

A CALIBRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Por: Paulo Sérgio de Monteiro Reis

Advogado e engenheiro civil. É Professor aposentado da Universidade Federal do Pará, tendo exercido diversos cargos e funções na administração pública, inclusive Presidente de Comissão Permanente de Licitação e Pregoeiro, Diretor-Geral de Tribunal Eleitoral e Chefe de Departamento de engenharia. É consultor, ministra cursos e profere palestras sobre o tema licitações e contratos administrativos.

O ordenamento jurídico relativo aos processos de contratação pública, quer se trate de contratação por licitação, que é a regra estabelecida na Constituição Federal, quer se trate de contratação sem licitação, a exceção também expressamente prevista na Carta Magna, é constituído por um conjunto de normas legais. Usualmente destacamos a Lei nº 8.666, de 1993, como sendo a Lei de Licitações. Não podemos esquecer, no entanto, que muito embora conste de seu art. 1º que essa Lei estabelece as normas gerais de licitações e contratos administrativas, a mesma só se perfaz se considerarmos todo o conjunto de normas legais sobre o assunto, como sendo, por exemplo, a Lei nº 10.520, de 2002, a Lei Complementar nº 123, de 2006, os Decretos regulamentadores (nº 10.70, de 1994, nº 3.555, de 2000, nº 5.450, de 2005 etc). Não é possível realizar um processo de contratação sem levar em consideração todo o conjunto de normas.

Em nossas andanças por esse maravilhoso e imenso país, temos tido a oportunidade de contactar permanentemente com servidores públicos de todas as esferas de governo, em sua maioria pessoas muito interessadas em evoluir, em aprender mais e sempre, como forma de obter não só uma evolução pessoal e profissional, como também com o objetivo de bem servir à administração pública. De igual forma, temos contactado com muitos representantes da iniciativa privada, que buscam aperfeiçoar seus conhecimentos para que tenham maiores e melhores oportunidades de alcançarem sucesso nos processos de contratação da administração. E notamos, quase sempre, em todos eles um traço comum: a dificuldade na correta interpretação das normas legais com as quais convivem permanentemente.

É oportuno registrar, de início, que essa dificuldade não é registrada somente nesse segmento. De um modo geral, a sociedade encontra dificuldades em se posicionar corretamente diante de uma regra legal, o que ocasiona, inúmeras vezes, o cometimento de infrações que levam de meras admoestações a punições mais severas. Estamos nos referindo especificamente às infrações cometidas pela dificuldade no entendimento das disposições legais e regulamentares, sem qualquer intenção de agir dolosamente. Mas, fundamentalmente, infrações legais que não podem e nem devem ser simplesmente perdoadas, especialmente quando ocasionam, como inúmeras vezes acontece, prejuízos ao interesse público.

O que precisamos fazer, todos nós envolvidos no processo, quer como doutrinadores, quer como legisladores, quer como usuários da lei, quer como ordenadores de despesas na administração pública, é procurar cada vez mais intensificar o processo de qualificação das pessoas envolvidas, especialmente (mas, não só) no lado da administração pública. Se é certo que temos observado uma crescente atenção em relação a essa qualificação, com destaque neste período posterior à legislação do Pregão, que, em um momento extremamente feliz, condicionou a atuação como Pregoeiro à prévia qualificação do servidor selecionado, não é menos certo que ainda existe um enorme caminho a ser percorrido. Não é justo com o servidor público fazê-lo trabalhar em processos de contratação da administração sem o adequado preparo para manejar as diversas normas legais vigentes. Muito menos justo, ainda, é obrigar a administração pública a pagar caro por bens e serviços de baixa qualidade, bem como submetê-la às infelizmente corriqueiras demandas judiciais, porque tudo isso representa um enorme desperdício dos tão carentes recursos públicos, desperdício esse com o qual a sociedade brasileira não mais aceita conviver, por saber que ela, sociedade, é quem está pagando toda essa conta.

Vamos abordar neste artigo, topicamente, algumas situações que tivemos oportunidade de conhecer e que se repetem com uma frequência absolutamente indesejável. Não temos, que fique claro desde já, a pretensão de esgotar o assunto. Até por se tratar de uma discussão filosoficamente longa e que não poderia se cingir aos limites de um artigo como este. Temos, sim, a pretensão de colocar o assunto em discussão, para que os interessados apresentem suas contribuições fundamentais para o tema, que irão se somando e contribuindo cada vez mais para o aperfeiçoamento da qualificação das pessoas envolvidas no processo.

Várias são as formas de interpretação de normas legais. Normas essas que muitas vezes não são escritas com os cuidados necessários para um documento que vai ser colocado à disposição da sociedade, para que ela lhe dê aplicação real, colocando-o em prática. Uma norma legal objetiva sempre ditar um comportamento e nesse sentido deveria ser escrita com todo o cuidado para que todas as pessoas pudessem entendê-la com facilidade, permitindo a sua efetiva aplicação na sociedade. Por diversos motivos que não cabe aqui analisar, isso muitas vezes não ocorre. Temos em nosso ordenamento jurídico normas legais conflitantes e normas legais

absolutamente incompreensíveis para as pessoas envolvidas no processo, que por isso mesmo acabam por não ser aplicadas corretamente.

Em outras situações, no entanto, a aplicação incorreta advém não de um texto mal escrito, mas sim da dificuldade de interpretação desse texto. Este fato também ocasiona inúmeras infrações às normas legais. E estas nos parecem mais graves, na medida em que o legislador se esmerou na preparação da norma e as regras dela constantes não são aplicadas corretamente porque os respectivos usuários não conseguiram entendê-las por uma deficiência própria de qualificação para interpretação.

Todos sabem que provavelmente a pior forma de interpretação é a literal. É, sem dúvidas, a que mais conduz a erros. As palavras são muito enganosas. Muitas vezes nos deparamos com palavras que aparentemente não deixam margem a qualquer dúvida. Mas, que no contexto da norma legal apresentam uma conotação absolutamente diversa. Um NÃO é sempre encarado como uma negação absoluta. No entanto, em muitas regras legais, o NÃO deve ser entendido como uma permissão legal, que deve ser usada necessariamente sob pena de cometimento de uma ilegalidade.

Vale trazer à colação texto da lavra do eminente hermeneuta Carlos Maximiliano sobre as dificuldades do entendimento do real significado de uma palavra. Disse o Mestre:

“A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outras para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. E por sua natureza elástica e dúctil, varia de significado com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades: debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de idéias. Traçar um rumo nesse mar revoltoso; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete. Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico”.

Pessoalmente, posicionamo-nos no sentido de que a correta interpretação de uma norma legal deve sustentar-se necessariamente em dois pilares: nos princípios que regem essa norma e na lógica. Qualquer interpretação que não leve na devida conta os princípios e a lógica conduzirá a um caminho perigoso, que dificilmente indicará a solução mais adequada para o entendimento do caso concreto.

Carlos Ari Sunfeld assim definiu princípio jurídico:

“É a norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.”

Deve-se extrair da definição do Eminentíssimo Jurista a lição de que existe uma hierarquia entre princípio e regra. Aquele está em posição hierárquica superior, na medida em que mostra o caminho correto para aplicação da regra, determinando o seu sentido e o limite de sua aplicação.

No Direito Romano, o tribuno Celso já havia afirmado: “*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. Ou, em nossa língua: “*Saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder (o sentido e o alcance)*”.

Sem o exato conhecimento dos princípios que regem determinada regra, a aplicação desta torna-se um ato lotérico, no qual o usuário da norma tentará, por mero palpite, encontrar o sentido e o alcance da mesma. Em uma loteria, como todos sabemos, a chance de errar é muito maior do que a chance de acertar. E isso também ocorrerá nessa situação. Aquele que tenta interpretar uma disposição legal sem levar em conta os princípios que a regem tem uma tendência muito maior a errar do que a acertar. E aí entra em ação a famosa Lei de Murphy: se a tendência é errar, o erro ocorrerá fatalmente.

Quando o intérprete conhece os princípios, encontrará com facilidade o caminho correto para aplicação da lei, bastando para tanto aplicá-los com lógica. A interpretação principiológica indicará, com a mais absoluta certeza, o sentido da lei e o seu limite de aplicação (alcance), fazendo com que o intérprete, nessas condições, sequer corra o risco de errar. A margem de erro é eliminada.

Mas, tudo isso implica em um esforço adicional. Isto porque, na maioria dos casos, o intérprete se vê não diante de um único princípio, mas de um conjunto deles. E, em diversas ocasiões, alguns desses princípios componentes do conjunto são contraditórios no caso concreto. Ou, diria melhor, aparentemente contraditórios, pois se o intérprete examinar o caso concreto à luz do ordenamento jurídico concluirá que a contradição não existe. O que se torna necessário nessas situações é que se tenha a devida cautela de harmonizar os princípios componentes do conjunto, de tal forma que todos eles prevaleçam, mas sopesando-se devidamente a intensidade de cada um deles. Na realidade, portanto, nunca devemos deixar completamente de lado um dos princípios do conjunto que rege uma regra. Todos eles devem estar necessariamente presentes na interpretação, para que esta

efetivamente alcance o objetivo colimado. Mas, nem sempre na mesma proporção. A busca do percentual ideal do peso de cada princípio, de forma a obter um resultado final harmônico com o ordenamento jurídico, é a principal tarefa do intérprete. O reconhecimento e a identificação dos princípios aplicáveis ao caso concreto é um passo importante; a análise lógica de cada um desses princípios dentro do contexto, de forma a identificar a participação efetiva na equação final, é o passo final que irá permitir ao intérprete legal visualizar com absoluta perfeição o sentido e o alcance da lei.

Vamos trabalhar em cima de um exemplo concreto, para através dele esclarecer dúvidas que possam existir. Imaginemos um processo de contratação da administração pública. Como regra, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal vigente, esse processo passará por uma fase de licitação. Nesta, a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro, conforme o caso, terá, entre outras, a tarefa de julgar propostas. Imaginando tratar-se de uma licitação do tipo “menor preço”, diz a Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 45, § 1º, inciso I, que será declarado vencedor “o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço”.

A disposição legal parece-nos muito clara e sem maiores dificuldades de entendimento: antes de examinar o preço ofertado, o julgador (Comissão ou Pregoeiro) precisará verificar se cada proposta atende ou não as condições estabelecidas no edital ou no convite. Quando chegar à conclusão de que uma proposta não atende essas condições, a mesma será imediatamente desclassificada do certame, pois assim dispõe o art. 48, inciso I, do mesmo diploma legal.¹

Somente as propostas que forem aprovadas nessa primeira análise é que terão seus preços examinados. E dentre eles deverá ser selecionada a de menor preço. Aí teremos então, conjugando o atendimento às especificações estabelecidas no ato convocatório com o menor preço, a proposta mais vantajosa para a administração que está promovendo a licitação, que é o objetivo primordial do processo licitatório, como dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

O julgamento assim realizado será o adequado se tiver levado em consideração os princípios que regem essas disposições legais, analisando-os com lógica. Assim, por exemplo, quando a Lei determina a desclassificação das propostas que não atendem às especificações editalícias, não está se referindo às assim denominadas falhas formais. Que são falhas cometidas na elaboração das propostas que, no entanto, não elidem a essência da licitação e não trazem qualquer prejuízo à administração que está promovendo o certame.

Imaginemos que, em um pregão realizado na forma presencial², ao abrir o envelope apresentado por um dos licitantes, o pregoeiro constata que a proposta apresentada não está assinada. Todos sabemos que uma proposta não assinada não tem valor legal. O que deve, então, fazer o pregoeiro diante dessa situação: desclassificar a proposta pela ausência de assinatura do seu autor? A resposta é negativa. Como o autor da proposta (ou seu representante legal com poderes para a prática de qualquer ato exigido no certame, nos termos da Lei) está ali presente, deve o pregoeiro solicitar que o mesmo assine a proposta, tornando-o juridicamente adequada, resolvendo, dessa forma, a falha formal apresentada. E deve fazê-lo em nome dos princípios da competitividade (a obtenção da proposta mais vantajosa passa necessariamente pela competição), da legalidade (o decreto regulamentador recomenda expressamente esse comportamento)³ e da supremacia do interesse pública, entre outros.

Pergunta-se, então: pode o pregoeiro adotar o mesmo procedimento diante de uma falha material cometida na proposta? Por exemplo, se o objeto do certame for a aquisição de papel tamanho A4, branco, em resmas de 500 folhas, e um licitante oferecer em sua proposta papel tamanho A4, reciclado, em resmas de 500 folhas, essa proposta poderá continuar no certame ou deve ser desclassificada? Admita-se que essa proposta seja a de menor valor. Poderia o pregoeiro, invocando os princípios da economicidade e da supremacia do interesse público, considerar essa como a proposta vencedora? A resposta é negativa. Ainda que efetivamente, em um primeiro momento, esses princípios possam conduzir a esse tipo de raciocínio, a resposta negativa é a que se apresenta como a mais harmônica para o atendimento ao ordenamento jurídico, na medida em que invocarmos, ao lado desses, os princípios da legalidade e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por exemplo. Estes dois princípios também estão presentes de forma indissociável no julgamento das propostas em certames licitatórios. Ao lado dos princípios acima citados, da economicidade e da supremacia do interesse público, eles compõem o conjunto de princípios que o julgador precisa necessariamente considerar na sua tarefa de julgar. E aí entra em cena a busca da proporção adequada com que cada princípio deve ser considerado nesse

¹ Art. 48. Serão desclassificadas:

1 - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

² Nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, nas licitações realizadas na modalidade pregão presencial o próprio licitante ou um seu representante legal deverá estar necessariamente presente na sessão pública do certame, desde o momento do credenciamento até o seu encerramento. Nesse sentido, ver as disposições do art. 4º, incisos VI e VII dessa norma legal.

³ Ver o Decreto nº 3.555, de 2000, em seu art. 5º, par. único.

juízo, o percentual que indicará o peso de cada um deles. Todos são importantes, todos precisam estar presentes (assim como outros indispensáveis, como o princípio constitucional da igualdade), mas devem ser devidamente sopesados para que se alcance o objetivo final com sucesso.

No primeiro caso, tratando-se de mera falha formal, os princípios da competitividade, da economicidade e da supremacia do interesse público devem entrar no juízo com um peso maior do que o que terá o princípio da vinculação ao edital. Este também estará presente, especialmente quando se julgar o que é de uma falha formal que não prejudica a essência da licitação e o que é uma falha material que levaria ao chão todo o processo. Uma coisa é permitir que o licitante que, por mero esquecimento, deixou de assinar uma proposta, o faça agora, na sessão pública, diante de todos os demais licitantes. Uma coisa, completamente diversa, seria permitir a seleção de uma proposta que oferecesse um bem diferente daquele que a administração pretende (porque precisa) adquirir para solucionar um problema que foi identificado (no exemplo, a falta de estoque de papel A4, branco, em seu almoxarifado). No primeiro caso, permitiu-se a continuidade do licitante no processo porque a falha que ele cometeu em nada prejudicou o certame, o qual, aí sim, seria prejudicado na busca da proposta mais vantajosa com a sua ausência. No segundo caso, não se permite a continuidade do licitante na medida em que ele está oferecendo um bem diferente daquele que a administração precisa.

Observe-se que todos os princípios foram considerados no juízo. Nenhum deles foi afastado. Mas, o peso de cada um deles no juízo é que foi devidamente mensurado para possibilitar a obtenção do melhor resultado final.

Muitas vezes, a administração pública se vê tentada a abandonar um princípio fundamental em nome de outro. Por exemplo, já examinamos situações em que o pregoeiro aprova uma proposta de valor muito reduzido, sem cumprir a sua obrigação legal de examinar a inexecutabilidade do valor cotado, alegando simplesmente que quanto menor o preço contratado maiores serão as vantagens da administração pública. Não é bem assim. A invocação do princípio da supremacia do interesse público, da defesa do erário, não é motivação suficiente para decretar a morte dos demais princípios, como o da legalidade, por exemplo. Os dois precisam conviver, ainda que um deles tenha maior peso do que o outro. Mas, nunca podemos simplesmente eliminar um princípio.

O E. Tribunal de Contas da União já apreciou situação da espécie. E se pronunciou exatamente nesse sentido. Encontramos tal posicionamento no Acórdão 1608/2007 – TCU - Plenário, do qual extraímos o seguinte excerto:

“Em primeiro lugar, manifesto minha concordância com o entendimento exarado pelo douto Procurador-Geral no sentido de que ‘o cumprimento do interesse público primário, conforme preconizado pela moderna doutrina administrativista, **não se realiza pela simples e absoluta defesa do erário ou pela obtenção de vantagens pela Administração Pública**. Ou seja, não se pode concluir que a necessidade de ressarcimento ao erário – especialmente se à luz do sistema jurídico não houver débito – seja a melhor forma de realizar o interesse público. **O interesse público se cumpre com o respeito à ordem jurídica**. Somente quando as normas que compõem o sistema jurídico são observadas se pode falar em plena realização do interesse público.” (destaques nossos)

Em situação que guarda semelhança, o TCU examinou a aplicação pura e simples do princípio da legalidade no juízo de uma licitação. Deixando de lado todos os demais princípios, também fundamentais nesse juízo, o órgão envolvido anulou uma licitação por constatar a presença no certame de vícios de legalidade. Realmente, esses vícios existiam e indicavam o caminho da decretação da nulidade do processo. Mas, será que esse era o melhor caminho? Será que sopesando devidamente o conjunto de princípios presentes no caso (e não simplesmente o princípio da legalidade), concluiríamos que o sentido e o alcance da lei seriam melhor atendidos com a anulação da licitação? Ou outro caminho mais adequado deveria ter sido adotado. Mesmo reconhecendo a legalidade da decisão de anulação, o TCU se posicionou claramente no sentido de que, em futuros julgamentos, o órgão levasse em conta igualmente os demais princípios para obter o melhor resultado final. Nesse sentido o Acórdão 142/2008 – TCU - Plenário, *in verbis*:

“6.7. Dessa forma, mesmo reconhecendo-se que o ato de anulação esteja revestido de legalidade, é necessário chamar a atenção para que a administração, ao aplicar a lei, ainda que a sua aplicação seja imperativa, considere que o excesso de rigor em sua aplicação pode gerar prejuízos que poderiam ter sido sanados com fundamento em outros princípios, de similar importância, como os princípios do interesse público, da economicidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.”

Já nos deparamos, também, com situação fática em que a administração pública, para privilegiar a competitividade e a economicidade, admitiu a possibilidade de adotar um procedimento licitatório não previsto em Lei. No caso, a administração envolvida pretendia realizar um pregão eletrônico. Mas, considerando que essa licitação é encerrada pelo Sistema utilizado, de forma aleatória, em um momento qualquer do tempo variável de 30 minutos, e que esse encerramento poderia se dar em um instante em que o preço ideal ainda não tivesse sido alcançado (isto é, em um momento em que os demais licitantes ainda tivessem a pretensão de enviar novos lances), pretendia o órgão licitador permitir a continuidade da fase de lances mesmo após o Sistema haver

encerrado-a. Para não ficar qualquer dúvida: o órgão pretendia permitir que os demais licitantes continuassem enviando seus lances mesmo quando o certame já estivesse na fase de negociação com o detentor da proposta de preço mais baixo. Isso tudo para possibilitar obter o menor valor possível no certame.

Não se critica a busca do preço mais baixo. Mas, essa busca deve ser feita na forma da legislação vigente. Não existe na Lei nº 10.520, de 2002, fundamento legal para a utilização dessa alternativa no pregão eletrônico. E, assim, o princípio constitucional da legalidade não pode ser simplesmente ignorado, sob pena de conduzir o certame ao caminho da ilegalidade.

Diante de uma situação como essa, como agir? Parece-nos fácil. Basta realizar a licitação na modalidade pregão presencial, na qual o encerramento da fase de lances verbais se dá não aleatoriamente, mas no momento em que o pregoeiro não tiver mais ofertas para receber, pela desistência dos licitantes. Observe-se que os princípios da supremacia do interesse público e da economicidade continuaram sendo atendidos em sua plenitude, sem que se ofendesse o princípio, igualmente fundamental, da legalidade. O ordenamento jurídico apresenta solução para todos os problemas. Basta aplicá-lo com inteligência e com a real intenção de agir corretamente.

Concluimos conclamando a todos que sempre interpretem principiologicamente as normas legais. Somente através dos princípios é que encontraremos o sentido e o alcance da lei. E o melhor resultado será sempre obtido na medida em que esses princípios sejam examinados de acordo com a lógica, fazendo-se a devida calibração dos mesmos diante do caso concreto, para que todos eles sejam atendidos, mas com a devida mensuração do peso de cada um para a efetiva obtenção, nos processos licitatórios, da proposta mais vantajosa para a administração.