessados em contratar com a Administração, e, a excelente qualidade dos bens ou serviços a serem contratados. São objetivos de interesse público que não podem ser afastados ou relevados por conta de requisitos de qualidade do objeto incompatíveis com a real e concreta necessidade pública.

6.3 A DECISÃO ACERCA DOS REQUISITOS DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME – AS EXIGÊNCIAS POSSÍVEIS COMO CRITÉRIO AUTORIZATÓRIO DA PARTICIPAÇÃO

Tão relevante na fase interna da licitação quanto a definição do que se pretende contratar, é a decisão acerca de quem deve ser admitido a competir pelo direito de licitar e de contratar com o Poder Público. As cautelas administrativas que produzem uma adequada e legítima decisão sobre o objeto do certame e sobre os requisitos mínimos de qualidade esperados devem, para que restem assegurados o princípio da isonomia e a busca da proposta mais vantajosa, estar presentes em igual intensidade quando da decisão sobre os critérios ou requisitos de participação dos particulares na licitação.

A decisão administrativa sobre os critérios ou requisitos discriminatórios da participação de particulares no certame importa igualmente ponderação axiológica e está sujeita a limites precisos deduzidos do sistema normativo administrativo-constitucional.

Decidir sobre limites à participação na licitação implica superar outro conflito valorativo entre o ideal administrativo tocante à execução do objeto e o direito isonômico dos particulares de participar da licitação e de contratar com a Administração Pública. A superação legítima deste conflito produz decisão administrativa válida que autoriza a fixação de requisitos discriminatórios necessários e indispensáveis ao atendimento eficiente da necessidade administrativa.

O princípio constitucional da isonomia confere aos particulares igual direito de travar relações negociais com o Estado e de desfrutar dos benefícios e das garantias da condição de contratado da Administração Pública. A decisão administrativa na fase interna da licitação concernente à fixação de limites ao exercício deste direito impõe discriminação que somente será tolerável, sem quebra da isonomia, se, houver correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação decidida em função dele.[64]

[64] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 37. Sustenta ainda o autor que “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional” (p.21).

De outro lado, a fixação de requisitos de discriminação à participação no certame licitatório é dever que se impõe ao Administrador, pois não se há de supor, por evidente e lógico, que a totalidade dos particulares detém capacidade jurídica e técnica para satisfazer qualquer demanda ou necessidade pública.

Este limite, prefacialmente, afirma a importância da precisa e adequada definição e delimitação do objeto do certame. A indefinição ou delimitação inadequada do objeto da licitação dificulta e pode inviabilizar a correta eleição dos aludidos requisitos ou critérios. O exercício deste dever de estabelecer critérios técnico-jurídicos para a escolha de particular apto a ser contratado pela Administração Pública mediante processo licitatório parte do objeto da licitação.[65] Deste modo, o aspecto nuclear limitador da discrição decisória administrativa quanto aos requisitos a serem exigidos dos particulares para que sejam reputados habilitados a licitar e a contratar com o Poder Público é a relação jurídico-material direta e estreita entre o requisito ou critério discriminatório fixado e o objeto da licitação. Conclui-se, neste sentido, que a medida de validade de qualquer requisito discriminatório e limitador do direito de participar do certame ou de contratar com o Estado é o objeto da licitação, pois é a partir dele que serão definidas e eleitas as qualidades e características técnico-jurídicas que deverão apresentar aqueles particulares que tenham interesse legítimo de estabelecer vínculo contratual destinado à realização parceira do interesse público. Como bem pondera Marçal Justen Filho *"cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado".*[66]

O particular que satisfaz os requisitos estabelecidos pela lei ou pela Administração para participar da licitação - e caso sagrado vencedor do certame para com ela contratar - é reputado idôneo. Como informa Adilson de Abreu Dallari, a idoneidade é atributo ou característica do licitante, e não da proposta:

> *Antes de qualquer cogitação em torno da proposta, cumpre saber e aquele que a formula é idôneo, isto é, se possui capacidade jurídica para contratar (não basta possuir personalidade jurídica, é preciso ter capacidade jurídica, o que é um plus em relação à personalidade e a pressupõe), capacidade técnica para poder executar a prestação objeto do futuro contrato e, finalmente, capacidade financeira para arcar com os ônus (custos e responsabilidades) inerentes à execução, pois é inconcebível o pagamento antecipado por parte da Administração.*[67]

[65] Trata-se aqui da discriminação realizada pelo administrador público, sendo certo que existem discriminações taxativamente estabelecidas na lei e que se aplicam indistintamente em todos os processos licitatórios a que Marçal Justen Filho denomina de condições genéricas do direito de licitar: "são genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta" (ob.cit.p.299).
[66] Ob. cit. p. 299.
[67] Ob. cit. p. 110.

A decisão administrativa na fase interna da licitação em relação à qualidade técnico-jurídica dos particulares licitantes tem por finalidade instituir requisitos discriminatórios que possibilitem aferir (i) a sua aptidão jurídica para, legítima e validamente, adquirir direitos e contrair obrigações; (ii) a existência das condições técnicas suficientes para a realização satisfatória do objeto; e (iii) a existência das condições econômico-financeiras suficientes para suportar os encargos da execução do objeto sem intervenção da Administração.

A validade desta decisão está condicionada à demonstração inequívoca[68] (motivação) de que as exigências têm relação direta com o objeto; que não afrontam dispositivo legal expresso; que são imprescindíveis à atuação do particular quando da execução contratual; e, que são razoáveis e proporcionais à medida da necessidade pública a ser satisfeita pela contratação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada se pode concluir que, de todas as decisões administrativas proferidas no curso de um processo licitatório, aquelas exaradas na sua fase interna são as que se revestem de maior relevância. Estas decisões instituem os fundamentos e alicerces fático-jurídicos que balizarão a conduta administrativa ao longo do certame e são indissociáveis da satisfatória concretização do interesse ou finalidade pública que se pretende atender mediante contratação de parceiro particular.

Como inexiste possibilidade de previsão normativa expressa acerca de todas as hipóteses-problema que se postam diante do administrador na fase de escolha destes fundamentos do processo licitatório, e, considerando que não é a ele dado deixar de exercer as atribuições inerentes à função administrativa, instaura-se a necessidade de integração normativa de cunho valorativo-discricionário vinculada aos princípios administrativo-constitucionais.

Desta feita, percebe-se a estreita vinculação entre as decisões administrativas produzidas nesta fase. A decisão relativa à definição e extensão do objeto da licitação induz à necessária fixação de requisitos mínimos de qualidade, somente toleráveis em face do sistema jurídico se indispensáveis à execução contratual eficiente e adequada. Definido o objeto e com substrato na sua exata conformação cumpre selecionar os particulares detentores das condições técnico-jurídicas necessárias para executá-lo. Esta seleção deve tomar em conta os requisitos de aptidão jurídica, capacidade técnica e de capacidade financeira que sejam reputados indispensáveis em juízo de valoração lógico-jurídico em relação ao objeto concretamente definido e delimitado.

[68] Lembrando que esta análise diz respeito às exigências e condições específicas de cada licitação, e não àquelas estabelecidas genericamente por determinação legal.

Deve-se referir, por fim, que as decisões administrativas da fase interna da licitação destinam-se a superar conflito axiológico-normativo na medida em que exigem do administrador a adoção de posicionamento administrativo que simultaneamente assegure aos particulares o direito constitucionalmente previsto de disputar as licitações, e caso vencedor delas contratar com o Poder Público; e institua discriminações legítimas – afastando, pois, do certame determinados particulares – com o propósito de garantir que a execução do objeto por parceiros privados seja a mais vantajosa.

A validade das decisões em exame está condicionada, portanto, à demonstração inequívoca, por argumentos de ordem fático-jurídica consistentes, de que dentre todas as opções possíveis aquela adotada foi a que mais consonância apresentou com os princípios, normas e valores que regem o sistema jurídico administrativo-constitucional.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DALLARI, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

DROMI, Roberto. Licitacion Publica. 2ª ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. 3ª Ed. Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 3ª ed. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo. 1998.

HEGEL. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo, Dialética, 2003.

KUHN, Thomas. A estrutura das Revoluções Científicas. 5ª ed.. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

PEREIRA, André Gonçalves. Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo. Lisboa, Edições Atica, 1962.

PEREIRA JR., Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 5º ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro. Curitiba: Juruá, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTOS, José Anacleto Abduch. AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA FASE INTERNA DO PROCESSO LICITATÓRIO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas

bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.