

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
ANDRÉ LUIZ BONAT CORDEIRO**

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS LICITAÇÕES VINCULADAS A
AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO: REPERCUSSÕES PARA AS
EMPRESAS LICITANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania das Faculdades Integradas Curitiba, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.
Orientadora: Professora Doutora Gisela Maria Bester

CURITIBA
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANDRÉ LUIZ BONAT CORDEIRO

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS LICITAÇÕES VINCULADAS A
AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO: REPERCUSSÕES PARA AS
EMPRESAS LICITANTES**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba.
Banca examinadora constituída pelos seguintes Professores:

Presidente:

Prof. Dra. Gisela Maria Bester

Primeiro Membro Avaliador

Segundo Membro Avaliador

Curitiba, 29 de Janeiro de 2007.

Dedico esta Dissertação à minha
esposa Michelle, fonte inesgotável
de amor e companheirismo.
E também aos meus Pais, Mário e
Zelinda, sem os quais meu
caminhar nos estudos jurídicos
sequer teria sido iniciado.

Meus agradecimentos são,
primeiramente, aos meus sócios
de Escritório, que toleraram
minhas ausências em prol deste
trabalho.

Agradeço, ainda, em especial, aos
Professores Doutores Gisela Maria
Bester e Paulo Marcio Cruz, meus
incansáveis orientadores.

E agradeço também aos
Professores Doutores Romeu
Felipe Bacellar Filho e José
Roberto Vieira, que, juntamente
com minha orientadora,
Professora Gisela, integraram a
banca de qualificação do projeto
desta Dissertação e muito
contribuíram à melhoria deste
trabalho.

“Um texto, depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas da sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por consequência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual.” (Umberto Eco)

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
Capítulo 1: A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PRÉ-CONTRATUAL PÚBLICO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	18
1.1. CONCEITO E DEFINIÇÃO	18
1.1.1. Escorço conceitual	18
1.1.2. Panorâmica revisão doutrinária	20
1.1.3. A licitação como instrumento pré-contratual.....	21
1.1.4. Núcleo do conceito de licitação (essência empresarial): a competitividade	23
1.1.5. Construção conceitual própria	25
1.2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DAS LICITAÇÕES	26
1.2.1. Breve histórico	26
1.2.2. Estado Constitucional	28
1.2.3. Evolução histórica no Brasil	30
1.2.4. O Estado de Direito como produto	35
1.3 – AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS	36
1.3.1. Abrangência da expressão	36
1.3.2. Viabilização do empréstimo internacional	39
1.3.3. A origem do financiamento internacional	42
1.3.4. Razão das diretrizes que vinculam as licitações: a pretendida maior inclusão e sustentabilidade social	44
Capítulo 2: AS AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO	46
2.1 – CONCEITO E DEFINIÇÃO	46
2.1.1. Escorço conceitual	46
2.1.2. Classificação	47

2.1.3. A forma de constituição	48
2.1.4. A competência das organizações internacionais	50
2.1.5. A situação do Banco Mundial	52
2.2 – AS NORMAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO	54
2.2.1. A aplicação da norma internacional	54
2.2.2. A delimitação de competências do Estado-membro e da organização internacional	56
2.2.3. As restrições ao poder normativo das organizações internacionais	58
2.2.4. Ainda as restrições ao poder normativo das organizações internacionais: os princípios da especialidade e da subsidiariedade	61
2.2.5. A noção de ordem pública	62
2.3 – A RECEPÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DE LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO	64
2.3.1. A coexistência dos sistemas	64
2.3.2. A oposição das Teorias Dualista e Monista	68
2.3.3. O predomínio da teoria dualista no sistema brasileiro	71
2.3.4. A recepção da lei internacional no sistema brasileiro	74
2.3.5. A lei internacional dirigente das licitações vinculadas ao Banco Mundial face à legislação brasileira	78
2.3.6. Posicionamento dos órgãos controladores das condutas públicas	82
Capítulo 3: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	84
3.1 – PREVISÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES	84
3.1.1. A importância dos princípios constitucionais	84
3.1.2. Os princípios infraconstitucionais	87
3.1.3. Princípio da Legalidade	88
3.1.4. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	90
3.1.5. Princípio do julgamento objetivo das propostas	91
3.1.6. Princípios da isonomia e da impessoalidade	92

3.1.7. Princípio da competitividade	94
3.1.8. Princípio da publicidade	95
3.1.9. Princípio da eficiência	96
3.1.10. Princípio da moralidade	97
3.1.11. Princípios da ampla defesa e do contraditório	98
3.2 – APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ÀS LICITAÇÕES FINANCIADAS POR AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO..	100
3.2.1. Conceito de sistema	100
3.2.2. O sistema jurídico	101
3.2.3. A função do sistema	107
3.2.4. A consequência do sistema	108
3.3 – DISCUSSÃO SOBRE A VALORAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL DAS LICITAÇÕES	113
3.3.1. A noção de sistema e os princípios	113
3.3.2. Os diferentes graus dos princípios do sistema	115
3.3.3. O reflexo dos princípios no âmbito do sistema jurídico	118
3.3.4. Os princípios constitucionais fundamentais	118
3.3.5. A adoção da postura constitucionalista	121
Capítulo 4: AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS DO BANCO MUNDIAL COMO MODELO PARA ANÁLISE	123
4.1. LINHAS INTRODUTÓRIAS GERAIS	123
4.2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	125
4.3. A DISTINÇÃO DE ORIGEM DAS LICITANTES E OS CONSÓRCIOS	127
4.4. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	128
4.5. O DEVIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	133
4.6. O CURSO FORÇADO DA MOEDA NACIONAL	135
4.7. A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO	136
4.8. A PREVISÃO DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	139
4.9. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	140

4.10. A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NORMATIVOS	141
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	147

RESUMO

As constantes mutações observadas no cenário mundial na atualidade não produziram resultados unicamente nas relações comerciais particulares, travadas entre conglomerados empresariais, mas também nos próprios Estados. Em face do dinamismo das inovações verificadas, os entes estatais não tiveram condições de suprir todas as necessidades surgidas, sendo compelidos a modificar suas políticas econômicas. No caso brasileiro em especial, não hesitou o Estado em se retirar do mercado, assumindo postura nitidamente liberal - que só no atual governo teve seu ritmo desacelerado - chamando os particulares para a execução das mais diversas atividades – muitas delas, historicamente, sempre desenvolvidas pelo próprio Estado. Ganhou maior importância, com isso, o instituto da licitação. Agora, porém, diante dos avanços decorrentes da globalização e das dimensões e complexidade dos objetos licitados, em muitas ocasiões os certames estão vinculados a financiamentos de agências internacionais de fomento. Portanto, a dissertação pretende examinar, sob a óptica do sistema constitucional brasileiro, as efetivas conseqüências da vinculação das licitações a financiamentos concedidos por agências internacionais de fomento, notadamente ao se considerar que nessas licitações “especiais”, concomitantemente ao direito pátrio, são aplicadas normas próprias dos entes internacionais.

ABSTRACT

The constant changes witnessed on the current world scene have not led to results only in private business relationships, being confined to business conglomerates. They have also had an effect on States. In light of the dynamism of the innovations that have been seen, state bodies have been unable to meet all the needs that have arisen, and have been compelled to modify their economic policies. In the case of Brazil, especially, the State has not been falter in withdrawing from the market, assuming a markedly liberal stance – which has only become less accentuated during the mandate of the current government – with the private sector being summoned to carry out a growing array of activities, many of which have historically been the responsibility of the State. Bidding has become increasingly important in this context. Now, however, the advances resulting from globalization and the dimensions and complexity of that which is put out to tender, the disputes often involve financing to international development agencies. In this context, aim of this dissertation is to examine, under the lens of the Brazilian constitutional system, the effective consequences of linking bids to financing provided by international development agencies, most notably bearing in mind that these “special” bids, along with the laws of the land, are subject to the norms of the international agencies.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação abrangerá noções tradicionais de Direito Administrativo – especificamente do instituto da licitação –, porém, inovará na sua leitura e aplicação (sempre à luz do sistema constitucional brasileiro), demonstrando as significativas mudanças observadas quando, por razões metajurídicas, uma licitação é vinculada a financiamentos de agências internacionais de fomento.

Nestes casos, será visto que as diferenças no transcurso dos processos licitatórios se devem ao fato dessas agências internacionais possuírem regimento próprio ou, mais especificamente, “diretrizes”¹, que são aplicadas nos certames em território brasileiro, muitas vezes incondicionadamente, pelos entes licitadores nacionais, gerando conflitos normativos com o sistema constitucional brasileiro.

Esta realidade jurídica decorre diretamente das modificações observadas nas sociedades, especialmente aquelas de países em desenvolvimento, ou ditos periféricos, em relação aos países centrais na nova ordem econômica mundial.

Em função do crescimento das necessidades a serem satisfeitas pelo Estado, tornou-se absolutamente inviável que todos os serviços sejam por ele prestados diretamente, sob pena de se desnaturar a sua essência. Ao invés de adotar a postura de um Estado de Bem-estar Social, que se faz “[...] empresário, utilizando-se das categorias jurídicas do Direito Privado para participar dos negócios, quando menos em setores básicos da economia”², o Estado (ao menos o Brasileiro) prefere caminhar em sentido inverso, apenas controlando a execução dos serviços públicos pelos particulares.

Daí advém a pertinência do tema desta dissertação em relação à linha de pesquisa “Atividade empresarial e Constituição: inclusão e sustentabilidade” do Mestrado em Direito com concentração na área de “Direito

¹ Como se costuma denominar em língua inglesa: *guidelines*.

² BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico (Desenvolvimento econômico. Bem-estar social)*, p. 27.

Empresarial e Cidadania”. Isso porque, quando se trata de financiamentos concedidos por agências internacionais de fomento, destinados à execução de obras e serviços públicos, a condição para a concessão dos empréstimos é que se destinem a fomentar necessidades básicas de países em desenvolvimento. Ou seja, os financiamentos concedidos pelas agências internacionais têm finalidade específica de auxiliar na melhoria das condições de saúde, educação, saneamento básico, higiene, transporte, dentre outras, de comunidades necessitadas.

Trata-se, portanto, de política financeira claramente voltada a uma maior inclusão e sustentabilidade de grupos carentes no contexto das sociedades em desenvolvimento. E em razão do aumento de tais projetos financiados, ganhou maior importância o instituto da licitação, porém, com algumas modificações decorrentes do fato de os projetos licitados serem financiados por agências internacionais de fomento.

Neste contexto há problemas, muitos dos quais decorrem principalmente do fato de que, embora a Lei nº 8.666/93 faculte a realização de licitações cujo objeto seja executado com recursos internacionais, em seu artigo 42, § 5º, ela não detalha a forma como devam ser implementados tais certames. Nas palavras de Adilson Abreu Dallari: “O fato é que as licitações internacionais são hoje muito mais freqüentes, mas o legislador não se deu conta de sua importância, a jurisprudência é mínima e a doutrina verdadeiramente escassa.”³

O que é mais grave nestas situações é que a ausência de previsão expressa de aplicação da Constituição Federal tem levado os entes licitadores⁴ à interpretação literal e à utilização exclusiva das normas internacionais nos certames. Esquecem, com isso, da existência, especialmente, dos princípios constitucionais aplicáveis: legalidade, ampla defesa, contraditório, publicidade, isonomia e outros.

Não se pode esquecer, portanto, que a prevalência das condições dos contratos internacionais de empréstimo e das diretrizes dos entes internacionais não é absoluta, devendo ser exercida dentro de alguns limites,

³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*, p. 15.

⁴ Frise-se que esses entes licitadores são as entidades públicas brasileiras, que conduzem os processos licitatórios.

consubstanciados nos princípios licitatórios de maior relevância. Indaga-se, assim, até que ponto esse poder normativo, extraordinariamente outorgado às agências internacionais de fomento, sobrepõe-se aos interesses e atos governamentais e legislativos internos do próprio Estado que está promovendo a licitação.

Justamente em função do conflito normativo observado surgem dúvidas, que serão analisadas nesta dissertação. Se por um lado os financiamentos internacionais representam uma alternativa para a execução de serviços e obras necessárias para a melhoria das condições do povo brasileiro – notadamente ao se considerar que os financiamentos citados só são concedidos se o objeto licitado voltar-se a obras e serviços visando à melhoria de condições educacionais, de saúde, de habitação, em regiões menos favorecidas – por outro lado, podem sacrificar a legalidade inerente ao processo licitatório e violar a própria base principiológica da Constituição Federal de 1988, o que parece ser inaceitável.

Neste contexto, o objetivo geral deste trabalho é o de demonstrar que a pretendida autoridade normativa das agências internacionais de fomento esbarra, por vezes, em aspectos internos dos Estados, impondo-se o veto a determinadas restrições ou imposições nos certames licitatórios. Isso porque, os atos normativos ditados pelas agências internacionais para as licitações a elas vinculadas não são, diretamente, fontes de direito aos licitantes, que estão vinculados apenas aos documentos da licitação, notadamente ao instrumento convocatório.⁵

Assim, mesmo aceitando-se que as agências internacionais possuam regramentos próprios, que formam o que Agustín Gordillo denominou de “*parasistema normativo*”⁶, com regras e normas de conduta diferentes do sistema jurídico vigente no Brasil, deve-se buscar a melhor forma de interpretá-las para evitar problemas dessa natureza. E, neste estudo, visa-se demonstrar que o caminho mais adequado para alcançar esta solução parece ser, ao menos no prisma sintático, a interpretação em conformidade com a Constituição, que

⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*, p. 246.

⁶ GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*, p. 100.

pressupõe a soberania estatal e considera a ordem jurídica como um sistema fechado, com fortes raízes positivistas.

O objetivo geral do estudo só será atingido, no entanto, se superados seus objetivos específicos, quais sejam:

(a) a análise da noção de licitação acatada pelo sistema positivo brasileiro, sob o viés constitucional e infraconstitucional, demonstrando-se principalmente as formas de sua implementação e a série de garantias que cercam o instituto quando realizado sob o manto da legislação pátria;

(b) a verificação da forma de implementação das licitações internacionais “financiadas” pelas agências de fomento e, ato contínuo, da série de peculiaridades existentes nos procedimentos licitatórios pregados pelas normas alienígenas e suas contradições com o sistema jurídico brasileiro;

(c) a demonstração de que a solução para os conflitos normativos nem sempre está na desconsideração da legislação pátria, devendo, por certo, ser buscada a resposta no próprio sistema positivo brasileiro, notadamente por sua função unificadora da legislação;

(d) e, por fim, a interpretação da legislação internacional não apenas no âmbito mais amplo do sistema positivo brasileiro, mas, específica e diretamente, em uma seara mais restrita, qual seja, a constitucional, notadamente consoante sua base principiológica, demonstrando-se que o interesse público do Estado e de toda sua coletividade (inclusive no que concerne ao respeito à soberania estatal e sua livre produção legislativa) deve sempre prevalecer ao interesse isolado dos organismos internacionais de fomento.

Para a investigação do objeto e como meio para se atingir os objetivos propostos neste estudo, ao invés de se tentar impor a interpretação decorrente de uma dada e única perspectiva de análise do tema, é mais prudente (e, acima de tudo, mais adequado para a sustentação científica do trabalho) argumentar-se com o inverso, principalmente ao se considerar que o Direito (enquanto normas positivas) é algo dado em abstrato pelo legislador, que, porém, só se concretiza no mundo através da atuação do seu intérprete, tornando-se, após a atuação deste último, algo construído.

Sendo a experiência jurídica concebível apenas no mundo circunstancial e concreto de cada coletividade, não há como se desconsiderar

aquilo que difere ou é contraditório em relação ao ponto de vista pretendido como mais adequado.

É por isso que justamente o método de trabalho aqui adotado, reconhecendo e procurando contra-argumentar com o oposto, é pregado pela dialógica. Ou seja, a busca das soluções pretendidas será, basicamente, ponderação e análise de problemas, como a Tópica pretendida por Theodor Viehweg (em *Tópica e jurisprudência*). Com essa metodologia própria de raciocínio problemático, portanto, pretende-se desenvolver o tema, que está dividido em quatro Capítulos (cada qual com suas subdivisões) a seguir apresentados.

O Primeiro Capítulo trata do instituto da licitação enquanto instrumento pré-contratual público no Estado Contemporâneo, iniciando pela conceituação do instituto, donde se extrai, em destaque, a necessária competitividade que o deve nortear para que se obtenha a melhor vantagem ao Estado contratante. Evolui-se, na seqüência, para a análise histórica da licitação, verificando-se sua origem no direito romano (mesmo que de forma um pouco diferente da concepção moderna), chegando-se, então, na atualidade, às licitações executadas com recursos de agências internacionais de fomento, onde, mesmo as regras do Estado licitador deixam de ser prioritárias, passando, por vezes (ao menos sob a óptica da agência internacional fomentadora), a uma posição secundária.

O Segundo Capítulo trata das agências internacionais de fomento propriamente ditas e suas peculiaridades. Inicia-se por sua conceituação, demonstrando tratarem-se de organizações intergovernamentais com finalidades específicas, geradas a partir de um tratado internacional, onde – diferentemente das comunidades internacionais – os Estados não abdicam de sua soberania em prol da organização, mas sim a mantém íntegra, sujeitando-se apenas a regras impostas pela organização. Ocorre, porém, que às organizações em questão não é dado interferir contrariamente à legislação de seus Estados-membros, especialmente quando a legislação conflitante tem natureza constitucional. Os poderes outorgados a tais organizações, em verdade, são aqueles “implícitos” nas suas tarefas e propósitos inicialmente estabelecidos pelos Estados-membros, conforme delimitado em seus tratados constitutivos. Neste contexto, portanto,

todo o material normativo produzido por tais organizações, além de ser limitado por seus atos constitutivos, se recepcionado pelo Brasil, ingressa no sistema jurídico como lei ordinária, sujeitando-se aos critérios da especialidade e da anterioridade no caso de eventual contradição com a legislação pátria.

O Terceiro Capítulo agrega os fundamentos jurídicos das licitações internacionais e a Constituição Federal Brasileira, demonstrando a base estrutural do sistema jurídico brasileiro, apoiada na Constituição, especialmente em seus princípios, e os reflexos desta constatação para a interpretação das normas infraconstitucionais. Neste contexto de supremacia constitucional (especialmente das normas de caráter principiológico), chega-se à interpretação sistemática como o método interpretativo mais adequado para refletir os efetivos valores do sistema. E, sob a perspectiva da interpretação sistemática, as normas constitucionais, sejam ou não de natureza principiológica, não podem sucumbir perante os atos normativos oriundos das agências internacionais de fomento, que possuem menor hierarquia e uma discutível legitimidade (ao menos perante à sociedade brasileira), para restringir direitos ou impor deveres nos certames licitatórios aqui realizados.

Por fim, o Quarto Capítulo traz alguns exemplos de ilegalidades e inconstitucionalidades observadas nas licitações executadas com recursos de financiamentos concedidos pelo Banco Mundial, onde são aplicadas as suas diretrizes normativas em contraposição à legislação brasileira. São exatamente estas ilegalidades e inconstitucionalidades apontadas nesse Capítulo final que se pretende evitar que ocorram, isto pela correta interpretação e integração do sistema internacional – oriundo das organizações internacionais – com o sistema normativo brasileiro.

Na conclusão, chega-se ao entendimento de que as normas oriundas das agências internacionais de fomento não têm aptidão para revogar a legislação constitucional brasileira que porventura seja conflitante, porém, havendo conflito entre o direito internacional de tais entidades e o direito infraconstitucional brasileiro, há variantes que devem ser consideradas para se verificar qual deles prevalecerá.

CAPÍTULO 1: A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO PRÉ-CONTRATUAL PÚBLICO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.1. CONCEITO E DEFINIÇÃO

1.1.1. Escorço conceitual

Por mais que se busquem conceitos de licitação na atualidade, é bastante difícil não adentrar na vala comum. Apesar de ser um tema dos mais fascinantes, seu conceito é daqueles que ganhou uma intangibilidade relativa com o passar dos anos, formando-se ao seu redor uma constante uniformidade: é um instrumento compulsório para a formalização das contratações públicas do Estado Contemporâneo⁷.

A própria relevância do interesse público envolvido nas contratações antecedidas pelo instrumento pré-contratual da licitação, faz com que o instituto torne-se um tanto imune a severas modificações, centrando-se, em regra, no trinômio competitividade/economicidade/igualdade.

Ao questionar a si próprio o que é licitação, Adilson Abreu Dallari fornece a resposta com um conceito que, segundo ele, serve apenas para situar a questão, remetendo à conceituação de Sayagues Laso,

[...] para quem a licitação pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação da pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas, após um convite a eventuais interessados para que formulem propostas, as quais serão submetidas a uma seleção.⁸

E mais, o mesmo autor é incisivo quanto à importância e utilidade da licitação, considerando que ela “[...] não é um mal, não é um procedimento

⁷ Adota-se o conceito de CRUZ, Paulo Marcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*, p. 154, para quem o Estado Contemporâneo “é aquele Estado que se contrapõe ao Estado Liberal a partir principalmente da segunda metade do século XIX evoluindo, durante todo o século XX, para uma posição interventiva. Como escreve Pasold, ‘a participação do Estado na vida da Sociedade passa de uma fase de tolerância crescente até a de exigência, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais’.”

⁸ DALLARI, A. A. Op. cit., p. 3.

necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos”, não se podendo “[...] confundir a licitação com a patologia da licitação.”⁹

Nesse passo, a licitação vem ganhando força no Estado Contemporâneo, arvorando-se na condição de instrumento pré-contratual público, sendo “[...] absolutamente indispensável que empresários, administradores, juízes, membros do Ministério Público e legisladores entendam que licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital.”¹⁰

Ou seja: no sistema jurídico brasileiro, a licitação é a regra; sua ausência, a exceção.

Analogamente como ocorre na generalidade dos Estados Democráticos de Direito¹¹, no Brasil a licitação é a regra, por expreso comando constitucional do artigo 37, inciso XXI.

E, como não poderia ser diferente, o legislador infraconstitucional seguiu a trilha do legislador constituinte, como se percebe do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Seja qual for a finalidade pretendida pelo Estado, sua atuação estará sempre voltada para o alcance do bem comum dos cidadãos, direta ou indiretamente. E entende o legislador que esse “bem comum” é mais facilmente alcançado com a utilização do instituto da licitação como ordenador das contratações do Estado.

Confira-se o teor da referida norma infraconstitucional:

Art. 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 lhe são correlatos.

Ainda como conseqüência da obrigatoriedade da adoção da licitação como instituto pré-contratual do Estado – imposição esta de origem constitucional

⁹ DALLARI, A. A. *Idem*, p. 18.

¹⁰ DALLARI, A. A. *Idem*, *ibidem*.

¹¹ Adota-se aqui o conceito de CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*, p. 11, para quem “Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo Direito.”

– sua execução atenderá aos objetivos e princípios esculpidos no dispositivo infraconstitucional transcrito, que, por sua vez, tem sua matriz principiológica constitucional, como será demonstrado na parte principal desse estudo.

1.1.2. Panorâmica revisão doutrinária

Sob a óptica doutrinária, uma boa compreensão do conceito de licitação parte de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a considera como um “[...] certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem a disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.”¹²

O autor citado esclarece que o fim visado pela Administração Pública, ao licitar, é o de

[...] proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de *competição* entre os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.¹³

Note-se, portanto, que já em uma primeira conceituação doutrinária se evidenciam as idéias de competição entre os particulares potencialmente “contratáveis” pelo Estado e vantajosidade para o ente público. Além do mais, o conceito trazido por Bandeira de Mello demonstra a imperatividade da norma que determina a adoção desse instrumento pré-contratual do Estado, pois, nas palavras do próprio autor, a licitação é “[...] um certame que as entidades governamentais **devem** promover.” (grifou-se)

A licitação, portanto, volta-se para a consagração de dois pólos de interesses: de um lado, do Estado, e, de outro lado, dos particulares. Obviamente que, dentre os interesses do Estado estão inseridas, de forma indireta, as pretensões dos cidadãos, enquanto administrados.

Tais interesses aparentemente opostos permitem a compreensão exata do conceito de licitação, ou melhor, possibilitam a constatação, em

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 454.

¹³ MELLO, C. A. B. de. *Idem*, p. 293.

concreto, das razões e da viabilidade de se licitar, visualizando-se o instituto como um instrumento de obtenção de um “equilíbrio dinâmico”¹⁴ entre os opostos.

Segundo Carlos Ari Sundfeld¹⁵, a licitação vai implementar interesses públicos, entendidos estes como os do Estado, através da competição acirrada entre os interessados no objeto licitado, que vai gerar melhores preços e condições ao Poder Público, e, por outro lado, vai implementar interesses privados, ao possibilitar aos particulares a disputa em igualdade com seus concorrentes.

Além da divisão dos pólos de interesse existentes no conceito de licitação, há autores que consideram que o conceito liga-se à idéia de dois objetos, um imediato e outro mediato. Nesta linha, encontram-se Lucia Valle Figueiredo¹⁶ e José Afonso da Silva¹⁷, para quem o interesse imediato seria a seleção do contratante e o mediato seria o futuro contrato.

Enfim, com as idéias de apenas alguns doutrinadores – corroboradas pela de vários outros, dentre os quais Marçal Justen Filho¹⁸, Agustín Gordillo¹⁹ e Marcos Juruena Villela Souto²⁰, já é possível se afirmar que a licitação vai gerar as melhores contratações ao Estado (ao menos em tese), desde que seja mantida a sua característica mais essencial, ou seja, a competitividade.

1.1.3. A licitação como instrumento pré-contratual

Mesmo que se traga o conceito de licitação para uma perspectiva de análise mais ampla, não se altera a realidade do instituto como instrumento pré-contratual no Estado Contemporâneo.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 16.

¹⁵ SUNDFELD, C. A. *Idem*, ibidem.

¹⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 473.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Finalidades e objeto da licitação e do contrato. Aula proferida no "Simpósio do Centro de Estudos de Direito Rodoviário", publicada no volume *Estudos sobre a Lei Paulista 10395/1970*, p. 47.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 48.

¹⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo – La defensa del usuario y del administrado*, p. XI-5.

²⁰ SOUTO, Marcos J. V. *Licitações ...*, p. 53.

Ao adotar-se o conceito de Jessé Torres Pereira Junior²¹, visualiza-se a licitação como um instituto que democratiza a administração dos bens, obras e serviços públicos em geral, mediante a disponibilização de seu fornecimento a todos os particulares em igualdade de condições e sujeitando a Administração Pública, no certame, a controles pela sociedade através do Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo através dos Tribunais de Contas.

Percebe-se que o conceito do citado autor parte de uma visão mais ampla, porém, não foge da realidade de que a licitação sempre exige do administrador duas virtudes: prever as necessidades estatais e, com a necessária antecedência, provê-las mediante a contratação de particulares idôneos que apresentarem propostas vantajosas ao interesse público.

Sob qualquer perspectiva que se analise, portanto, o conceito de licitação não se desvencilha da idéia de instrumento pré-contratual, realidade esta bem apontada por Roberto Dromi:

O procedimento de formação da vontade administrativa contratual (pré-contratual) não se confunde com o contrato, que é resultado do encontro daquela com a vontade do contratante (pessoa física ou jurídica, privada ou pública, estatal ou não estatal). O vínculo contratual nasce quando se enlaçam a vontade da Administração Pública e do contratante, pelo procedimento legal previsto para tal.

Temos que distinguir, portanto, um procedimento pré-contratual, prévio ao contrato, de formação ou preparação do contrato, e um procedimento contratual ou de execução.²²

A caracterização e a importância da licitação como instrumento pré-contratual também foi bem demonstrada por Adilson Abreu Dallari em feliz comparação com o concurso público, assim sintetizada:

A licitação está para os contratos assim como o concurso público está para as pessoas. Quando a Administração Pública precisa de agente nos seus quadros funcionais, faz um concurso público, ou seja, adota um procedimento administrativo tendente à seleção de pessoas que serão, depois, nomeadas. Quando a Administração Pública precisa de bens, de serviços, da realização de obras, faz uma licitação para selecionar alguém com quem, posteriormente, irá contratar.

A licitação não leva a despesa nenhuma, não acarreta, ela mesma, qualquer despesa. A licitação é um procedimento preliminar a um contrato. O contrato, sim, é que vai acarretar um comprometimento

²¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações Públicas*, p. 11.

²² DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, p. 375.

orçamentário. Dele vai resultar uma movimentação patrimonial, econômica, financeira. Mas da licitação não, pois ela termina com a escolha de alguém com quem se pretende contratar, sendo que em certos casos o contrato pode até não se realizar.²³

Portanto, justamente pela posição inicial da licitação no processo de realização do serviço público que se pretende ofertar aos administrados é que se deve dispensar-lhe o máximo rigor.

1.1.4. Núcleo do conceito de licitação: a competitividade

Permite-se já afirmar que no núcleo do conceito da licitação está a idéia de competitividade. É tão relevante este caráter do instituto que o legislador, ao editar a Lei nº 8.666/93, fez questão de tipificar como crime, no seu artigo 90, qualquer expediente que possa frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame licitatório.

No momento em que a lei, em seu artigo 3º, elenca, expressamente, seu interesse na formulação de propostas pelos interessados em participar da licitação, por óbvio, por trás desse “convite”²⁴, está o interesse da Administração Pública em selecionar, dentre as propostas apresentadas sob um ambiente de competitividade, a que lhe for mais atraente e/ou conveniente.

Tecendo um paralelo entre o Direito Privado e o Direito Público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume a questão, afirmando que a licitação seria a oferta de uma contratação a toda uma específica coletividade – contratação que, no direito privado, é ofertada somente para um único sujeito – cabendo à Administração Pública, no rol de propostas apresentadas, “escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.”²⁵

Da forma sintetizada por Di Pietro, portanto, fica claro que a licitação originou-se e existe nos dias atuais, em função da inexistência de ampla liberdade do Poder Público para delegar suas atividades aos particulares. Por não haver

²³ DALLARI, A. A. Op. cit., p. 22.

²⁴ Entendido aqui em sentido genérico, e não como a modalidade específica de licitação.

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, p. 255.

livre arbítrio do Estado quanto às contratações de particulares²⁶, realizam-se as licitações como uma competição esportiva, travada em igualdade de condições. Comparando-se ao período medieval, reconstitui uma batalha de cavaleiros com igualdade de armamentos.

Porém, nesse espírito de competitividade, como se posiciona o Estado?

O Estado posiciona-se, ou ao menos deveria, ativamente, buscando sempre a maior vantagem possível na contratação pretendida. Ou seja, não se trata de simplesmente possibilitar a competição, mas sim de realizar a licitação – enquanto instrumento pré-contratual – tentando extrair dos melhores particulares a proposta mais vantajosa, mais econômica.

Nesse sentido, alude-se à licitação, sob o aspecto econômico, como um “[...] dever de eficiência financeira inerente ao administrador público”.²⁷ Assim já se posicionou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça²⁸, no transcurso da Ação Penal nº 15, ao enfatizar a necessidade de parâmetros para o gasto do dinheiro público, aqui entendido como o dinheiro dos cidadãos.

Obter vantagem econômica ao Estado em uma contratação, no entanto, apesar de integrar a própria essência do conceito de licitação, não é um fim absoluto que faculte ao ente ou agente público seguir quaisquer caminhos, independentemente de direitos e garantias individuais dos particulares envolvidos. É necessário selecionar a melhor proposta, porém, respeitando-se os princípios norteadores da atividade administrativa, o que, em muitos casos, é “esquecido” em certames licitatórios vinculados a financiamentos de agências internacionais de fomento.

A vantagem de uma contratação, ademais, será medida através da comparação entre os encargos e direitos atribuídos ao Estado: quanto maior a disparidade do binômio citado - desde que a carga maior esteja nos direitos do Estado -, mais vantajosa será considerada a contratação e, conseqüentemente,

²⁶ Na medida em que ele está vinculado a um processo licitatório e, dentro deste, à escolha da proposta objetivamente mais vantajosa.

²⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 306.

²⁸ Decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n. 15-0/MS, Rel. Ministro Bueno de Souza, decisão de 22/08/1994, publicada no Diário da Justiça de 05/09/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 13 out. 2006.

desde que ao final esteja executado integralmente e com qualidade o contrato, de forma mais satisfatória terá sido executado o instrumento pré-contratual do Estado Contemporâneo, ou seja, a licitação.

Em suma, a licitação, enquanto instrumento pré-contratual, é claramente voltada a garantir a adequada utilização do dinheiro público. Trata-se de instituto com finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa ao Estado, quer seja essa finalidade entendida como algo a ser alcançado em toda licitação (sentido amplo), quer como resultado buscado em cada licitação considerada isoladamente (sentido estrito), conforme delineado por Jessé Torres Pereira Junior²⁹.

Assim, na forma como conceituada, é um processo que possibilita aos interessados apresentarem propostas para contratar o que está sendo ofertado pelo Estado e no qual será escolhida a melhor proposta, simbolizando um “termômetro da Administração”³⁰.

Esse termômetro da Administração servirá para a medição da regularidade do emprego do dinheiro público, em clara demonstração do princípio da supremacia do interesse público. Se bem utilizado o instituto, vai-se evitar repreensões como a manifestada pelo Ministro Fernando Gonçalves, do Tribunal de Contas da União, que, em enfática reprovação de um certame licitatório analisado por aquela Corte, lastimou a quantidade de “procedimentos incorretos, claramente voltados para o desvio de recursos públicos”³¹.

1.1.5. Construção conceitual própria

Por fim, das características extraídas dos conceitos analisados, pode-se definir a licitação como o instrumento pré-contratual público do Estado Contemporâneo, executado através de um processo administrativo voltado a selecionar, dentre o maior número de particulares idôneos e em igualdade de condições, a proposta mais vantajosa para o interesse público específico que fora definido como objeto do contrato licitado.

²⁹ PEREIRA JUNIOR, J. T. Op. cit., p. 53.

³⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 31.

³¹ Decisão do Tribunal de Contas da União, proferida no processo TC 030.886/91, publicada no Diário Oficial da União de 10/2/92, p. 1.623.

Deste modo, finalizadas as noções introdutórias acerca do instituto da licitação, no próximo sub-capítulo serão analisados aspectos históricos do instituto até se chegar às noções atualmente vivenciadas.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DAS LICITAÇÕES

1.2.1. Breve histórico

Originariamente no Direito Romano os conceitos de Direito Privado e Direito Público distinguiam-se substancialmente. Pelo entendimento então acatado, os particulares submetiam-se ao Direito Privado e somente o Estado submetia-se às regras de Direito Público.

Somente no Principado, como exposto por Almiro do Couto e Silva,

[...] com o *fiscus Caesaris* – o tesouro particular do príncipe, entendido como o conjunto de bens públicos sujeitos à livre administração do governante - é que se consolidou verdadeiramente a prática de o Estado submeter-se a regras de direito privado, como qualquer cidadão, tornando-se, portanto, titular de direitos e deveres perante os indivíduos.³²

Quando passou a ter um conceito diferente de atuação dos indivíduos em conjunto com o Estado, ou seja, sendo possível o inter-relacionamento entre essas duas castas, Roma teve oportunidade de se transformar em uma das maiores potências da Antigüidade. Tal mudança só foi possível, entretanto, pela execução de tarefas públicas pelos particulares, fossem funções jurisdicionais ou administrativas.

Juntamente com o crescimento de todo o Estado Romano, aumentou a necessidade de uma “parceria” com os particulares. Isso porque, mantida a preocupação dos governantes com a qualidade de vida dos cidadãos, os poucos funcionários do Estado não teriam condições de executar todas as tarefas a contento. Neste ponto, historicamente, inicia-se a idéia da licitação, como bem apontado por Almiro do Couto e Silva:

³² SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional*, p. 77.

Conseqüentemente, aquelas tarefas administrativas eram cometidas a terceiros, a particulares, mediante contratos realizados pelos magistrados, em geral pelo censor, e ordinariamente precedidos de licitação.

Aos contratos que o censor realizava nós hoje os chamaríamos de direito público, porquanto sujeitos a regime totalmente distinto dos contratos de direito privado, sendo ainda as controvérsias porventura deles decorrentes resolvidas, via de regra, pela mesma autoridade que os celebra: o censor, no uso da sua *cognitio*.

As condições dos contratos, chamadas *leges censoriae*, eram oralmente anunciadas e, escritas, exibidas em local público; em Roma, no *forum*. Correspondiam, assim, aos editos dos pretores e, *grosso modo*, aos editais das nossas licitações.³³

Exatamente da forma exposta no trecho transcrito ocorreu, em síntese, no Direito Romano, ficando clara a existência, desde a Antigüidade, do instituto da licitação, modernamente utilizado. Em Roma, pelo tamanho que foi atingindo o Estado, foi inevitável a execução de tarefas públicas pelos particulares, os quais, com o tempo e melhor organização burocrática, foram ganhando força.

Como adverte Almiro do Couto e Silva³⁴, isto se tornou ainda mais necessário ao se considerar que a receita pública era obtida por meio do arrendamento de bens públicos aos particulares mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro. Porém, para o recebimento do valor do arrendamento dos bens, o Estado Romano necessitava da contratação de outros particulares que ficariam responsáveis pela coleta da receita e seu repasse ao ente estatal – eram os chamados *publicani*. Justamente para a escolha dos publicanos, portanto, realizavam-se as licitações, onde os interessados apresentavam suas ofertas de pagamento ao Estado pela área que ficaria sob sua responsabilidade, ou seja, área sob a qual eles tinham o direito de – em sendo contratados – recolher os tributos dos arrendatários.

O mesmo autor menciona que, depois de coletados os tributos, no entanto, os publicanos tinham obrigação de repassar ao Estado apenas o valor que haviam ofertado na licitação, podendo se apoderar de eventual saldo, que constituía o lucro do negócio. Isto fez com que se tornassem, inclusive, mal vistos pelos arrendatários dos bens, que eram contribuintes do Estado.

³³ SILVA, A. do C. *Idem*, p. 83.

³⁴ SILVA, A. do C. *Idem*, p. 84.

Afora o exemplo romano, Maria João Estorninho cita outras figuras históricas de associação de particulares para a execução de serviços públicos, os “*condottieri*, que no séc. XVI, na sua qualidade de empresários de guerra, colocavam o seu exército à disposição dos príncipes”³⁵ e os “*fermiers généraux*, que seriam outros publicanos, encarregados de receber os impostos por conta do tesouro real.”³⁶

Não se refere a autora, porém, à licitação como instrumento para a formação do vínculo entre o Estado e os particulares para a execução dos serviços públicos mencionados. O certo, entretanto, é que nestas ocasiões – desde a mais remota Antigüidade – já começava a surgir uma idéia, mais tarde evoluída, da necessidade e relevância da atuação dos particulares para a execução de serviços públicos e, mais ainda, contratados mediante processo de seleção próprio para este fim.

1.2.2. Estado Constitucional

Saindo da Antigüidade e caminhando até a Modernidade, observa-se que somente em meados do século XIX houve o início de uma tendência de mobilização de entes particulares para o atingimento de interesses da sociedade como um todo (exatamente o que se busca, ao menos mediatamente, pelas licitações), não obstante a idéia de execução de serviços públicos pelos particulares seja, como foi visto, bastante antiga.

A expansão das cidades e o início de um processo tecnológico mais avançado fizeram com que o Estado recorresse à colaboração da iniciativa privada.

Por esta razão, o Estado passou a se dirigir a setores específicos da sociedade para a prestação de determinados serviços, tais como distribuição de água e energia ou comunicações, na medida em que, na era de grandes evoluções decorrentes do desenvolvimento industrial, necessitava ele de aportes

³⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 53, nota de rodapé n. 111.

³⁶ ESTORNINHO, M. J. *Idem*, p. 53.

financeiros dos particulares, especialmente diante de suas já combalidas (à época) finanças.³⁷

Com o passar do tempo, o diferencial – quando se falava em contratação de particulares para a execução de serviços públicos – foi apenas a forma de tratamento outorgada aos particulares, passando por três fases, bem delineadas por Maria João Estorninho³⁸, quais sejam:

(1ª) a “fase da candura”, na qual o Estado, descapitalizado, cedia várias vantagens aos particulares interessados em explorar os bens e serviços públicos, mediante uma pequena participação em seus resultados;

(2ª) a “fase do atrito”, na qual o particular viu-se como possuidor de interesses opostos aos do Estado, na medida em que aquele pretendia obter, o mais rapidamente possível, o retorno do seu investimento e lucro com o serviço público prestado, descuidando da sua qualidade, enquanto, por outro lado, o ente público exigia a prestação do serviço público de forma mais cuidadosa e qualificada; e

(3ª) a “fase da colaboração”, na qual, superados os atritos, particular e Estado viram que em razão do carácter continuado dos serviços públicos as partes contratantes deveriam se aliar, na medida em que o particular seria um executor quase permanente ao lado da Administração Pública.

Notadamente em razão do pensamento decorrente desta última fase, acentuou-se a importância do contrato e, juntamente, do processo da licitação – enquanto instrumento pré-contratual – porém, como adverte a mesma autora, em paralelo à ampliação da relevância da técnica contratual, não há como se afirmar que “[...] a Administração quando quer contratar desce do próprio pedestal”³⁹, visto que, em rigor, ela “[...] só desce do pedestal com um único pé e, dir-se-ia, com pouca convicção.”⁴⁰

Assim, superadas as dificuldades iniciais

Nascem, no final do século, os primeiros contratos de obras públicas que evoluem, como forma de amortização e remuneração do capital investido pela empresa privada, para firmar o modelo que iria se consolidar no

³⁷ ESTORNINHO, M. J. *Idem*, p. 53 e seguintes.

³⁸ ESTORNINHO, M. J. *Idem*, *ibidem*.

³⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da Administração Pública*, p. 51.

⁴⁰ ESTORNINHO, M. J. *Idem*, *ibidem*.

sistema de concessões de serviço público, de formação contratual típica, inspirada no modelo francês da época.⁴¹

Neste novo contexto, destacam-se algumas medidas de suma importância para se chegar ao desenho atual do processo licitatório, quais sejam⁴²: (i) a adoção de processos mais específicos de licitação, com ênfase, inclusive, em critérios técnicos qualitativos, (ii) o alargamento das vantagens aos particulares para se incentivar sua vinda para a prestação de serviços públicos e (iii) a melhoria de condições de financiamento aos particulares para a execução de serviços públicos – onde pode estar, quiçá, a origem do problema central desta pesquisa.

1.2.3. Evolução histórica no Brasil

Especificamente no caso brasileiro, o ano de 1862 é visualizado como o marco inicial do surgimento da licitação como processo de contratação dos particulares. Tratava-se do Decreto n. 2.926, de 14/05/1862, que regulamentava a execução dos serviços sob a responsabilidade do Ministério da Agricultura, Commercio (sic) e Obras Públicas. Deste diploma legal, evoluiu-se para a Lei Orçamentária n. 2.221, de 30/12/1909, que fixou regras sobre o processo das concorrências.

Posteriormente, outros diplomas legislativos foram promulgados até que toda a legislação esparsa veio a ser consolidada no Decreto n. 4.536, de 28/10/1922, denominado de Código de Contabilidade da União. Neste último, já se estabeleceu a “concorrência”⁴³ como obrigação do ente público, porém, previu-se hipóteses de dispensa. Estabeleceu-se, ainda, todo o procedimento de realização da “concorrência”, abrangendo a forma de entrega das propostas, a outorga de preferência aos concorrentes nacionais, os requisitos de validade dos contratos administrativos no que tange ao empenho das despesas, os requisitos a

⁴¹ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 202, p. 2, 1995.

⁴² ESTORNINHO, M. J. *Contratos ...*, p. 58.

⁴³ Não se refere o Decreto à licitação, mas sim à “concorrência”, como se observa de seus artigos 49 e seguintes.

serem observados no caso de prorrogação, suspensão e rescisão dos contratos, e as multas decorrentes da infração a contratos administrativos.

A primeira codificação federal específica para a matéria, no entanto, surgiu apenas em 1967, com a Reforma Administrativa Federal.

Daí por diante, a legislação foi se intensificando na mesma proporção da evolução da parceria público-privado, a ponto de, como pontuado por Jessé Torres Pereira Júnior, na década de 70, editar-se a Súmula 158 do Tribunal de Contas da União, dispondo que os órgãos públicos, sejam da Administração Direta ou Indireta,

devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelimitável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.⁴⁴

A realidade sumulada pelo Tribunal de Contas da União não foi obra do acaso. Com o século XX, houve uma grande retração na atuação estatal, com grande crescimento das atividades acessíveis aos entes privados. Aumentou, com isto, a busca dos melhores parceiros por parte do Estado para a execução dos serviços de relevância. Voltou-se ao seguinte *slogan*: “O Estado deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade.”⁴⁵

Passa-se, assim, a visualizar a realidade sob a óptica de uma política de privatizações (claramente prestigiadas com os sistemas políticos adotados) e de redução da máquina estatal.

Ao adotar uma política claramente influenciada pelo Estado Liberal⁴⁶, o Poder Público chama o particular a agir, retirando-se gradativamente

⁴⁴ PEREIRA JUNIOR, J. T. Op. cit., p. 1.

⁴⁵ TÁCITO, C. Op. cit., p. 5.

⁴⁶ Adota-se a definição proposta por BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 129, para quem “[...] o Estado Liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião pública, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima.” E se complementa a idéia com o entendimento de BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado Contemporâneo deixa de ser empresário? In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coord.). *Direito Empresarial e Cidadania – Questões contemporâneas*, p. 128, para quem “Segundo Eros Roberto Grau, a este Estado

da prestação de serviços, razão pela qual vai aumentando a importância da licitação (instrumento próprio para a contratação dos entes privados para os serviços). Ademais, pelo porte e natureza dos serviços a serem executados, grande parte das vezes as licitações têm vindo acompanhadas de recursos internacionais, emprestados pelos financiadores (agências de fomento), o que gera grande interferência de regras internacionais no decorrer do certame.

Em razão desta nova realidade de incentivo da atuação dos particulares para a execução de serviços públicos, as empresas públicas, que há cerca de cinquenta anos entusiasmaram a Europa, passaram a ruir, transparecendo claramente que os prejuízos do Estado de Bem Estar Social⁴⁷ eram muito maiores do que os benefícios por ele gerados para os cidadãos, como resumido por Gaspar Ariño Ortiz, para quem “[...] o Estado de Bem Estar, com seus níveis de gasto público cada vez mais altos, com sua baixa eficiência em muitas de suas atividades, não podia durar e alguém viria antes ou depois a dizer: acabou-se a festa, voltemos ao trabalho.”⁴⁸

Em muitos Estados este momento da evolução econômica estatal foi o responsável pela “falência” verificada até a atualidade. A partir daí, desencadeou-se uma crise fiscal em decorrência de vários fatores, um especialmente ligado a este tema: o crescimento excessivo da máquina estatal e a desproporção entre seus custos comparativamente aos realmente necessários para a execução das atividades a que o Estado estava se propondo a executar.

‘estava atribuída, fundamentalmente, a produção do direito e segurança’, não se admitindo que interferisse na ‘ordem natural da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade’. Garantia e fazia valer os direitos à liberdade e à propriedade – os quais mais interessavam à classe burguesa – sem se importar com as necessidades prementes das parcelas desfavorecidas da população, isto é, com a efetiva realização material dos direitos ligados ao princípio da igualdade. Previa apenas uma igualdade formal, a mera igualdade de todos perante a lei, regra de ouro do constitucionalismo liberal.”

⁴⁷ Adota-se o conceito de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*, p. 39, para quem “[...] este tipo de Estado é a tentativa qualitativa para tornar compatível o desenvolvimento econômico com uma ordem social justa na qual se definam antecipadamente as dimensões constitucionais e essenciais dessa ordem, em vez de se acreditar nos acertos resultantes da mera concorrência de forças econômicas.” Também se socorre ao entendimento de BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 185, para quem “À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social.”

⁴⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economia e Estado – Crise e reforma do setor público*, p. 25.

No Brasil, a Constituição de 1934 passou a admitir uma nova postura do Estado frente à ordem econômica, que foi reiterada na Constituição de 1937. Já na Constituição de 1967 (artigos 157 e seguintes) o desenvolvimento econômico foi o motor para a introdução da intervenção do Estado no domínio econômico.

Na atual Constituição, o art. 174 estabelece que o Estado é o “agente normativo e *regulador* da atividade econômica”, portanto, optando nitidamente pela regulação da ordem econômica, e não pela execução direta dos serviços públicos pelo Estado, o que assegura a relevância da licitação para a contratação dos particulares. A opção, como foi dito, é o resultado de uma evolução histórica da economia, que, após ter experimentado o liberalismo estatal, acabou sofrendo modificações, tendo em vista a necessidade do abandono das políticas de não intervenção após, especialmente, a grande crise mundial de 1929.

Tudo isto como resultado de uma tendência contemporânea, fruto, acima de tudo, de uma necessidade contemporânea. Como adverte Fábio Ulhoa Coelho, ao final do século XX, o Estado “tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929, lhe foram reservadas.”⁴⁹

Assim, a década de oitenta do século passado foi marcada como a década das políticas de privatização (claramente prestigiadas com os sistemas políticos adotados) e da redução da máquina estatal. Ao adotar uma política claramente influenciada pelo Estado Liberal, o Poder Público chamou o particular a agir, retirando-se gradativamente da prestação de serviços.

Esta nova realidade do modelo econômico estatal não significou, no entanto, um retorno às origens do liberalismo, como bem pontuado por Vital Moreira⁵⁰.

Daqueles anos oitenta em diante, o que se tem observado é um necessário enxugamento do Estado no que concerne à sua atuação econômica direta na execução de atividades e na prestação de serviços públicos, porém, isto

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, p. 6.

⁵⁰ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, p. 18.

não significa abstencionismo estatal. O Estado permanece presente – e com ainda mais vigor – na regulação pública da economia, pretendendo, na atualidade, aplicar uma nova política reguladora, menos voltada ao liberalismo e mais enfocada à liberdade de iniciativa dos particulares na economia, liberdade de empresa e de livre concorrência, entre outros (regulação esta concretizada pela abertura de mercados, privatizações, terceirizações).

Há, contudo, críticos da retirada do Estado da sua função outrora chamada de Bem-estar Social. Para Gisela Maria Bester Benitez, a postura liberal retomada pelo Estado não significa um saudável desenvolvimento, mas sim um “[...] aumento do hiato que separa as camadas mais abastadas da população das mais pobres.”⁵¹ A mesma autora resume esse novo cenário da seguinte forma:

Na prática, um dos principais sintomas do fenômeno globalizador-neoliberal é o que se chama de ‘encolhimento’ do Estado, caracterizando o ‘Estado mínimo’, isto é, a progressiva retirada do Estado do campo do social-econômico, como se retornasse aos postulados do Estado-liberal clássico. Tudo de acordo com a máxima neoliberal: ‘menos Estado, mais mercado’. Isso é feito, em regra, por um profundo corte nos gastos sociais e por programas nacionais de ‘desestatização’, o que equivale a dizer ‘privatizações’ (de bens do patrimônio estatal e dos serviços públicos). Nesse processo são desprezados os ingressos dos contribuintes por décadas e décadas para a formação de um patrimônio e de uma estrutura estatal que pudesse atender às necessidades básicas (saúde, educação, esgoto, água potável, energia, habitação, transporte público) ou, pelo menos, subsidiá-las àquela imensa parcela da população que mais delas precisa.⁵²

Nesse aspecto, concorda-se com a citada autora que foram desprezadas as contribuições dos contribuintes prestadas durante anos para a formação dos patrimônios privatizados. Não se pode, contudo, concordar que a postura estatal chamada de neoliberalista seja integralmente equivocada. Há que se ajustar esta afirmação a cada caso específico. Basta ver que é inegável a ineficiência do Estado em gerir o patrimônio por ele outrora titularizado, vindo os particulares, em verdade, por força das privatizações, a fazer funcionar muitos serviços e bens que por muitos anos permaneceram à deriva.

Assim, em razão de toda essa evolução econômica da postura estatal, verificou-se o crescimento da importância da licitação. Neste novo contexto, foram se reproduzindo constantemente processos licitatórios voltados à

⁵¹ BENITEZ, G. M. B. Op. cit., p. 134.

⁵² BENITEZ, G. M. B. Idem, ibidem.

formação do vínculo contratual com os particulares que viriam a “substituir” o Estado.

1.2.4. O Estado de Direito como produto

A relevância alcançada pela licitação, portanto, é evidente. Vivendo em um Estado de Direito, ao ente estatal não se faculta apropriar-se, a qualquer título, dos bens dos cidadãos ou obrigar-lhes a prestarem o serviço que deveria ser prestado pelo Estado.

Nesse sentido, o movimento social passa a influenciar fortemente a realização de licitações e a execução legalizada (e não impositiva) dos serviços públicos, fenômeno bem lembrado por Marçal Justen Filho:

Em um Estado Democrático, os bens ou serviços dos particulares somente poderão ser obtidos mediante a observância de certos procedimentos e dentro de limites específicos. [...] No entanto, é juridicamente impossível ao Estado obter serviços privados através de instrumentos jurídicos autoritários. O acordo de vontades vai-se configurando como o instrumento jurídico de maior relevância para o Estado obter acesso aos bens e serviços dos particulares.⁵³

Basta atentar-se ao conceito tradicional de contrato (sob a óptica do Direito Civil), para se concluir que, em resumo, trata-se de um acordo de vontades, ficando clara a alusão, no trecho transcrito, ao contrato como elemento de obtenção pelo Estado de bens e serviços dos particulares. Porém, como figura máxima, antes do contrato, está a licitação.

Não bastasse a imposição social da realização das concorrências⁵⁴ a possibilitar a competição entre os interessados e a execução dos serviços de forma democrática e não autoritária, razões metajurídicas das licitações são encontradas, outrossim, na quantidade de serviços e atividades prestadas pelo ente estatal.

Com o grande crescimento das necessidades a serem satisfeitas pelo Estado, tornou-se absolutamente inviável que todos os serviços fossem

⁵³ JUSTEN FILHO, M. *Comentários ...*, p. 12.

⁵⁴ Entendidas estas em seu significado genérico, e não como modalidade de licitação.

prestados pela Administração Pública, sob pena de se tornar uma empresa privada. No contexto atual, para atender à demanda de serviços públicos, o Estado teria que se tornar um grande empresário, desnaturando-se de sua essência. Aí, estaríamos diante do Estado de Bem-estar Social, onde “o Estado faz-se *empresário*, utilizando-se das categorias jurídicas do *Direito Privado* para participar dos negócios, quando menos em setores básicos da economia.”⁵⁵

No momento em que o Estado adota uma política de incentivo às privatizações (todas elas através de processos licitatórios), está se eximindo de atuar diretamente na satisfação de interesses pretendidos pela Sociedade. Limita-se, nesse contexto, a uma atuação liberal, deixando ao mercado a prestação dos serviços, porém, sempre garantindo (sob a forma de contratação dos melhores proponentes) a sua execução. Reflete-se, com isso, o posicionamento de Alejandro Ramírez Cardona, para quem: “Na economia de mercado (descentralizada), o Estado limita-se a garantir os direitos do homem e do cidadão, principalmente o de propriedade privada, e a livre cidadania no exercício deste direito.”⁵⁶

Assim, finalizando mais esse sub-capítulo, infere-se que razões metajurídicas, que vão desde o volume dos serviços públicos, a tornar inviável sua prestação de forma integral pelo Estado, até uma política caracterizada pela abstenção do Estado da prestação direta dos serviços públicos, predominante em nosso País nos tempos atuais, contribuíram para a evolução da licitação até a fase atual e sua grande importância.

1.3. AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

1.3.1. Abrangência da expressão

Falar-se em licitações internacionais é expor, desde o início, idéias polêmicas. Já na conceituação do instituto há divergência doutrinária. Parte da

⁵⁵ BRITO, Edvaldo. Op. cit., p. 27.

⁵⁶ CARDONA, Alejandro Ramírez. *Sistema de Hacienda Pública*, p. 1. Texto original: “En la economía de mercado (descentralizada), el Estado se limita a garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, principalmente el de propiedad privada, e la libertad ciudadana en el ejercicio de ese derecho.”

doutrina⁵⁷ entende que se trata de licitação em solo brasileiro aberta à participação de empresas estrangeiras. Outra parte⁵⁸ entende que se trata de licitação aberta à participação de empresas estrangeiras, mas principalmente acompanhada de ampla publicidade no âmbito internacional, a fim de possibilitar efetiva participação de potenciais interessados espalhados por outros países da Comunidade Internacional⁵⁹.

Dentre a parcela de doutrinadores filiados à segunda corrente, Sidney Bittencourt⁶⁰ menciona Parecer datado de 11/08/1992, de autoria de Eros Roberto Grau, para afirmar que as licitações internacionais, que podem ou não vir atreladas a financiamentos de organismos internacionais de que o Brasil faça parte, em regra devem observância a regras específicas ditadas pelos financiadores do certame. Porém, para o autor citado, a caracterização da licitação como “internacional” depende de sua plena publicidade em âmbito internacional, tanto que os próprios organismos financiadores de certames desta natureza diferenciam concorrência internacional e concorrência local, havendo a possibilidade, em ambas as situações, de participação de empresas estrangeiras, sendo o âmbito da publicidade o único diferencial entre elas.

Por uma questão de coerência da conceituação, se comparada à luz da legislação brasileira e das diretrizes ditadas pelos organismos internacionais financiadores, que efetivamente pregam concorrências locais com a participação aberta a estrangeiros, adota-se neste estudo o entendimento esposado pela segunda corrente citada.

Assim, ao se deparar com licitações internacionais, deve-se ter em mente um certame realizado em solo brasileiro, porém, com plena abertura à participação de licitantes estrangeiros de países integrantes de organizações internacionais de que o Brasil faz parte, podendo tais certames serem ou não financiados por agências internacionais de fomento, tais como o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD (Banco Mundial) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, ambos sediados em Washington – Estados Unidos, a *Overseas Economic Cooperation Fund* – OECF

⁵⁷ Ver citação de BITTENCOURT, Sidney. *Estudo sobre licitações internacionais*, p. 61.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto, citado por BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 61.

⁵⁹ Aqui entendida como o conjunto de Estados Democráticos de Direito associados para a execução de ações das mais diversas naturezas, visando ao desenvolvimento mundial.

⁶⁰ BITTENCOURT, S. Idem, p. 61-62, nota de rodapé n. 57.

e o Banco Japonês de Cooperação Internacional – JBIC, ambos sediados em Tóquio - Japão e a Organização das Nações Unidas – ONU, sediada em Nova York - Estados Unidos.

Não se pode afirmar, contudo, que, na hipótese de licitações internacionais com recursos de agências internacionais de fomento, são distintos os regramentos jurídicos aplicáveis.

É inaceitável se entender que as licitações internacionais, quando o seu objeto for financiado somente pelo Estado Brasileiro, estão sujeitas à legislação pátria, enquanto, quando houver financiamento externo, a sujeição é apenas com relação às diretrizes ditadas pelos entes financiadores. Isso porque, a aplicação da legislação local, concomitantemente à legislação internacional, é reconhecida pelos próprios entes internacionais financiadores, conforme adiante se demonstrará.

Afora isto, pela própria matriz constitucional da legislação, sobretudo a principiológica, sua superioridade é inconteste, especialmente quando se estiver diante de conflito entre a lei internacional e o texto constitucional, conforme correto entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União⁶¹, no sentido de que, em todos os contratos e convênios decorrentes do “Acordo Básico de Assistência Técnica”, celebrado entre o Brasil e a ONU, promulgado pelo Decreto nº 59.308, de 23/09/1966, admitem-se os procedimentos licitatórios ditados pela organização internacional, desde que não conflitem com a Constituição.

Esta é exatamente a hipótese que interessa ao presente estudo, que estará focado, portanto, nas licitações internacionais com recursos de agências/organizações internacionais de fomento que têm toda uma regulamentação própria para a sua implementação.

⁶¹ *Tribunal de Contas da União*, 2ª Câmara, julgamento em 12/06/1997, relação n. 34/97, Ata n. 17/97. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2006.

1.3.2. Viabilização do empréstimo internacional

A realização de licitações, e conseqüente execução de seu objeto, com subsídios de organismos internacionais, está expressamente prevista no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93.⁶²

O dispositivo citado é bastante simplista ao tratar de tema tão problemático, transparecendo, talvez, a falta de visão e o desconhecimento do legislador acerca da matéria, sobretudo ao não estabelecer, detalhadamente, qual o limite de atuação das organizações internacionais no que tange ao regramento das licitações.

Não obstante, há doutrinadores de renome e indiscutível conhecimento sobre a matéria que elogiaram a sua existência. Roberto Dromi⁶³ enalteceu a norma em questão, taxando a lei brasileira como uma legislação avançada, ao prever a possibilidade de tratados internacionais e a obrigatoriedade de seu acatamento, reconhecendo um objetivo de organização.

Embora se concorde que a legislação brasileira acompanhou uma realidade mundial de globalização, não se pode fechar os olhos aos defeitos decorrentes da excessiva abrangência da norma e da ausência de limites ao ente internacional financiador do objeto licitado.

É certo, por outro lado, que, ao se falar em licitações internacionais sob a perspectiva ora adotada, a previsão de adoção das regras internacionais de forma bastante genérica – tal qual previsto na Lei n. 8.666/93 – decorre de imposições das organizações internacionais de fomento como condição para o

⁶² *In verbis*: “Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 5º - Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por ela exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

⁶³ DROMI, Roberto. Entrevista, *Informativo Licitações & Comércio*, n. 42, ago., p. 585, 1997.

recebimento do empréstimo, havendo quem defenda – como Luiz Olavo Batista⁶⁴ – que as diferenças entre a legislação local e as regras alienígenas visam estabelecer procedimentos de licitação harmônicos com a prática usual em certames dessa natureza, uniformizando, assim, o tratamento, a fim de possibilitar sua maior compreensão por todos os membros da comunidade internacional.

O autor citado afirma⁶⁵, ainda, que a relativa autonomia da vontade autoriza a escolha da legislação aplicável pelo contratante privado, confirmando a admissão da lei internacional quando os recursos advêm do exterior, o que decorreria da necessidade de se compatibilizar a lei e a realidade do comércio exterior.

Desde já, no entanto, independentemente das eventuais incongruências da lei internacional perante a lei brasileira, discorda-se, neste estudo, dessa postura extremamente submissa, que foi no passado incentivada pelos próprios Estados necessitados, que não percebem que isso os torna ainda mais dependentes das organizações internacionais.

A inaceitável submissão do Estado brasileiro às exigências e interferências normativas ditadas pelas organizações intergovernamentais já foi por vezes incentivada expressamente pelo Poder Executivo Federal, em manifestações isoladas e infelizes, como bem mencionado por Gisela Maria Bester Benitez:

A isso tudo atrela-se ainda a exigência, sinalizada pelo Banco Mundial, de que os países em desenvolvimento tenham poderes públicos cordatos e estáveis, especialmente o Poder Judiciário, a fim de estarem aptos a receberem investimentos externos e lograr inserção competitiva do setor produtivo interno no mercado de produção e comércio mundial, incrementos intrinsecamente associados à melhoria da taxa de desenvolvimento humano e econômico dos países. A esse respeito veja-se o comentário feito em 1997 pelo então Ministro da Justiça, hoje⁶⁶ Ministro do STF:

Ninguém faz investimentos de longo prazo em mercados que têm sistemas judiciais não confiáveis. Estudos recentes do Banco Mundial vinculam o nível de confiabilidade do Poder Judiciário à taxa de desenvolvimento. Eles demonstram que os investimentos de médio e longo prazos, absolutamente necessários para um país criar empregos e estabilizar a sua economia, dependem diretamente, além das ações e da

⁶⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais da Administração Pública*. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem à Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional*, p. 463.

⁶⁵ BAPTISTA, L. O. *Idem*, p. 462.

⁶⁶ O texto da autora é de 2005.

previsibilidade do Executivo e do Legislativo, do nível da previsibilidade das decisões do Poder Judiciário.⁶⁷

Volta-se a afirmar, entretanto, que as necessidades financeira e comercial brasileiras não podem permitir que todo o sistema jurídico pátrio seja fragilizado (ou, por vezes, desconsiderado). Deve-se adotar, aqui, a postura crítica de alguns juristas⁶⁸ de repulsa da conduta submissa do Estado brasileiro frente ao direito internacional imposto por tais agências de fomento.

Não obstante isto, por necessidade, o Estado cedeu, cede e tende a continuar cedendo às imposições dos entes internacionais, confirmando, como condição para a concessão dos empréstimos, a aplicação da legislação internacional, que decorre de contratos de empréstimo aos quais estão vinculados os projetos licitados. Apenas como ilustração da necessidade que ora se alega, atente-se que a mais importante das agências internacionais de fomento, o Banco Mundial (BIRD), atua no Brasil desde 1949, quando ocorreu o primeiro empréstimo ao País. Desde aquele ano até a atualidade, o Banco já financiou o Estado brasileiro em mais de 380 operações de crédito, totalizando mais de US\$ 33 bilhões, representando 12% dos investimentos públicos no País.⁶⁹

Tais contratos de empréstimo são celebrados entre a organização internacional e o ente licitador de direito público (por exemplo, União Federal, Estado do Paraná etc.), e, além de preverem regras para a execução do certame, objetivos a serem alcançados no julgamento das propostas, condições para o repasse do financiamento, dentre outros, devem ser aprovados pelo Senado Federal, conforme disposto no art. 52, V e VII, da Constituição Federal⁷⁰.

Além disto, os contratos de empréstimo dependem de um parecer prévio da Advocacia Geral da União (quando o empréstimo for voltado à execução de objeto a ser licitado em âmbito federal), da Procuradoria do Estado (quando se tratar de empréstimo estatal) e da Procuradoria do Município (quando estiver diante de entes desta natureza da Federação), nos termos dos artigos 131

⁶⁷ BENITEZ, G. M. B. Op. cit., p. 149.

⁶⁸ Neste sentido, PARIZI FILHO, João. A sujeição de licitações brasileiras às normas internacionais, *Boletim de Licitações e Contratos*, set./2000, p. 477.

⁶⁹ Dados disponíveis em: <<http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view/5.html>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

⁷⁰ LEÃO, Eliana Goulart. Concorrências Internacionais, *Boletim de Licitações e Contratos*, mar./92, p. 90.

e 132 da Constituição Federal. Somente após constatada a viabilidade da operação e sua integral aprovação pelos órgãos competentes (inclusive o Senado Federal), passa-se ao estágio final de registro do contrato no Banco Central do Brasil através do Departamento de Capitais Estrangeiros, por se tratar de operação que implica negociação de divisas.

1.3.3. A origem do financiamento internacional

O auxílio de tais contratos de empréstimo (como são denominados os contratos vinculados às diretrizes das agências internacionais de fomento) só veio a ser possível, em nosso sistema jurídico, pelo fato de o Brasil ter aderido, mediante tratados internacionais, às organizações internacionais que fomentam tais atividades e, acima de tudo, ter recepcionado tais tratados no sistema normativo nacional.

No caso específico do Banco Mundial – onde se concentrará a análise realizada neste estudo – a viabilização de empréstimos internacionais, fomentando a execução de atividades econômicas no país, deveu-se à assinatura pelo Brasil da *Convenção de Bretton Woods*, aprovada pelo Decreto-lei nº 8.479, de 27/12/1945, e promulgada pelo Decreto nº 21.177, de 27/05/1946.

A mencionada Convenção criou o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (ou Banco Mundial), sendo, especificamente este último, o responsável pelo regramento das licitações internacionais vinculadas a recursos externos.

O próprio Manual Operacional do Banco Mundial⁷¹, na versão aprovada em julho de 2001, estabelece linhas gerais acerca dos objetivos do Banco no projeto financiado e da razão do controle acentuado das licitações, transmitindo nitidamente a idéia de respeito aos documentos constitutivos do Banco Mundial, que estabelecem a responsabilidade do Banco perante seus fundadores de garantir que os recursos emprestados serão usados apenas para finalidades específicas incentivadas pela organização e com economia e eficiência.

⁷¹ Disponível em: <www.bancomundial.org.br>. Acesso em: 20 set. 2004.

O que assusta em determinadas situações é que, nos casos de conflitos entre as regras do Banco Mundial e as do sistema jurídico brasileiro, por exemplo, aquelas prevalecem, preferindo a organização internacional ignorar que, legalmente, as diretrizes internacionais não são fontes de direito para os licitantes, que se vinculam apenas aos documentos da licitação, onde presumivelmente estarão refletidas as determinações da legislação internacional⁷². Porém, caso seja reformado judicialmente o edital ou nele não estejam refletidas todas as regras internacionais, por qualquer razão, é inegável que os licitantes ficam absolutamente desvinculados das exigências do ente internacional.

No geral, nos contratos de empréstimo do Banco Mundial, conforme item 1.5 das diretrizes para a aquisição de bens e contratação de obras e serviços, o agente financeiro arca apenas com parte dos custos do projeto licitado. Isto gerou a afirmação do ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Cid Eráclito de Queiroz, citado por Rosolea Folgosi⁷³, no sentido de que esses contratos são “de abertura de crédito condicional”, visto que o agente internacional exige que o ente interessado no empréstimo arque com pelo menos entre 50% e 65% do valor da obra, para que o Banco aprove o financiamento.

Sem sombra de dúvida que, no momento em que o objetivo do Banco Mundial, com a concessão dos empréstimos, é colaborar com o desenvolvimento dos países necessitados e menos desenvolvidos, é até recomendável obrigar os tomadores dos financiamentos a arcarem com o custo de parte do projeto licitado, sob pena de se gerar uma apatia não recomendável nas Administrações Públicas.

Em resumo, sob a forma desses contratos de empréstimo, aprovados pelo Senado Federal, os agentes licitadores submetem-se às regras internacionais, que têm o condão de vincular o sistema positivo brasileiro, pois são decorrentes de convenção internacional aprovada e promulgada em nosso País. Outrossim, a não observância dos procedimentos previstos nas regras internacionais poderá ensejar o cancelamento do empréstimo, conforme previsto,

⁷² SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 299.

⁷³ FOLGOSI, Rosolea M. Licitação e as “Guidelines” do Banco Mundial. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Op. cit.*, p. 529.

no caso do Banco Mundial, no item 1.13 das diretrizes para a aquisição de bens e serviços.⁷⁴

Note-se, porém, que, não obstante a adoção (para análise neste trabalho) das regras do Banco Mundial, as diretrizes internacionais de licitações são editadas por diversas agências de fomento internacional, visando todas elas o regramento das condições para a concessão de empréstimos destinados ao financiamento de obras de interesse social. No entanto, sempre que se remeter, aqui, a diretrizes internacionais, compreende-se como sendo as do Banco Mundial.

1.3.4. Razão das diretrizes que vinculam as licitações: a pretendida maior inclusão e sustentabilidade social

O objetivo das diretrizes, no caso específico do Banco Mundial, fica claro desde a sua introdução. Confira-se:

1.1. O objetivo destas diretrizes é informar os executores de projeto financiado, total ou parcialmente, por empréstimo do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) ou por crédito da Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), a respeito das providências a serem tomadas tendo em vista a aquisição de bens e contratação de obras (incluindo serviços conexos) necessárias à implementação do projeto.⁷⁵

Além dos objetivos a que se voltam as diretrizes internacionais, elas estão orientadas por quatro pontos⁷⁶, que deverão ser alcançados através das licitações dos respectivos serviços e obras:

(a) assegurar economia e eficiência nas licitações, conforme exigido pelos fundadores quando da constituição do Banco Mundial;

⁷⁴ “1.13 – O Banco não financia despesas relativas a bens e obras adquiridos em desacordo com os procedimentos ajustados no Acordo de Empréstimo, sendo política do Banco cancelar a parcela do empréstimo correspondente aos bens e obras adquiridos em tais circunstâncias. Além do referido cancelamento, poderá o Banco valer-se de outras medidas eventualmente previstas no Acordo de Empréstimo.”

⁷⁵ Item 1.1 das diretrizes do BIRD para aquisição de bens e contratação de obras-serviços.

⁷⁶ Item 1.2 das diretrizes do BIRD para aquisição de bens e contratação de obras-serviços.

- (b) propiciar aos licitantes de países membros do Banco uma oportunidade justa de competir para a contratação financiada pelo Banco;
- (c) incentivar o desenvolvimento da indústria local dos países tomadores dos empréstimos, sobretudo através de preferências – questionáveis, ao menos no sistema jurídico brasileiro – que lhes são concedidas nas licitações;
- (d) garantir transparência nos procedimentos licitatórios – o que também é questionável diante de algumas condutas verificadas em certames financiados por organizações internacionais.

Sob a óptica das metas buscadas pelo Banco Mundial, a aquisição de bens e contratação de obras e serviços deve ocorrer sempre visando a possibilitar uma ampla competitividade entre os interessados e, sob o aspecto social, estimular a produção de entes do próprio país tomador do empréstimo. Com isso, estará sendo atingido o real objetivo do Banco Mundial, que é o de ajudar o desenvolvimento de países que necessitam de seu amparo.

Apenas como dado final deste capítulo, ressalta-se que as regras ditadas pelo Banco Mundial para a concessão dos financiamentos têm dois âmbitos regulamentados: (i) a aquisição de bens e contratação de obras e serviços e (ii) a contratação de consultorias.

No caso da contratação de consultorias, em razão dos serviços de natureza eminentemente técnica envolvidos, volta-se a regulamentação não tanto para o preço, mas sim, acentuadamente, para a qualificação técnica dos interessados, o que não ocorre com a aquisição de bens e contratação de obras e serviços.

Em ambas as situações, no entanto, surgem anomalias, lacunas, ilegalidades e inconstitucionalidades frente ao sistema jurídico brasileiro, conforme será demonstrado nos capítulos subseqüentes.

CAPÍTULO 2: AS AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO

2.1. CONCEITO E DEFINIÇÃO

2.1.1. Escorço conceitual

Concomitantemente ao desenvolvimento dos Estados-membros da comunidade internacional e principalmente para possibilitar sua adequada integração, desenvolveram-se as agências internacionais de fomento como organizações internacionais com personalidade jurídica própria e, sobretudo, poder legiferante para reger sua atuação e condicionar os seus membros.

Quando se fala em agências internacionais, vem à tona a idéia de um ente criado por um grupo de Estados soberanos mediante um acordo internacional, dotado de órgãos que expressam uma vontade distinta da vontade de seus Estados-membros. Ou seja: um ente nascido em razão de pressupostos jurídicos, e não fáticos como são os Estados⁷⁷, o qual, desde que preenchidos determinados requisitos de constituição, surge com personalidade jurídica própria.

Ressalte-se o entendimento dos que consideram que esta característica peculiar da personalidade própria, embora algumas vezes possa ser nefasta – especialmente quando mal exercidas as funções da organização –, é um elemento indispensável para a realização dos propósitos da organização, imunizando-a contra ataques dos Estados.

Neste particular aspecto, Antonio Augusto Cançado Trindade⁷⁸ cita Seyersted, enfatizando que, sob a perspectiva jurídica, a posição das organizações internacionais, em termos de hierarquia, é semelhante à dos Estados, havendo diferenças meramente fáticas.

Não obstante, o mesmo autor⁷⁹ remete a Parecer de 1949 da própria Corte Internacional de Justiça, para afirmar que o fato de os direitos e deveres de uma organização internacional serem dependentes dos seus propósitos ou

⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*, p. 12.

⁷⁸ TRINDADE, A. A. C. *Idem*, p. 19.

⁷⁹ TRINDADE, A. A. C. *Idem*, p. 19-20.

funções especificados em seus documentos constitutivos, acarreta que eventuais condutas expansivas dos limites inicialmente fixados para sua atuação - notadamente práticas legiferantes - apenas possam ser consideradas criadoras de normas de direito internacional geral (vinculando a todos os Estados-membros da organização) se atestada efetivamente sua aceitação pelos Estados, a *opinio júris* dos membros da organização.

Ou seja, percebe-se nitidamente que, mesmo a doutrina que defende um poder exorbitante para as organizações internacionais reconhece limitações em determinadas situações.

Assim, buscando um conceito pontual e direto, Regina Vianna⁸⁰ cita o de Ricardo Seintenfus e Deisy Ventura, para quem “[...] as organizações internacionais são associações voluntárias de Estados constituídas através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns por intermédio de uma permanente cooperação entre seus membros.”

2.1.2. Classificação

Para se aproximar da definição de agência internacional de fomento e buscar, acima de tudo, expressar uma definição própria, deve-se delimitar adequadamente o instituto⁸¹.

Ao se deparar com agências internacionais de fomento, está-se diante de organizações intergovernamentais, que podem ter finalidades gerais (tais como a Organização dos Estados Americanos – OEA) ou especiais com delimitações mais específicas de suas competências – que são as que mais interessam neste estudo.

No caso específico das organizações com finalidades especiais, podem-se distinguir, ainda, as de cooperação econômica, as de cooperação militar, as de cooperação humanitária e as de finalidades culturais, técnicas e científicas.

⁸⁰ VIANNA, Regina Cecere; MOREIRA, Felipe Kern. O papel atual das organizações internacionais e a inserção brasileira. *Âmbito Jurídico*, mar./2001. Disponível em: <<http://www.com.br/aj/di0003.html>>. Acesso em: 16 ago. 2004.

⁸¹ Trabalha-se aqui com a classificação adotada por RIBEIRO, Manuel de Almeida. *A organização das Nações Unidas*, p. 25-27.

Especificamente as agências internacionais de fomento, com função de apoio de projetos licitados por seus Estados-membros, são enquadradas como organizações intergovernamentais de finalidades especiais de cooperação econômica.

Não se pode esquecer, no entanto, que mesmo as agências internacionais com nítidas atividades de fomento (ou seja, econômicas) estão mudando seu foco principal para atividades mais humanitárias, enfatizando projetos, por exemplo, de redução da pobreza no Estado-membro financiado. Com isso, não se pode afirmar com convicção que seu enquadramento na classificação proposta não mudará em breve, passando tais entidades a serem classificadas como organizações de cooperação humanitária.

2.1.3. A forma de constituição

Independentemente de onde se enquadrem as agências de fomento na classificação proposta acima, não se altera a realidade de que tais entidades derivam – sem exceções – de um lugar-comum, ou seja, são constituídas a partir do esforço conjunto de Estados soberanos, através de um tratado constitutivo, pelo qual são dotadas de personalidade jurídica própria.

A definição⁸² é simples, porém, extremamente pontual, contendo os elementos necessários para a constituição de tais organismos: uma coletividade de Estados, uma convenção constitutiva da organização e a autonomia jurídica outorgada a tais entidades perante seus membros.

Evidentemente que, ao se estudar as organizações internacionais, observam-se definições mais rebuscadas, que refletem com maior precisão a sua efetiva constituição. Aliás, a análise do momento constitutivo da entidade é de fundamental importância, sobretudo porque, dependendo da abrangência da competência outorgada no ato constitutivo às organizações internacionais, ter-se-á uma ingerência legislativa mais ou menos acentuada no âmbito dos Estados-membros das organizações.

No rol das definições mais detalhadas, cita-se a de Paul Reuter, que as considera uma “[...] associação voluntária de sujeitos de direito internacional,

⁸² RIBEIRO, M. de A. Op. cit., p. 27.

constituída mediante actos (sic) internacionais e regulamentada nas relações entre as partes por normas de direito internacional e que se concretiza numa entidade de carácter estável, dotada de um ordenamento jurídico interno próprio e de órgãos e instituições através dos quais prossegue fins comuns aos membros da Organização, mediante a realização de certas funções e o exercício dos poderes necessários que lhe tenham sido conferidos.”⁸³

Nesta linha de raciocínio, não se pode ignorar que, quando se fala em “exercício dos poderes necessários” por tais organizações, refere-se, inclusive, ao poder normativo. Obviamente, porém, que a extensão da produção normativa legítima de tais entidades varia em cada caso, aí residindo o cerne de eventuais inconstitucionalidades quando analisado o tema perante o sistema constitucional brasileiro.

Não obstante existirem inconstitucionalidades em algumas situações, não se pode ignorar que tais organizações nascem legitimamente, através de um tratado constitutivo celebrado por Estados competentes e soberanos para decidir sua adesão a estes organismos.

Trata-se, como dito, de um tratado “sui generis”, como bem delineou Cançado Trindade⁸⁴ ao analisar o tratado constitutivo da Organização das Nações Unidas – ONU e afirmar que não se trata de um tratado análogo aos rotineiros tratados internacionais, nem mesmo de uma Constituição - nos termos ordinariamente conhecidos nos Estados soberanos -, mas sim de um ato internacional diferente que origina uma complexa entidade com vida própria e distinta da dos seus Estados-membros.

Há, portanto, um “elemento orgânico-constitutivo”⁸⁵ em tais tratados, que não existe nos tratados internacionais com a feição tradicionalmente conhecida.

Analisando os tratados constitutivos das organizações internacionais, tomando como parâmetro o da Organização das Nações Unidas, Manuel Ribeiro⁸⁶ bem pontua suas características principais:

⁸³ REUTER, Paul. *Instituições internacionais*, p. 217 e segs.

⁸⁴ TRINDADE, A. A. C. Op. cit., p. 27.

⁸⁵ TRINDADE, A. A. C. Idem, p. 28.

⁸⁶ RIBEIRO, M. de A. Op. cit., p. 27-28.

1º) em geral, tais tratados específicos têm primazia sobre outros atos internacionais, compelindo os Estados-membros que aderiram a dar-lhes prioridade em relação a outros tratados anteriores e não se atrelarem a novos tratados porventura conflitantes com as metas das organizações internacionais;

2º) não admitem reservas ou exceções de aplicabilidade desiguais entre os membros da organização;

3º) sua revisão nem sempre depende de unanimidade dos membros da organização, sendo suas alterações oponíveis aos Estados dissidentes ou omissos independentemente de não terem ratificado as modificações;

4º) via de regra, seu prazo de duração é indeterminado;

5º) devem prever, ao menos, os fins, a estrutura e as competências da organização instituída.

Percebe-se, sem dificuldade, a tamanha relevância que é atribuída a esses tratados. E mais, juntamente com a relevância, as organizações a partir deles constituídas são dotadas de poderes extraordinários, que superam, para alguns doutrinadores, até mesmo normas de natureza constitucional.

2.1.4. A competência das organizações internacionais

Mesmo os defensores da capacidade mais extremada de tais organizações internacionais, no entanto, admitem a necessidade de se desenvolverem técnicas de controle dos seus atos.

Refutam-se, nesse aspecto, os extremos. São rejeitados o entendimento mais tradicional, que defende que as organizações internacionais têm apenas os poderes que forem extraídos literalmente de sua carta constitutiva, e entendimento mais exacerbado da doutrina dos “poderes inerentes”, que entende que as organizações têm, inerentes à sua natureza jurídica, todos os poderes - inclusive os decorrentes da soberania em igual hierarquia aos Estados - que estejam ao seu alcance desempenhar, independentemente de serem ou não relacionados com suas atribuições inicialmente delimitadas.

A par dos extremos, desenvolve-se uma predileção para a doutrina que atribui poderes “implícitos” a tais organizações para exercer suas atribuições

em conformidade com as tarefas e propósitos inicialmente estabelecidos por seus Estados-membros⁸⁷.

Sob o enfoque da teoria predominante, os tratados constitutivos das organizações internacionais (como é o caso das agências internacionais de fomento) delimitarão seu âmbito de atuação, só sendo válidas suas condutas, se estiverem em conformidade com os propósitos iniciais traçados pelos Estados-membros. Ressalte-se que a teoria dos poderes implícitos das organizações internacionais, atualmente, é largamente admitida em Direito Internacional, podendo, segundo afirma João Mota de Campos, considerar-se consagrada pelo Tribunal de Haia:

A jurisprudência do TJPI (cf. os *Pareceres nº 13 de 23.7.1926, série B, p. 64*, sobre a competência da Comissão Européia do Danúbio), assim como a jurisprudência do TIJ (cf. o *Parecer de 11.4.1949, Col. 1949, p. 182* a propósito da '*reparação dos prejuízos sofridos ao serviço das NU*') permitem considerar como regra de direito internacional firmemente estabelecida que:

- *Devem considerar-se atribuídos a uma organização internacional todos os poderes que, embora não expressamente reconhecidos na respectiva carta constitutiva, são indispensáveis ao pleno exercício das suas atribuições.*⁸⁸

Embasadas em teorias como a dos poderes implícitos, portanto, as agências internacionais de fomento arvoram-se na condição de supremas autoridades e passam a impor condutas aos seus Estados-membros, sob a justificativa de que tais atribuições voltam-se exclusivamente ao alcance dos objetivos institucionais previstos quando da constituição da organização.

Esquecem-se, porém, que, diversamente dessas posturas extremamente expansivas - verificadas, por exemplo, em financiamentos de obras públicas licitadas -, ao menos no caso brasileiro, independentemente da teoria acatada no âmbito internacional, não se pode ignorar o direito interno do Estado, sobretudo aquele de natureza constitucional.

E, sob esta perspectiva, a atuação destas entidades deve-se subordinar aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, o que – nas

⁸⁷ TRINDADE, A. A. C. Op. cit., p. 73.

⁸⁸ CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*, vol. II, p. 44 (grifos originais).

palavras de José Afonso da Silva⁸⁹ – significa que se deve limitar aos casos em que seus Estados-membros não definiram de forma suficiente o regramento aplicável, ou seja, deve estar demonstrado que a atuação estatal carece de complementação.

Não é o que se observa na prática das agências internacionais. Estas simplesmente impõem restrições e submissões aos seus Estados-membros, condicionando a “ajuda” da organização ao acatamento dos seus desejos supremos.

2.1.5. A situação do Banco Mundial

Tomando-se como paradigma de análise a principal agência internacional de fomento, o Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD ou Banco Mundial, observa-se que ele foi concebido durante a Segunda Guerra Mundial, em 1944, em *Bretton Woods*, como decorrência ideológica do mesmo período que gerou a intervenção estatal direta na economia (Estado Intervencionista), qual seja: o pós-guerras.

Como bem explica Marcos Juruena Villela Souto⁹⁰, naquele período, marcado pela destruição de algumas Nações, percebeu-se, no âmbito internacional, que a Liga das Nações⁹¹ não tinha mínimas condições de viabilizar uma política econômica para a reconstrução dos países afetados pelo embate mundial.

Isto fez com que os membros da ONU aprovassem, na *Conferência de Bretton Woods*, a criação do *Fundo Monetário Internacional – FMI* e do Banco Mundial. Notadamente este último, foi constituído para financiar o desenvolvimento de países em vias de industrialização, fomentando projetos de

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do Direito Constitucional Internacional. In: PIOVÉSAN, Flavia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*, p. 21.

⁹⁰ SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 293.

⁹¹ Conforme dados disponíveis em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 06 fev. 2007. A Liga das Nações foi uma organização internacional, a princípio idealizada em janeiro de 1919 em Versalhes, abrangendo as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial com objetivo de negociar um acordo de paz. Porém, tendo fracassado em manter a paz mundial, ela se dissolveu e por volta de 1942 estava extinta, passando, então, em 18 de abril de 1946, tais responsabilidades à recém-criada Organização das Nações Unidas, a ONU.

comprovada viabilidade técnica, econômica e financeira, especialmente aqueles considerados de flagrante interesse público.

A constituição dessa relevante organização/agência internacional decorreu, especialmente, de um ideal de integração e desenvolvimento entre países que lutavam em aliança contra o nazismo e tinham como objetivo o intercâmbio comercial, industrial e financeiro, especialmente com países em desenvolvimento.

Entretanto, como financiador de atividades dos seus membros com menor poder de auto-financiamento de suas necessidades, o Banco Mundial (e todas as demais agências internacionais de fomento da mesma natureza) controla severamente a concessão e aplicação dos recursos, especialmente ao se considerar que os recursos repassados nos empréstimos têm sua origem nos próprios Estados-membros, pois decorrem da subscrição de ações do Banco.

Tal situação é, no mínimo, compreensível. Nas palavras de Valnora Leister⁹², advogada do Banco de Desenvolvimento Interamericano – BID em Washington/DC, por se tratarem as agências internacionais de fomento de estruturas naturalmente desiguais entre os envolvidos - onde, de um lado, concentram-se países desenvolvidos, industrializados e os principais provedores de bens e serviços, e, de outro lado, países em desenvolvimento, receptores dos bens e serviços beneficiados pelos empréstimos - são naturais e previsíveis as imposições e submissões decorrentes da exploração da necessidade.

E são organismos como o Banco Mundial que exercem atividades de fomento para seus Estados-membros, com apenas um único inconveniente: têm pretensões normativas no que tange a diversos aspectos da atividade fomentada, desde a sua formação (no caso dos serviços públicos, a licitação) até sua execução propriamente dita.

Apenas como ilustração final do que se afirma, Marcos Juruena Villela Souto⁹³ menciona que, na licitação vinculada a recursos internacionais do Banco Mundial, ele revisa os documentos previamente em três momentos distintos: (1º) antes da publicação do edital da licitação, através da sua elaboração, (2º) antes da assinatura, há a revisão do instrumento contratual e (3º)

⁹² LEISTER, Valnora. *A concorrência como instrumento de cooperação internacional*. Disponível em: <<http://www.dipnet.com.br>>. Data do texto: 01 ago. 2003. Acesso em: 19 jan. 2005.

⁹³ SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 296.

após a assinatura do contrato, há mais uma revisão da licitação antes do primeiro pagamento ao contratado.

2.2 – AS NORMAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO

2.2.1. A aplicação da norma internacional

Como foi visto, ao se falar em financiamentos de agências internacionais de fomento, juntamente com o empréstimo existem diversas regras restritivas da autonomia da legislação nacional que regulamenta as licitações – em grande parte das situações eivadas com forte caráter de inconstitucionalidade.

Ao se enfatizar os conflitos normativos, obviamente que não se está pretendendo a pura e simples desconsideração ou ineficácia do direito supranacional, que, muitas vezes, é extremamente importante e atuante.

Basta ver que o seu surgimento decorreu de um complexo processo jurídico e sociológico gerado a partir da insuficiência do direito outrora existente para responder aos novos desafios impostos pela Sociedade. Trata-se, em síntese, de um fenômeno natural da evolução, gerado, a partir da “necessidade da desconcentração e descentralização da regulação jurídica e para a indispensabilidade de articular, em moldes inovadores, o direito interno com os fenômenos da internacionalização e supranacionalização.”⁹⁴

Aceitos como transformações sociais, a coexistência dos sistemas interno e externo e os seus conflitos normativos – hoje muito mais acentuados em razão dos movimentos econômicos decorrentes da formação de grandes blocos – deixam de ser vistos “[...] como as corrosivas revoltas dos fatos contra os códigos, para se converterem, positivamente, em fatores de atualização daqueles enunciados e, por essa forma, de regeneração da sua força normativa.”⁹⁵

No contexto atual, estes dois sistemas normativos se entrelaçam, sendo certa a afirmação de Vicente Marotta Rangel de que “[...] seria errôneo

⁹⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 683.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 64.

supor que da existência do Direito Internacional se seguisse necessariamente a negação do próprio Estado, como da existência deste se inferisse também necessariamente a negação daquele.”⁹⁶

Sendo inconteste a necessidade de produção de um direito supranacional – direito este que nada mais é do que a concretização da atividade reguladora de tais entes internacionais sobre as atividades fomentadas – e sua interação com o direito dos Estados-membros da comunidade internacional, resta apenas se analisar a melhor forma de adequação entre os sistemas.

Como afirmado por Sidney Bittencourt⁹⁷, quando se estiver diante de licitações de obras e/ou serviços públicos financiados por agências internacionais de fomento, haverá três caminhos possíveis: (i) adotar-se a legislação internacional, (ii) adotar-se a lei nacional ou (iii) mesclar ambas os sistemas normativos, adotando qualquer das legislações com restrições.

Na visão do autor citado, das possibilidades ventiladas, a adoção da lei nacional é a mais adequada e deveria ser a regra. Porém, em determinadas situações, esta solução não é possível - apesar de lógica. A segunda possibilidade é a mais nefasta, o que não retira seu fundamento legal, pois, em se tratando de organizações internacionais, não há como se impor as regras nacionais de licitação quando a agência internacional impõe, como condição da concessão do financiamento, a adoção das suas regras. Resta, portanto, a terceira possibilidade, que é a adoção híbrida da legislação nacional e internacional, de modo que o sistema normativo externo não anule ou viole o interno, especialmente o constitucional.

O autor citado⁹⁸ bem resume este entendimento, ao considerar que esta última hipótese é a mais correta e deveria ser a usual, pois, nestas situações, as regras internacionais são sintéticas ou, mesmo quando detalhadas, restringem-se a determinados aspectos da contratação, devendo o Estado-membro, receptor do empréstimo, dar os contornos legais devidos para que a contratação se efetive adequadamente.

⁹⁶ RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, fasc. 2, p. 86, 1967.

⁹⁷ BITTENCOURT, S. Op. cit., p. 167-168.

⁹⁸ BITTENCOURT, S. Op. cit., p. 170.

2.2.2. A delimitação de competências do Estado-membro e da organização internacional

A questão central que se coloca no presente estudo refere-se à delimitação da competência entre a organização internacional e o Estado-membro.

Baseando-se em uma definição da soberania como uma qualidade atribuída a determinado ente, pela qual se nega a existência de poderes superiores aos seus, questiona-se como podem os Estados, ao ingressar em uma organização internacional, atribuir-lhe competência sem abdicar de sua própria soberania?

As soluções para delimitar os poderes de uma organização internacional variam conforme se trate de organizações supranacionais ou intergovernamentais.

Manuel de Almeida Ribeiro⁹⁹ afirma, em relação às primeiras, que há clara abnegação de soberania dos Estados-membros em benefício da organização – é o caso, por exemplo, das comunidades internacionais.

Já no caso das segundas – que é a hipótese que mais interessa nesta pesquisa – não há transferência de poderes do Estado-membro para a organização, o significaria afirmar que tais organizações são destituídas de poderes e, portanto, não têm meios efetivos de execução de suas finalidades e atribuições.

Entretanto, esta conclusão é descabida. Quando se fala em poderes das organizações internacionais, a posição doutrinária mais abalizada parece estar com Michel Virally¹⁰⁰, que considera inadequada a outorga de poderes estatais a tais entes – aqui entendidos como as funções legislativa, executiva e judiciária – na medida em que eles não são estruturas de governo de uma sociedade política, tal como o Estado. Porém, para o autor, é necessária a outorga de poderes diferentes às organizações internacionais, poderes capazes de influenciar a forma como os Estados-membros se utilizam de seus próprios

⁹⁹ RIBEIRO, M. de A. Op. cit., p. 109.

¹⁰⁰ VIRALLY, Michel. *L'Organisation Mondiale*, p. 157 e ss.

poderes, sobretudo para que não prejudiquem o alcance da finalidade máxima da organização que integram.

Numa tentativa de limitação de “abusos” porventura perpetrados pelas organizações internacionais, recorre-se a distintas interpretações acerca dos efetivos alcances dos poderes outorgados às organizações e aos Estados-membros. Dividem-se as alegações para justificar a limitação das competências, conforme abaixo delimitado:

(a) existem assuntos que, pela própria natureza, pertencem ao domínio reservado dos Estados, e outros que pertencem ao domínio internacional;

(b) determinados temas são originariamente de competência estatal, mas podem mais tarde ganhar foro internacional;

(c) toda questão pode vir a ser objeto de regulamentação internacional através de tratados e, quando isto ocorre, ela passa a não mais pertencer ao domínio dos Estados, passando a integrar o âmbito exclusivo internacional.

Ao menos na Corte Internacional de Justiça, a primeira linha de argumentação (*Teoria do Domínio Reservado dos Estados*) predomina. Cançado Trindade¹⁰¹ cita um precedente da Corte, onde ela se confrontou com a questão das reservas à sua jurisdição compulsória por parte de Estados-membros. Esta questão foi apreciada no caso *Interhandel*, em 1959, onde uma das objeções dos Estados Unidos foi a reserva automática de sua competência para apreciação do caso.

A objeção em si da reserva de competência dos Estados Unidos não foi sequer apreciada, pois outra preliminar foi acolhida. No entanto, segundo o mencionado autor, pelo sentido usual da jurisprudência da Corte, a preliminar seria acolhida, com voto contrário, certamente, do juiz Launerpacht, que entendia que a Corte Internacional era a guardiã de seu Estatuto e que não tinha poder para simplesmente abandonar sua função de julgar as questões que lhe eram submetidas, simplesmente em razão de um determinado Estado-membro ter reservado determinadas competências para si.

¹⁰¹ TRINDADE, A. A. C. Op. cit., p. 165-166.

A conclusão importante extraída destes precedentes, independentemente da Corte firmar posição em um ou outro sentido, é que existe uma árdua discussão acerca do tema inclusive naquela instituição, que é, relembre-se, uma Corte Internacional de julgamentos.

Isto, por si só, já demonstra que a questão é controversa, sendo mais do que justificável se defender, no presente estudo, que a Constituição Federal de 1988, pela sua própria natureza de lei máxima, reserva ao Estado Brasileiro determinadas competências normativas que não podem ser “invadidas” por pretensões normativas de organizações internacionais que atentem contra os princípios constitucionais que regem a matéria.

2.2.3. As restrições ao poder normativo das organizações internacionais

Na medida em que as organizações/agências internacionais têm uma regulamentação própria, decorrente da sua natureza, e que, por serem internacionais, elas não estão sujeitas a nenhum direito estatal em particular, mas sim ao ordenamento internacional como um todo, deve-se pensar a questão da sua produção normativa à luz dos seus tratados originários, pelos quais lhes é facultada esta atuação.¹⁰²

Para a organização internacional, o seu tratado constitutivo está no mesmo patamar que a Constituição Federal para um Estado. Ou seja: dele decorre toda a estruturação da organização internacional, razão pela qual Estados com uma relativa supremacia na organização tentam sobrepor o direito supranacional ao direito dos demais Estados-membros da organização, especialmente quando estes últimos têm uma significação reduzida no cenário econômico mundial.

Há autores, inclusive, que adotam o termo constituição – obviamente em um sentido meramente descritivo e referindo-se à forma de organização de uma comunidade política não-estatal – para se referir aos tratados originários das organizações internacionais. Porém, esta pretensa qualidade “constitucional” é bem mais frágil do que a condição constitucional atribuída aos Estados em decorrência da própria concepção de Estados Democráticos de Direito. De fato,

¹⁰² VELASCO, Manuel Diez de. *Las organizaciones internacionales*, p. 120.

um tratado internacional gera uma instituição internacional como as analisadas neste estudo, mas com certos limites, especialmente no que tange à divisão das competências normativas dos Estados-membros e da entidade externa.

Os limites à função normativa destas instituições vão muito além da mera prudência, sendo extremamente necessários. Isto porque, tais entes, apesar de juridicamente estruturados, não têm – como os Estados – qualquer tipo de controle - salvo o autocontrole - da legalidade ou “constitucionalidade”¹⁰³ de seus atos, gerando-se, com isso, uma grande aberração normativa bem resumida em trecho citado por Cançado Trindade:

[...] ‘a ausência de órgãos legislativos permanentes e, em geral, a natureza não-especializada e não-institucionalizada do processo pelo qual é criado o direito internacional geram uma falta de estabilidade e precisão em muitas regras não-convencionais, contradições freqüentes entre certas regras, e lacunas relativamente numerosas observadas naquela ordem normativa’.¹⁰⁴

Em um cenário como este, não se pode pretender impor aos Estados-membros das organizações a simples e imediata aceitação das regras ditadas por tais instituições, sem o menor controle acerca de sua constitucionalidade. As contradições com os mais diversos sistemas normativo-constitucionais dos Estados-membros serão evidentes, bastando se atentar para a diversidade das normas constitucionais envolvidas, pois, certamente, que cada Estado-membro tem a sua Constituição com normas próprias, variáveis conforme as necessidades da sua sociedade.

Justamente por haver incongruências e lacunas no sistema normativo ditado pela organização internacional são necessários mecanismos de controle da constitucionalidade das regras ditadas pelas agências internacionais perante os sistemas constitucionais dos Estados-membros. Porém, independentemente das entidades internacionais gostarem ou não, tais mecanismos devem advir do sistema interno dos Estados.

No caso do sistema constitucional brasileiro, analisando-se especificamente as normas referentes às licitações - que mais interessam neste

¹⁰³ Apesar de se mencionar a “constitucionalidade” dos atos da organização, adota-se a expressão de forma figurada, pois tais entes sequer possuem uma Constituição a servir de parâmetro de aferição de sua constitucionalidade.

¹⁰⁴ TRINDADE, A. A. C. Op. cit., p. 48.

estudo -, o controle da constitucionalidade das normas internacionais decorre da Constituição Federal de 1988.

O artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, estabelece a competência privativa da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, impondo-se a observância do artigo 37 da Constituição, que, por sua vez, em seu inciso XXI, elenca princípios a serem respeitados na execução da licitação.

Ou seja, ao mesmo tempo em que a Constituição outorga ao legislador infraconstitucional a competência acerca de licitações e contratos administrativos, ela condiciona sua atuação à observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade e competitividade.

Trata-se, em suma, de clara demonstração de cerceamento da liberdade normativa de qualquer ente, seja o legislador infraconstitucional, seja uma organização agência internacional de fomento, perante a Constituição Federal.

Nessas situações de concomitância de normas internacionais e do direito interno dos Estados-membros de uma dada organização internacional, mesmo para aqueles que defendem a máxima efetividade ao direito internacional – especialmente para se preservar os compromissos assumidos pelos Estados neste âmbito – deve-se afastar interpretações extremadas, impondo-se uma solução intermediária, a qual Canotilho se referiu como uma atribuição de “valor infraconstitucional, mas supralegislativo”¹⁰⁵, o que significa que as normas de direito internacional geral não valem contra a Constituição dos Estados, porém, superam hierarquicamente o direito interno infraconstitucional, seja ele anterior ou posterior à legislação alienígena.

Obviamente que uma interpretação desta natureza contraria conceitos tradicionais derivados da Teoria Dualista, como será visto no próximo sub-capítulo. Mas não deixa de ser uma interpretação intermediária, talvez mais assente com a realidade do mundo globalizado e que não viola frontalmente os valores constitucionais de um Estado e de uma sociedade.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional ...*, p. 796.

Ressalte-se, como ilustração, que a interpretação intermediária já é adotada no direito brasileiro. O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172 de 25/10/1966) confere significativa importância aos tratados internacionais, fazendo-os prevalecer sobre a legislação ordinária anterior e posterior¹⁰⁶.

Debruçando-se sobre a exceção tributária mencionada, poder-se-ia supor a sua inconstitucionalidade, por pretender estabelecer uma primazia para a legislação internacional em detrimento do direito interno brasileiro. Porém, parece assistir razão a Francisco Rezek¹⁰⁷, para quem não há inconstitucionalidade da regra do artigo 98 do Código Tributário Nacional, porque ela não pretende decretar o primado da legislação internacional em relação às leis ordinárias anteriores ou posteriores a ela. Em verdade, a previsão normativa propõe apenas que, se existente um tratado assinado pelo Brasil e recepcionado no sistema brasileiro, seus mandamentos de natureza tributária deverão ser respeitados, para que não haja conflito decorrente de legislação ordinária posterior. Ou seja, para Rezek, a regra citada previne conflito normativo, razão pela qual não haveria inconstitucionalidade.

Percebe-se, assim, que, quando o legislador brasileiro pretendeu estabelecer regra diferenciada, possibilitando a primazia do tratado internacional sobre o direito interno, fez expressamente, o que não invalida, no entanto, a solução intermediária proposta por Canotilho.

2.2.4. Ainda as restrições ao poder normativo das organizações internacionais: os princípios da especialidade e da subsidiariedade

As restrições ao poder normativo das organizações internacionais não são meramente constitucionais. A situação é delicada, pois envolve eventual “invasão” de competências, impondo maiores aprofundamentos.

Para Manuel Díez de Velasco, a competência normativa dos entes internacionais será embasada no princípio da especialidade, pelo qual a organização não editará regras gerais, mas somente regras específicas voltadas

¹⁰⁶ “Artigo 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

¹⁰⁷ REZEK, Francisco. Jurisprudência do Supremo e Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário*, p. 122-123, 1986.

para seu determinado fim, e no princípio da subsidiariedade, que limita a intervenção dos entes internacionais a situações em que a própria regulamentação dos Estados-membros não tenha condições de alcançar suficientemente os objetivos pretendidos.

Acompanhando este entendimento, Canotilho¹⁰⁸ afirma que, por força do princípio da subsidiariedade, as entidades internacionais só deveriam intervir, na medida em que os objetivos pretendidos não puderem ser suficiente e adequadamente atingidos pelos Estados-membros e puderem ser melhor alcançados no âmbito internacional.

Para o autor citado, por trás do princípio da subsidiariedade - comentado à luz da Comunidade Européia - estão idéias de (i) frear a constante centralização européia, (ii) tornar mais segmentados e regionais os processos decisórios e (iii) aproximar as decisões dos cidadãos.

E, mais do que isto tudo, a aplicação do princípio da subsidiariedade se impõe, principalmente, em razão do pluralismo jurídico existente e das diferenças econômicas, culturais, sociais e históricas dos Estados-membros de determinada organização internacional. Enfim, não se pode tratar de forma igualitária situações bastante desiguais, razão pela qual é mais do que necessário incentivar-se a prevalência do direito interno dos Estados em contraposição ao direito internacional, normalmente deficitário e lacunoso, das organizações internacionais.

Na prática, porém, não é isso que vem acontecendo em várias situações onde o Direito Internacional se alça sobre matérias já reguladas pelos Estados, ignorando tanto o princípio da especialidade quanto o da subsidiariedade.

2.2.5. A noção de ordem pública

A existência de um direito particular das organizações internacionais faz emergir um conceito tradicional do Direito, que é o de ordem pública.

Da noção de ordem pública decorre tanto a própria organização interna do Estado, quanto a sua postura externa. O conceito envolve algo

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional ...*, p. 362.

indeterminado, cujo sentido, porém, todos conseguem distinguir, significando a expressão “ordem pública”, sob a óptica das relações internacionais do Estado, algo análogo à proibição de uma indevida interferência das regras internacionais no sistema positivo dos Estados.

Esquece-se o conceito, porém, quando se constata, nos casos dos financiamentos internacionais concedidos por agências de fomento, que estas entidades têm sua própria regulamentação para determinadas relações por elas travadas com os Estados-membros, alheias e em muitos aspectos contrárias às regras do direito interno. Vai haver, com isto, uma clara modificação no entendimento de ordem pública, na medida em que o Estado passa a ser submisso ou influenciado em alguns aspectos ao ente internacional.

Neste particular aspecto, Luiz Olavo Batista bem se posiciona:

A ordem pública se aplica segundo um procedimento em três etapas: ‘O juiz, após ter considerado a lei estrangeira normalmente aplicável e examinado as circunstâncias concretas de sua aplicação ao caso, deve confrontar o resultado obtido com uma ordem jurídica de referência que lhe servirá de algum modo como uma medida, antes de decidir se aplicará a lei estrangeira ou lhe oporá a exceção de ordem pública’.

[...]

Nos contratos relativos a empréstimos internacionais, que tanto interessam à coletividade brasileira nas últimas décadas, pudemos assistir e constatar a evolução das imunidades de jurisdição e de execução, havidas como de ordem pública, com a delimitação crescente da extensão delas. Tudo com o assentimento – ainda que derivado da necessidade – dos Estados envolvidos, que por vezes colaboram ativamente nessa obra.¹⁰⁹

Sendo flexibilizada a noção de ordem pública, por vezes algumas parcelas do sistema positivo dos Estados-membros sucumbem indevidamente frente ao direito emanado das organizações internacionais.

Demonstra-se, assim, que, mesmo com diversos entraves à aplicação do direito internacional, a realidade é distinta da teoria. Este é, portanto, o contexto em que surgiram e como vêm sendo visualizadas as agências internacionais de fomento.

¹⁰⁹ BAPTISTA, L. O. Op. cit., p. 454-457.

2.3. A RECEPÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DE LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

2.3.1. A coexistência dos sistemas

Se há algum tempo já era problemática a questão da coexistência e da integração entre regras internacionais e regras de direito interno de Estados-membros da Comunidade Internacional, mais recentemente o tema ganhou ainda mais complexidade.

Além dos sistemas normativos internacionais já existentes, das organizações intergovernamentais, o advento das comunidades internacionais regionalizadas fez com que surgissem outros sistemas delas derivados.

Para alguns doutrinadores, isto gerou a insuficiência das Teorias Dualista e Monista para a solução dos impasses normativos porventura surgidos.

Não se nega que, no âmbito do tradicional Direito Internacional – aqui visualizado como aquele em que os Estados Soberanos celebram tratados internacionais de cooperação ou aderem a organizações intergovernamentais voltadas a fins específicos¹¹⁰, a questão é mais simples. Neste contexto, a coexistência e integração entre o direito interno dos Estados e o direito internacional são debatidas pelas Teorias Dualista e Monista.

Porém, quando se trata do direito comunitário, existem autores¹¹¹ que afirmam que a distinção não é pautada pela oposição entre dualismo e monismo. Não obstante este não seja o tema central deste estudo, em razão da sua relevância, abre-se aqui um parêntese para demonstrar o fundamento deste entendimento divergente, com o qual, aliás, concorda-se.

A Modernidade trouxe mutações às sociedades e, por consequência direta, ao Direito. O que antes se resumia a uma discussão com significativa importância prática entre duas concepções para a leitura da coexistência entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, com o tempo – para alguns

¹¹⁰ Tais como a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho, o Banco Mundial, dentre outros.

¹¹¹ Dentre os quais, SILVA, José Afonso da. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, p. 26-27; JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 301-302.

autores – está se esvaziando. João Mota de Campos, ao analisar a questão, afirma expressamente que “[...] nenhuma das concepções aludidas serve já de modelo rígido às modernas soluções constitucionais.”¹¹²

Na mesma linha se manifesta Hildebrando Accioly¹¹³, que afirma, com objetivo de justificar a Teoria Monista (o que não era o fim visado por João Mota de Campos), que “[...] em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais”, sob o fundamento de que, nesta ordem jurídica una, não há dois sistemas jurídicos, mas apenas duas esferas de ação: a interna, regulada pelo Estado através de seu direito interno, e a externa, regulada pelo direito internacional.

Embora possa se concordar que a Teoria Monista, ao negar a separação entre os sistemas internos dos Estados e o sistema internacional, melhor reflita a realidade atual do Direito, especialmente diante das profundas transformações decorrentes do processo de acentuada globalização, a finalidade por ela buscada, de uma constante prevalência do direito internacional, não pode ser aceita de forma indiscriminada e sem críticas – ao menos sob a perspectiva do sistema constitucional brasileiro – como adiante se demonstrará.

Não se pode deixar de lembrar que esta nova forma de interpretação dos conflitos normativos proposta por alguns monistas aplica-se, via de regra, ao direito comunitário, cuja relação com o direito interno dos Estados Soberanos é bem distinta da existente entre este e o direito internacional emanado de organizações intergovernamentais.

Para Marçal Justen Filho, cabe aqui uma advertência decorrente de uma “recepção indevida no Brasil do constitucionalismo europeu”¹¹⁴. Afirma o autor que, no Brasil, foram adotadas, de modo automático e indiscriminado, as conclusões do direito comunitário europeu, daí advindo a pregação de alguns autores da necessidade da abertura constitucional ao direito internacional. Esta realidade de abertura e flexibilidade constitucional, porém, não se aplica de forma generalizada ao direito internacional, mas apenas ao direito comunitário e desde que analisada a questão sob a sua perspectiva, onde os atributos clássicos da Constituição foram transportados ao Tratado Comunitário.

¹¹² CAMPOS, J. M. de. Op. cit., p. 193.

¹¹³ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, p. 5.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 301.

No caso específico do direito comunitário, José Afonso da Silva¹¹⁵ bem adverte que a situação é distinta, pois os Estados-membros assumem uma nova forma de soberania. Expandem-se as soberanias particulares dos Estados, pois haverá um exercício comum da soberania por todos os integrantes da comunidade instituída. Assim, haverá uma integração jurídica entre os diversos direitos existentes no âmbito comunitário, razão pela qual será inaplicável a adoção da oposição entre Monismo e Dualismo.

Justamente pelas peculiaridades do direito comunitário é que Alexandre Coutinho Pagliarini, analisando a situação da União Européia, afirmou haver primazia dos seus tratados constitutivos em relação aos demais diplomas normativos dos seus Estados-membros. Isto porque, como bem adverte o citado autor, no caso do direito comunitário e especificamente da União Européia, nos tratados constitutivos

[...] se assenta o consentimento dos Estados-membros que, em prol da comunidade, abdicam de parcelas de suas soberanias, sendo de se ressaltar que nenhum ato dos órgãos comunitários ou dos Estados-membros (isolados) pode modificar ou prevalecer sobre os tratados, que só podem ser revistos por meio dos procedimentos previstos neles próprios.¹¹⁶

Contudo, mesmo o autor citado entendendo que, no caso do direito comunitário, a prevalência dos tratados constitutivos da comunidade decorre da abdicação de parte da soberania dos seus Estados-membros, ele pondera que, havendo conflito entre o direito comunitário e o direito constitucional dos Estados-membros da Comunidade, a solução se altera, pois as Constituições dos Estados-membros continuam a ser os diplomas de maior hierarquia normativa nos respectivos Estados-membros.

Propõe o autor¹¹⁷, nesta situação de conflito, que se busque a harmonização entre os diplomas normativos envolvidos, preservando-se a supremacia constitucional e, concomitantemente, promovendo-se a integração dos diplomas normativos.

Até porque, nas palavras do mesmo autor,

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direitos humanos ...*, p. 27.

¹¹⁶ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional. Cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, p. 233.

¹¹⁷ PAGLIARINI. A. C. *Idem*, p. 238.

No Brasil, não há nem nunca houve qualquer dispositivo constitucional – direto e expresso – generalizando acerca da hierarquia entre norma pactícia internacional e norma constitucional. Mas isso não dá autorização para que se julgue que a norma pactícia internacional se sobrepõe à Lei Magna, pois há dispositivo indireto: os tratados estão submetidos ao controle de sua constitucionalidade (art. 102, III, 'b', da CF); logo: se o tratado, assim como a lei, está submetido ao controle de constitucionalidade pelo Pretório Excelso, então só se pode inferir que o mesmo ocupa posição inferior à Carta Magna, a não ser nos casos excepcionados pela própria Carta.¹¹⁸

Sob a óptica do sistema constitucional brasileiro¹¹⁹, além de não haver previsão expressa de prevalência do tratado internacional, não se pode esquecer que se distinguem o direito comunitário e o direito internacional emanado de organizações intergovernamentais de fomento. Nestas, a soberania dos Estados-membros da organização não é afetada, nem mesmo nela se integram os sistemas jurídicos internos dos Estados, que se mantêm íntegros e plenamente vigentes em seus respectivos âmbitos de competência.

Assim, transparece - como defende Marçal Justen Filho - que, no sistema brasileiro, não há um “patamar normativo de nível supraconstitucional”¹²⁰, de modo que o efeito prático de uma eventual recusa da força normativa da Constituição Brasileira de 1988, em benefício das normas internacionais, “[...] reside em consagrar ou uma Constituição flexível ou um espaço constitucional livre. Esse resultado será tão ou mais grave do que o apontado *déficit* democrático da União Européia.”¹²¹

Esta situação, portanto, é inaceitável, pois, em benefício da postura pessoal adotada pelo eventual ocupante das funções de governar, conduz-se a uma negativa da Constituição sob os mesmos fundamentos do direito comunitário, o que é inaplicável ao sistema jurídico brasileiro quando se trata de coexistência entre as normas de direito interno dos Estados e as normas de direito internacional.

Feito este esclarecimento, fecha-se o parêntese, para se voltar ao tema central do presente estudo, que não se refere ao direito comunitário, mas

¹¹⁸ PAGLIARINI, A. C. *Idem*, p. 159.

¹¹⁹ Que não é a situação de uma comunidade internacional.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, M. *O direito das ...*, p. 301.

¹²¹ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 302.

sim ao direito produzido por entidades intergovernamentais – hipótese à qual se aplica a oposição monismo/dualismo.

2.3.2. A oposição das Teorias Dualista e Monista

Tratando-se de organizações intergovernamentais, aplica-se a distinção teórica entre Monismo e Dualismo, a fim de se verificar a forma de integração ou eventual supremacia entre o direito interno dos Estados e o direito internacional.

Independentemente desta constatação, é inegável que não se afasta a obrigatoriedade dos Estados-membros signatários do tratado internacional de adesão a uma determinada organização de cumprirem as disposições do pacto celebrado.

Como bem observa João Mota de Campos, por força do princípio *pacta sunt servanda*, expressamente disposto no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, os Estados são obrigados a respeitar os tratados por eles celebrados e cumpri-los com a mais absoluta boa-fé, seja em razão de imposição ética no plano internacional, seja principalmente em razão da necessidade de mútua cooperação e coexistência pacífica. O autor citado bem denomina esta regra impositiva como “[...] uma condição de sobrevivência e, por isso, um princípio verdadeiramente essencial da sociedade internacional.”¹²²

Havendo obrigatoriedade do cumprimento dos tratados, a questão que se constitui o ponto central deste estudo é se verificar qual a forma mais adequada para se obter a plena aplicabilidade das disposições internacionais diante do sistema jurídico interno dos Estados Soberanos, especialmente diante do sistema jurídico brasileiro. E neste ponto, não obstante estar ocorrendo uma flexibilização das teorias monista e dualista em prol da globalização do próprio direito, não há como se descartar o recurso a este ferramental teórico.

A concepção dualista visualiza o direito interno dos Estados e o direito internacional originado dos tratados e convenções internacionais, como duas ordens distintas, com coexistência paralela, de modo que a norma

¹²² CAMPOS, J. M. de. Op. cit., p. 215.

internacional só tem validade internamente nos Estados Soberanos se for por eles recepcionada, transformando-se, aí sim, em regra jurídica interna.

Para Rezek, a posição da Teoria Dualista é compreensível, pois “[...] é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia.”¹²³

Ou seja, sob esta perspectiva, há duas realidades absolutamente distintas, a ordem interna e a ordem internacional, que devem, para uma eventual “invasão” de competências, ser harmonizadas e inseridas num contexto único, mediante um processo regulado pelo direito interno dos Estados, para que sua interpretação decorra de critérios igualitários - o que a doutrina chamou de “nacionalização” das normas de direito internacional.¹²⁴ Este processo tem, na visão doutrinária, o duplo efeito de transformar a regra internacional em regra do direito interno e de introduzi-la ou incorporá-la no sistema jurídico nacional.

A “nacionalização” das normas internacionais e, por consequência, adoção de um critério único para sua interpretação, visa ao menos uniformizar a base teórica de leitura do conflito normativo. Aliás, esta realidade já foi visualizada por Gadamer, citado por Gilmar Ferreira Mendes:

A idéia do direito contém a idéia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido à lei, mas pode decidir livremente acerca da sua aplicação, fica então, obviamente, destruído o fundamento de toda hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do direito. A arte dos juristas é também o cultivo do direito.¹²⁵

Assim, caracteriza-se o entendimento da Teoria Dualista - na acepção de João Mota de Campos¹²⁶, baseada em Triepel e Anzilotti - pela aceitação da co-existência de dois universos jurídicos distintos e separados, que deverão ser trazidos para um âmbito comum de interpretação, os quais são diferenciados em especial pelos seguintes aspectos:

¹²³ REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*, p. 382.

¹²⁴ CAMPOS, J. M. de. Op. cit., p. 197-198.

¹²⁵ MENDES, G. F. Op. cit., p. 69.

¹²⁶ CAMPOS, J. M. de. Op. cit., p. 196.

(1º) pela sua origem ou fontes, pois o direito internacional emana da vontade comum dos Estados-membros signatários de um tratado, enquanto o direito interno emana da vontade unilateral de um dado Estado soberano;

(2º) pelos seus sujeitos ou destinatários, pois, no âmbito internacional, as normas produzidas dirigem-se aos próprios Estados, enquanto no âmbito interno dos Estados voltam-se aos seus administrados;

(3º) no plano orgânico, pois o direito internacional é aplicável por Tribunais Internacionais na proporção em que os Estados signatários do tratado aceitem submeterem-se a eles, enquanto o direito interno é impositivo e aplicável soberanamente pelos órgãos competentes nos respectivos Estados.

Por outro lado, em oposição à concepção dualista, a Teoria Monista entende o direito interno e o direito internacional como uma única realidade, ou melhor, “duas componentes de um mesmo sistema normativo.”¹²⁷

Porém, diversamente do que é pregado por muitos doutrinadores, a posição monista não significa necessariamente a supremacia do direito internacional quando em confronto com o direito interno dos Estados signatários de um tratado internacional. O já citado João Mota de Campos¹²⁸ enuncia que há monistas favoráveis à supremacia do direito interno em caso de incompatibilidade entre os sistemas jurídicos comparados, taxando o direito internacional, nesta situação, como uma ordem jurídica delegada, reguladora exclusivamente das relações do Estado com os outros membros da Sociedade Internacional.

Não obstante esta variável da concepção monista, no geral ela prega a supremacia do direito internacional em oposição ao direito interno dos Estados membros do clã internacional. A primazia do Direito Internacional, sob esta perspectiva, independe da sua efetiva formalização diante do direito interno dos signatários do tratado internacional confrontado. Dar-se-ia, no caso, uma integração de pleno direito da norma internacional ao sistema nacional, sem a necessidade do “processo de nacionalização” que é visualizado sob a perspectiva dualista.

¹²⁷ CAMPOS, J. M. de. Idem, p. 194.

¹²⁸ CAMPOS, J. M. de. Idem, ibidem.

Sob o entendimento monista, portanto, quando houver conflito normativo, o direito internacional suspende o direito interno, mesmo que se esteja diante de um direito interno de natureza constitucional.

Para os monistas, defensores da supremacia do direito internacional na resolução dos impasses entre os sistemas, existem conseqüências assim resumidas:

4º - Que tal primazia implica:

(a) Que a norma de origem internacional, uma vez preenchidas as condições da sua entrada em vigor na ordem jurídica interna, suspende automaticamente – total ou parcialmente, na medida em que a oposição se manifeste – a aplicabilidade das normas jurídicas internas, seja qual for a natureza e a categoria hierárquica destas últimas (leis constitucionais, leis ordinárias ou outras disposições de nível infra-legislativo);

(b) Que, em virtude da primazia do direito internacional, não é admissível que uma lei interna posterior possa afetar a eficácia normativa das disposições de origem internacional;¹²⁹

Especialmente diante da pretendida eficácia derogatória da legislação constitucional, parece extremado e despropositado falar-se em aplicação da Teoria Monista à luz do direito brasileiro. Não obstante, como adiante se demonstrará, há quem defenda este entendimento, baseado exclusivamente em formalismos excessivos.

2.3.3. O predomínio da teoria dualista no sistema brasileiro

No caso do direito brasileiro, onde se insere a especialidade da situação ora analisada, não há como se negar a aplicabilidade da concepção dualista.

Roque Carraza bem resume a questão, ao afirmar a co-existência dos dois sistemas jurídicos - interno e internacional - de forma independente, como exposto acima, com campos de incidência perfeitamente distintos e delineados, de modo que as normas internacionais só irradiem efeitos na ordem jurídica interna após sua devida formalização.

Relembra o autor citado que não há uma “[...] cláusula geral de recepção automática” do direito internacional, sendo necessária sua ratificação

¹²⁹ CAMPOS, J. M. de. Idem, p. 195.

pelo Congresso Nacional, “[...] por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção e sem veto), denominada decreto legislativo.”¹³⁰

Bem se evidencia, portanto, a necessidade de recepção da legislação internacional pelo ordenamento brasileiro, para que ela eventualmente produza algum efeito no sistema jurídico interno.

Entretanto, tecnicismos extremados de alguns doutrinadores fazem com que parte da doutrina afirme que a Teoria Monista predomina no sistema jurídico brasileiro. Alberto Xavier¹³¹ critica o posicionamento daqueles que entendem ser aplicável a teoria dualista no sistema brasileiro. Para ele, o fato de ser necessário um procedimento de publicação no Brasil, para que os tratados internacionais tenham eficácia no território nacional, não é um obstáculo para a aceitação do monismo moderado, pois é da essência desta teoria apenas a validade dos tratados nos Estados soberanos preservando sua própria natureza, o que não significa que sejam dispensáveis formalidades internas para sua eficácia plena.

Reforçando seu entendimento, o tributarista citado afirma, ainda, que, diferentemente dos dualistas, que vêem os atos de recepção do direito internacional como um processo de transformação¹³² dos tratados em lei interna, não há como assim se conceber, visto que um tratado internacional, mesmo que referendado e promulgado no Brasil, só entra em vigor a partir de procedimentos exigidos pelo próprio direito internacional público, que podem ser, por vezes, posteriores à promulgação brasileira, o que significaria que nada se altera no tratado internacional com a sua promulgação no Brasil, já tendo a norma sua essência integral apta a vigor.

¹³⁰ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 155.

¹³¹ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional no Brasil: tributação das operações internacionais*, p. 133-134.

¹³² Processo este que João Mota de Campos chama de “nacionalização”.

Analogamente se posicionam Mirtô Fraga¹³³ e Alexandre Coutinho Pagliarini, este se auto-intitulando “monista moderado”¹³⁴ e reconhecendo que, embora o dualismo aparentemente prevaleça no espaço de tempo entre a assinatura do tratado internacional e a sua ratificação pelo Congresso Nacional, quando se evidenciaria que há dois sistemas distintos e que o internacional depende da validação no plano do direito interno do Estado Brasileiro, este vazio temporário da validade da norma internacional não levaria à afirmação de que prevalece o dualismo, sendo a validação da norma internacional pelo Congresso apenas uma questão procedimental.

Assim, para a Teoria Monista, o direito internacional e o direito interno são uma única realidade, pretendendo que as regras internacionais sejam aplicáveis no âmbito dos Estados independentemente de qualquer processo de recepção, mesmo que seja uma simples publicação.

Desconsideram tais teóricos, contudo, que a aludida publicação do tratado internacional, não obstante possa em nada alterar quanto ao conteúdo da norma alienígena, constitui um processo de homologação da norma estrangeira perante a sociedade e o sistema brasileiros – homologação esta dada pela promulgação e publicação, através de um Decreto presidencial, que representa um ato de natureza constitutiva (e não meramente declaratória), necessário para a perfeição do direito internacional no âmbito interno do país.

E mais: sem a aludida homologação do tratado internacional, sua aplicabilidade no território brasileiro fica prejudicada, pois, embora a Constituição se refira em vários dispositivos a tratados internacionais, implicitamente está assim nominando apenas aqueles diplomas normativos validados perante o sistema brasileiro. Ou seja, embora os monistas tratem a promulgação e publicação do tratado internacional como uma simples formalidade – o que, na concepção deles autorizaria afirmar que se aplicam no Brasil tão logo assinados e

¹³³ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.*, p. 84-85, para quem “[...] ao aprovar o tratado, dando aquiescência à matéria nele disciplinada, o Congresso Nacional manifesta seu assentimento à maneira como foi tratado assunto sobre o qual tem competência para legislar. Implicitamente, concorda, também, senão com a revogação, pelo menos com o afastamento da eficácia de normas, anteriormente editadas. E por ser o tratado um ato internacional que obriga o Estado perante os co-contratantes, por significar, também, uma auto-limitação ao seu poder soberano de dispor sobre as normas internas, não se pode, evidentemente, após o compromisso assumido e na sua vigência, editar lei que lhe seja contrária.”

¹³⁴ PAGLIARINI, A. C. Op. cit., p. 166.

aqui devem prevalecer sobre outros diplomas normativos –, sem essa “simples formalidade” o tratado é considerado inexistente para fins de aplicabilidade.

2.3.4. A recepção da lei internacional no sistema brasileiro

A prevalência da Teoria Dualista no sistema constitucional brasileiro transparece da sua própria essência. Aqui, os tratados e convenções internacionais só têm aptidão para produção de efeitos após serem recepcionados. Ou seja, os tratados e convenções internacionais, celebrados pelo Chefe de Estado, só se tornam leis sob a rubrica de lei ordinária, se ratificados pelo Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional.

E mesmo havendo a chancela do Congresso Nacional, não está, entretanto, o Presidente da República obrigado a ratificar o compromisso internacional. É necessário, como afirmado por Rezek, “[...] a vontade conjugada dos dois poderes políticos.”¹³⁵

Se o compromisso assumido pelo Chefe de Estado brasileiro for aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Chefe de Governo, passa, então, a ter validade perante a legislação pátria.

Portanto, pela posição brasileira, não obstante a internacionalidade do tratado, ele deverá ser integrado ao ordenamento do Estado, para que possam os juízes e tribunais garantir a sua vigência em paralelo aos diplomas internos do Estado, com hierarquia de lei ordinária¹³⁶.

Neste ponto, reforçando o posicionamento dualista e a submissão dos tratados internacionais ao sistema vigente de aferição da validade e constitucionalidade das leis, Luís Roberto Barroso¹³⁷ sintetiza:

(1º) os tratados são incorporados ao direito interno em nível hierárquico de igualdade às leis ordinárias, sujeitando-se à regra temporal em caso de conflito normativo (lei posterior revoga lei anterior); neste caso, havendo derrogação do tratado internacional, o que implicará no seu descumprimento, a questão ficará para ser resolvida entre o Estado Brasileiro e a organização

¹³⁵ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público – Curso elementar*, p. 69.

¹³⁶ REZEK, J. F. *Direito dos tratados*, p. 462.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 33.

internacional da qual emanou a disposição normativa não aplicada, caso aquele não se valha do meio adequado de extinção do tratado, que é a denúncia;

(2º) em razão da natureza de lei ordinária com que é agraciado o tratado internacional recepcionado, ele estará sujeito à declaração de inconstitucionalidade, caso seja incompatível com a Constituição.

Ressalte-se, aqui, que, mesmo à luz do direito português em relação ao direito comunitário europeu – diante do qual, como visto, há grande flexibilização das Constituições dos Estados-membros, sequer se aplicando a distinção Dualismo-Monismo – Canotilho pondera acerca de limites ao direito internacional diante das Constituições dos Estados. Confira-se:

A posição das normas comunitárias na hierarquia das fontes é, como se viu atrás, uma posição cimeira, mas discute-se o seu valor supraconstitucional porque: (a) a supremacia do direito comunitário perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições; (b) a eficácia derogatória, modificativa ou revogatória das normas da CE sobre as normas da CRP equivalia ao reconhecimento de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais; (c) a supremacia do direito comunitário sobre o direito constitucional justificaria, em último caso, a possibilidade de superação dos limites materiais de revisão, violando abertamente o art. 288º da CRP.¹³⁸

Deste modo, voltando-se ao sistema brasileiro, constata-se que, antes de recepcionado o direito externo pelo sistema jurídico brasileiro, aquele legalmente nada vale em nosso território.

E após a recepção da norma internacional pelo sistema brasileiro, ambos os diplomas normativos - internacional e interno infraconstitucional - passam a estar em igual hierarquia e, por conseqüência, sujeitos às mesmas premissas hermenêuticas, de modo que, nestas situações, distintamente do que vem ocorrendo na prática, não é aceitável a adoção de critérios tão variados para hipóteses idênticas.

No caso de conflito normativo, haverá que se decidir pela aplicação de apenas um dos dois sistemas, variando a solução conforme o conflito seja entre o direito interno constitucional e o direito internacional ou entre este e o direito interno infraconstitucional.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional ...*, p. 802.

Na primeira hipótese, a prevalência deverá ser, radical e constantemente, da norma constitucional brasileira, notadamente pela sua natureza de norma-base do sistema normativo brasileiro em sua totalidade. Aqui, a doutrina – mesmo a adepta à Teoria Monista¹³⁹ – demonstra a impossibilidade de contrariedade entre tratados e convenções internacionais e a legislação constitucional, o que autoriza afirmar – como será verificado mais adiante – que, não obstante as diretrizes do Banco Mundial (aqui adotadas como parâmetro de análise) terem sido aprovadas pelo Congresso Nacional e promulgadas pelo Poder Executivo brasileiro, sempre que se estiver em jogo uma norma ou princípio de escalão constitucional, há inconstitucionalidade da regra internacional em sentido contrário.

Por outro lado, quando se tratar de conflito entre o direito internacional e o direito interno infraconstitucional, a questão ganha contornos um pouco diferenciados. Como demonstrado anteriormente, nesta hipótese, o direito internacional é recepcionado como lei ordinária, sujeitando-se aos critérios de revogação vigentes no direito brasileiro (ou seja, anterioridade e especialidade), como reconhecido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004-SE, que é considerado o precedente de destaque nesta matéria.

¹³⁹ Veja-se, como ilustração, o entendimento de FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 120-121, que, citando RANGEL, Vicente Marotta, conclui: “Considerando, porém, as dificuldades práticas que acarretaria o reconhecimento do primado completo do acordo internacional sobre a Constituição do Estado contratante, adverte: ‘Cumpram-se ademais ponderar que a afirmação desse primado pode conduzir ao desconhecimento da realidade social, política e humana que cada Estado encarna, realidade essa que as leis constitucionais refletem e consolidam. A existência do Estado procede, aliás, no tempo, à da própria ordem internacional e continua a afirmar-se concretamente, embora com cerceamento, no estágio atual de evolução do Direito e da sociedade. E, como, entre os poderes do Estado, figuram o de organizar-se e o de estabelecer ou interromper a comunicação entre as ordens interna e internacional, o autor concorda com Mossler para quem, mesmo que o Estado consagre em sua Carta a superioridade do tratado sobre a Constituição, ainda assim ‘é preciso não esquecer que se trata de concessões que assumem a forma constitucional’. Para Marotta Rangel os interesses do Estado devem se harmonizar com os da sociedade internacional, sendo errônea a tese que pretenda exaltar uma ordem ‘ao preço da destruição da outra’. E acha perfeitamente compreensível que conste, nas constituições, a regra de que sobre elas não prevalecem os tratados, ou que, no silêncio, seja esse o entendimento da Jurisprudência.”

¹⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no Recurso Extraordinário n. 80.004-SE, Tribunal Pleno, RTJ, 83/809.

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal tenha sido correto, há doutrinadores¹⁴¹ que afirmam ter havido um retrocesso na matéria, ao se negar prevalência ao direito internacional em relação ao direito interno infraconstitucional brasileiro, afirmando, dentre outras razões, que tal decisão não atenta à responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional, refletindo uma noção de soberania já ultrapassada e desaparecida desde 1919.

A verdade, entretanto, é que o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem embasamento doutrinário e, embora por vezes possa parecer destoante da realidade da sociedade globalizada e do dinamismo dos negócios internacionais, preserva a hierarquia e os valores plasmados na Constituição Federal.

Àqueles que criticam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, responde-se com o entendimento de Jacob Dolinger, que rebate as afirmações de retrocesso no posicionamento jurisprudencial. Segundo este autor, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre leis ordinárias promulgadas posteriormente (salvo casos de tratado-contrato), o que autoriza afirmar que “[...] a posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se a dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior.”¹⁴²

E este entendimento vem cada vez mais se consolidando, inclusive, nas questões federais que envolvem incidentalmente arguições de inconstitucionalidade de tratados internacionais recepcionados, como bem demonstram as decisões do Superior Tribunal de Justiça, proferidas nos Recursos Especiais nº 74.376 e nº 58.736, onde se considerou, respectivamente, que: “O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo”¹⁴³; e “O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma

¹⁴¹ Ver MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e as relações entre Direito Interno e Direito Internacional*, p. 55; e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 70.

¹⁴² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, p. 102.

¹⁴³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado no Recurso Especial n. 74.376-RJ, julgado pela Terceira Turma, publicado na *LEX* n. 81, Maio de 1996, p. 264.

nele contida. Perderá, no entanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal”¹⁴⁴.

Toda esta problemática e sua solução foi corretamente decidida e muito bem fundamentada em outro julgamento do Supremo Tribunal Federal, bem resumido no seguinte trecho do acórdão:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas [...].¹⁴⁵

Assim, o entendimento aqui adotado, não obstante esteja sujeito a críticas doutrinárias, tem prevalecido principalmente na Corte Superior do Poder Judiciário brasileiro, que é competente para definir a melhor interpretação da Constituição Federal diante de eventuais conflitos normativos.

2.3.5. A lei internacional dirigente das licitações vinculadas ao Banco Mundial face à legislação brasileira

Feito este esclarecimento acerca da corrente predominante no sistema brasileiro e visualizada a forma adequada de interpretação da legislação internacional perante a lei local, seja ela infraconstitucional ou constitucional, cabem algumas ponderações acerca dos efetivos impasses verificados na prática, quando se está diante da legislação internacional do Banco Mundial (cujas regras são adotadas como parâmetros de análise neste estudo), por exemplo.

No caso das diretrizes normativas editadas pelo Banco Mundial, recepcionadas no sistema brasileiro como lei ordinária, por serem anteriores à Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), não há sustentação na sua predominância integral sobre o direito pátrio, quando conflitantes entre si. Entretanto, desde que

¹⁴⁴ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado no Recurso Especial n. 58.736-MG, julgado pela Terceira Turma, publicado na *LEX* n. 85, setembro de 1996, p. 112.

¹⁴⁵ Decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão de 04/09/1997, publicada no Diário da Justiça de 18/05/2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2004.

respeitados os princípios básicos da licitação (estrutura da Lei nº 8.666/93), viável se torna a aplicação destas regras internacionais.

Sobre a predominância do direito interno do Estado nestes casos, Francisco Campos foi pontual:

Assim, nos termos acima transcritos, Verdross entende que, mau grado a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, em caso de conflito entre um e outro direito, a Justiça está vinculada à observância da lei interna pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal a que pertence.

[...]

Os casos de conflito entre duas disposições – uma de direito interno e outra de direito internacional – se resolverão, portanto, pela mesma regra geral destinada a solucionar o conflito entre as leis: *lex posterior derogat legi priori* (Redslob, *Traité de Droit des Gens*, 1950, pp. 68/69).¹⁴⁶

Nesta perspectiva, em termos das normas editadas pelas organizações intergovernamentais (em especial do Banco Mundial), surgem algumas dúvidas, decorrentes do fato de que as regras internacionais recepcionadas pelo Brasil foram, ao menos de forma expressa, as constitutivas do Banco, nas quais não estavam inseridas as diretrizes atualmente utilizadas para o regramento das licitações financiadas pelo Banco, ocasionando os seguintes questionamentos:

Não tendo ditas normas integrado o texto das respectivas convenções, poder-se-ia inferir não terem sido elas recebidas no direito interno? Seriam tais regras o complemento dos correspondentes tratados, constituindo-se em mera explicitação de princípios nele consagrados? Seria razoável presumir-se que os aludidos disciplinamentos aderiram ao texto dos respectivos acordos como decorrência deles?¹⁴⁷

Dos pontos omissos acerca das regras internacionais citadas, começa-se a extrair que a interpretação dos tratados, sempre em consonância com o texto constitucional do Estado membro, constitui-se importante medida para a resolução de alguns impasses.

Das muitas regras interpretativas adotadas pela doutrina – pois não há rigidez nesta matéria – destacam-se: a que estabelece a desnecessidade de

¹⁴⁶ Apud REZEK, J. F. *Direito dos tratados*, p. 469-470.

¹⁴⁷ Tribunal de Contas da União, processo n. 1-525/92, In: *Revista de Direito Administrativo* nº 188/343, p. 348.

se dar sentido diverso aos textos cujo sentido esteja claramente definido; a que determina a necessidade de buscar, em casos não previstos no tratado, a intenção do seu redator; e a que coloca, em casos de dúvidas, a ampliação do significado das regras internacionais quando benéficas e sua restrição quando prejudiciais às partes.

Principalmente em relação a essa última orientação interpretativa, Andrés Bello esclarece que “[...] para distinguir o favorável do prejudicial, atenderemos as seguintes regras: 1ª, tudo o que sem causar gravame notável a nenhuma pessoa, que cede em benefício da pessoa humana, é favorável, e o contrário é prejudicial [...]”¹⁴⁸(traduziu-se livremente)

Diante das diretrizes de licitações do Banco Mundial terem objetivo primordial de possibilitar o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, resta, sob a óptica de interpretação de tratados internacionais, aplicar as normas internacionais voltadas para o objetivo visado pela organização internacional, porém, desde que respeitadas as normas constitucionais reguladoras do tema.

Mesmo para os defensores da auto-executoriedade do Direito Internacional, deve-se sempre ter em mente que esta se resume ao dever do Estado membro de dar vigência ao compromisso assumido. No âmbito interno, entretanto, a auto-executoriedade “[...] fundamenta-se nas normas estatais a respeito da incorporação e da hierarquia, mesmo quando se aceite a unidade dos ordenamentos interno e internacional.”¹⁴⁹

Assim, sempre que se tratar de confronto entre as regras internacionais do Banco Mundial e o sistema positivo brasileiro, não se resume o problema a uma solução geral para todos os casos. Não há como se afirmar que sempre será revogado o sistema positivo do Estado soberano ou que sempre será desconsiderado o tratado ou convenção internacional.

Principalmente quanto às regras constitucionais, a opinião doutrinária é favorável à sua observância integral, como defendido por José Francisco Rezek, ao posicionar a Constituição Federal como vértice de todo o

¹⁴⁸ BELLO, Andrés. Op. cit., *Principios de Derecho Internacional*, p. 237. (Texto original: “Para distinguir la favorable de lo odioso, atenderemos a las reglas siguientes: 1ª, Todo lo que sin causar un gravamen notable a persona alguna, cede en beneficio general de la especie humana, es favorable, y lo contrario es odioso [...]”).

¹⁴⁹ CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Contratos internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, p. 152.

ordenamento jurídico, que, na atualidade, dificilmente sucumbirá frente a compromissos exteriores do Estado, para não arriscar o “ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica”.¹⁵⁰

Indo além das considerações da doutrina pátria, os autores portugueses adotaram entendimento semelhante, ao considerar a prevalência das regras constitucionais sobre as regras de origem internacional e a prevalência destas últimas quando comparadas às regras infraconstitucionais. Confira-se:

Pela nossa parte pensamos, no entanto, que a Constituição portuguesa reconheceu firmemente – embora em termos que não foram por todos considerados suficientemente explícitos, já que se têm prestado a tão divergentes interpretações – a *primazia do Direito Internacional (tanto do DI geral ou comum como do DI convencional) sobre as disposições internas de nível ordinário* (SEÇÃO 1ª). Em contrapartida, resulta da Constituição de 1976 a *prevalência absoluta dos princípios e normas constitucionais sobre as disposições de origem internacional* (SEÇÃO 2ª).¹⁵¹

Com isto, resume-se a conclusão deste sub-capítulo com o raciocínio adotado por José Augusto Fontoura Costa, ao analisar as regras supranacionais a serem implementadas por ocasião de comunidades internacionais como o Mercosul e a Comunidade Européia. Por analogia, pode-se aplicar suas considerações às pretensões legislativas das agências de fomento internacional (sempre se tomando em consideração as diferenças estruturais e constitutivas de uma organização intergovernamental e uma comunidade internacional):

Instituir um Direito supranacional que pretenda estabelecer uma fonte de poder onde este não existe ou não pode existir corre o risco de tornar-se uma tentativa ridícula, na medida em que as determinações pretensamente supranacionais passem a ser sistematicamente desprezadas e as sanções, quando aplicadas, ineficientes.¹⁵²

Desse modo, não obstante ter-se demonstrado anteriormente que as organizações internacionais possuem poder normativo, deve-se considerar sempre que tal poder terá limitações a serem respeitadas.

¹⁵⁰ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*, p. 103.

¹⁵¹ CAMPOS, J. M. de. Op. cit., p. 384.

¹⁵² CASELLA, P. B.. Op. cit., p. 159.

2.3.6. Posicionamento dos órgãos controladores das condutas públicas

Por fim, quanto ao tema tratado neste Capítulo, observe-se que os próprios Tribunais de Contas têm confirmado a necessidade de flexibilização da interpretação do direito internacional das agências intergovernamentais de fomento e do direito interno dos Estados – notadamente do Estado brasileiro – ressalvadas as exceções de conflitos de natureza constitucional, como se percebe das seguintes decisões citadas por Anderson Pedra¹⁵³:

CONSULTA FORMULADA PELA COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ – SANEPAR – AO TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ (Revista 114/95 – fls. 143/149).

Consultado sobre a possibilidade de realização de contratações obedecendo as regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade às normas da Lei Federal n. 8.666/93, respondeu positivamente o Tribunal de Contas do Paraná, através da Resolução n. 3.872/95-TC, desde que atendidos os seguintes requisitos mínimos:

- 1 – Serem condições indispensáveis à concessão do financiamento com recursos externos, expressamente estipulados pelo respectivo organismo internacional;
- 2 – Sejam estabelecidas previamente no ato convocatório (edital) e aditadas mediante justificação (motivação) do administrador licitante, com clara e precisa indicação das alterações e exigências, com posterior aprovação pela autoridade hierarquicamente superior;
- 3 – Não afrontem os princípios de Administração Pública, entre os quais os contidos no artigo 27 da Constituição Estadual e 37, 'caput' da Constituição Federal, reafirmadas no artigo 3º e parágrafos da Lei 8.666/93.

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

- 1 – conhecer da presente consulta, para orientar a EMBRAPA no sentido de que, em face (sic) da exceção contida no parágrafo único do art. 88 do DL n. 2300/86, aplicam-se aos contratos relativos a operações de crédito celebrados pela União ou à concessão de garantia do Tesouro Nacional às disposições constantes do art. 11 do DL n. 1.312/74, *verbis*: 'O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos';
 - 2 – admitir que, observada a competência do Senado Federal (art. 52-V, VII, VIII da CF), a aplicação dos dispositivos legais supracitados implica na possibilidade da adoção de procedimentos licitatórios nos termos exigidos pelas referidas organizações financeiras internacionais, através de cláusulas e condições dos respectivos contratos de empréstimos, desde que não conflitantes com o Texto Constitucional do País;
- [...]¹⁵⁴

¹⁵³ PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras. Uma visão constitucional*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4286>>. Acesso em: 07 jul. 2004.

¹⁵⁴ Tribunal de Contas da União, decisão n. 245/1992.

Em conclusão, concorda-se que o entendimento manifestado nas decisões acima parece o mais acertado – ao menos sob a perspectiva adotada neste estudo – porém, não se ignora que existam decisões que defendem a superioridade das normas internacionais diante, inclusive, das normas de natureza constitucional, o que, como será demonstrado no próximo Capítulo, é absolutamente contrário à própria base de sustentação do sistema jurídico brasileiro em sua integralidade.

CAPÍTULO 3: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

3.1. PREVISÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE LICITAÇÕES

3.1.1. A importância dos princípios constitucionais

Estudar direito administrativo e, em especial, licitação, sem se ater à Constituição Federal, é impossível, especialmente no que se refere aos princípios.

Basta ver que – nas palavras de Adilson Abreu Dallari – “[...] se nem mesmo o legislador pode criar, extinguir ou modificar direitos (por lei) contrariando um princípio, com muito maior razão os agentes públicos, no momento da produção de específicos atos administrativos, devem estar atentos para os valores contidos e, especialmente, para as finalidades apontadas nos princípios.”¹⁵⁵

Ou seja, tem matriz constitucional e ampla vinculação com princípios desta mesma natureza a obrigação dos agentes públicos de proverem os bens e serviços de interesse público, quando emanados de particulares, através da licitação.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, estabelece a obrigatoriedade da licitação, e, principalmente, fixa os princípios a serem observados, remetendo, outrossim, a outros princípios previstos no artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, extraídos mediante interpretação sistemática do texto constitucional.¹⁵⁶

¹⁵⁵ DALLARI, A. A. op. cit., p. 5.

¹⁵⁶ *In verbis*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

O dispositivo constitucional prevê, expressamente, que a Administração Pública, na generalidade de seus atos (dentre os quais se inclui a licitação), observará os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, ainda, especificamente para a licitação, foi prevista a obrigatoriedade de observância dos princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas, remetendo-se, além disto, aos termos da legislação infraconstitucional. Ou seja, a previsão constitucional constitui típica norma regulamentada em esfera infraconstitucional por uma norma geral específica sobre o processo licitatório (no caso, a Lei n. 8.666/93).

Comentando o artigo 37 da Constituição Federal no que é pertinente à licitação, José Afonso da Silva¹⁵⁷ aponta que os referidos princípios destinam-se, por um lado, a orientar a ação administrativa e, por outro, a garantir uma adequada gestão dos negócios e recursos públicos, voltando-a ao alcance do interesse coletivo.

Não se pode esquecer, porém, que a Constituição Federal possui outros princípios que se aplicam integralmente à licitação, expressos no seu artigo 5º, mais especificamente nos seus incisos LV e LX, quais sejam: ampla defesa e contraditório – integrantes do devido processo legal administrativo – e publicidade.

A remissão da Constituição Federal à legislação infraconstitucional faz com que se integrem a este rol outros princípios previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Esta, além de repetir a previsão constitucional de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo, traz os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e competitividade - este último extraído do próprio conceito de licitação. Fecha-se assim, ao menos em tese, o conjunto de princípios que embasam o processo licitatório.

Como se observa da natureza das regras que cercam a licitação, trata-se de instituto que deve ser executado com rigor, o que sequer poderia ser diferente ao se considerar que estão envolvidos, diretamente, interesses e recursos públicos voltados à satisfação do bem comum da coletividade.

exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁵⁷ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 561.

Eis a razão para se cercar o instituto de tantos princípios – sobretudo constitucionais – sabidamente dotados de características ímpares orientadoras de todo o sistema, bem visualizados por Cármem Lucia Antunes Rocha como institutos “[...] dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, [...] colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.”¹⁵⁸

Também baseado no entendimento de Cármem Lucia Antunes Rocha, o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho é bastante ilustrativo da importância e, sobretudo, das características funcionais dos princípios constitucionais. Confira-se:

Os princípios constitucionais caracterizam-se, na visão de Carmem Lucia ANTUNES ROCHA pela (a) generalidade (não pontuam com especificidade e minudências hipóteses concretas de regulações jurídicas); (b) primariedade (deles decorrem outros princípios que são subprincípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, no sistema constitucional); e a (c) dimensão axiológica (em decorrência de seu conteúdo ético).

Em função da primariedade, ‘atuam como estacas da construção jurídica que sobre eles se constrói e em seus conteúdos se sustenta’. Funcionam como ponto de partida de toda interpretação, condicionando o sentido e valoração atribuída às demais regras constitucionais.

Trata-se de primariedade lógica, porque mantêm a congruência e a compatibilidade das normas pertencentes ao ordenamento jurídico e primariedade ideológica, fornecendo a idéia de direito, ligando-se ao ideal de justiça de uma sociedade em concreto.¹⁵⁹

Não destoam o entendimento de Roberto Dromi, que denomina os princípios de matriz constitucional como “princípios substanciais”¹⁶⁰, que, para ele, têm hierarquia normativa superior justificada pela finalidade primária do processo administrativo, para assegurar e garantir a participação dos administrados na formação da vontade pública.

¹⁵⁸ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*, p. 25.

¹⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*, p. 148.

¹⁶⁰ DROMI, R. *Derecho ...*, p. 1021.

3.1.2. Os princípios infraconstitucionais

A relevância dos princípios citados não se limita, porém, àqueles de origem constitucional.

Comentando o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho interpreta o real significado do dispositivo em questão para o sistema jurídico brasileiro, que, segundo ele, é um “[...] norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações”.¹⁶¹

Em continuidade – defende o autor¹⁶² – qualquer solução, se conflitante com o dispositivo legal mencionado, deve ser repelida, e, em havendo mais de uma solução possível e em conformidade com o referido dispositivo, a preferência deve ser por aquela que reflita, de forma mais fiel, o espírito da norma. Ademais, a linha principiológica prevista na norma citada deve nortear tanto a atividade da Administração Pública quanto as decisões do Poder Judiciário.

Sobre o dispositivo infraconstitucional, Jessé Torres Pereira Júnior¹⁶³ também discorre, resumindo a importância dos princípios nos seguintes pontos: (a) facilitam a compreensão e aplicabilidade das normas gerais acerca da licitação, (b) delimitam os subsistemas que regem as licitações em esferas estaduais ou descentralizações do poder central (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas etc.) impedindo a adoção de práticas licitatórias incompatíveis com a legislação federal, e (c) estabelecem o núcleo central da interpretação da legislação acerca da licitação.

Diante do teor do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 – que decorre da previsão do artigo 37 da Constituição Federal – pode-se seguramente afirmar que, no sistema jurídico brasileiro, ele se constitui como um guia da licitação, fazendo transparecer claramente o melhor caminho a ser adotado e os caminhos tortuosos a serem desconsiderados. A questão foi resumida por Carlos Pinto Coelho Motta, ao afirmar que “[...] a ética da licitação está nele traçada.”¹⁶⁴

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários ...*, p. 54.

¹⁶² JUSTEN FILHO, M. *Idem*, *ibidem*.

¹⁶³ PEREIRA JÚNIOR, J. T. *Comentários ...*, p. 55.

¹⁶⁴ MOTTA, C. P. C. *Op. cit.*, p. 70.

Assim, pela importância dos princípios em termos de licitações – notadamente diante de sua origem constitucional – é relevante analisar alguns que se destacam, ao menos quanto ao seu núcleo essencial¹⁶⁵. Ressalta-se, contudo, que a menção neste trabalho aos princípios específicos adiante citados é apenas ilustrativa, não sendo o objetivo o aprofundamento quanto ao conteúdo de cada princípio citado.

3.1.3. Princípio da Legalidade

De todos, quem sabe este seja o princípio de maior destaque quando se estuda a atividade administrativa, especialmente ao se considerar que, para o Poder Público, a legalidade tem uma leitura diversa daquela do Direito Privado.

Trata-se da viga-mestra de sustentação do sistema jurídico administrativo brasileiro, previsto no artigo 37 da Constituição Federal já como o primeiro princípio a ser observado.

Sempre que a Administração Pública pretender agir, deverá pautar-se pela mais absoluta legalidade, sendo-lhe vedado agir *contra legem* ou fazê-lo se ausente lei regulamentadora da conduta pretendida.

Quando se estuda o princípio da legalidade, não se pode perder de vista – nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁶ - que ele é tradução jurídica do propósito político de submeter o poder administrativo a controles contra preferências imotivadas, favoritismos, perseguições injustificadas e arbitrariedades. Ou seja, por meio de uma lei abstrata – sem distinção de cor, raça, religião, profissão etc. – emanada de um colégio legislativo eleito pela sociedade (Constituição Federal, artigo 1º, parágrafo único - “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos

¹⁶⁵ Isto porque, como bem adverte BACELLAR FILHO, R. F. Op. cit., p. 154, “A ‘poliformia principiológica’ encontra-se intimamente vinculada à abertura da Constituição. Na investigação dos princípios constitucionais, não se objetiva a total determinação do conteúdo da legislação (mesmo porque isto seria inviável). Os princípios constitucionais – face a abertura e a necessidade de densificação – não fornecem uma única solução para os casos a serem resolvidos. A irradiação dos princípios constitucionais sobre o direito infraconstitucional não exclui, antes pressupõe, a existência de um direito lacunoso, incompleto, imperfeito. Para Luigi FERRAJOLI, trata-se de questão fisiológica e inevitável que, paradoxalmente, é o grande trunfo do Estado Constitucional de Direito.”

¹⁶⁶ MELLO, C. A. B. de. *Curso ...*, p. 71-72.

termos desta Constituição.”), representativo de tendências minoritárias e majoritárias, visa-se garantir uma atuação neutra do Poder Executivo.

O mesmo autor resume, com rara precisão, a essência do citado princípio, decorrente de que todo o poder emana do povo e, por esta razão, sujeita-se a limitações, ao considerar:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania.¹⁶⁷

Falar-se em legalidade, portanto, no âmbito do direito administrativo, é falar em limitações impostas aos agentes públicos para o exercício das suas funções, pois, parafraseando a máxima do direito inglês, no Estado Democrático de Direito quer-se um governo das leis, e não dos homens (*rule of law, not of men*).

Sob esta perspectiva, a legalidade, em matéria de licitações, implicará na mais absoluta vinculação do agente público para a implementação do processo licitatório, de modo que todos os seus atos e fases sejam submetidos ao disposto em lei.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro afirma que a licitação “[...] se constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm **direito público subjetivo** à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.”¹⁶⁸

Ou seja, a legalidade vai possibilitar a execução/implementação do “devido procedimento legal licitatório”¹⁶⁹.

Aplicando-se o princípio já à luz de regras internacionais, Marcos Juruena Villela Souto defende que “[...] por força da legalidade, o procedimento

¹⁶⁷ MELLO, C. A. B. de. Op. cit., p. 71.

¹⁶⁸ PIETRO, M. S. Z. Di. *Direito Administrativo*, p. 259-260 (grifo original).

¹⁶⁹ Expressão utilizada por JUSTEN FILHO, M, em *Comentários ...*, p. 82, fazendo uma comparação à figura do devido processo legal (“due process of law”).

licitatório deve obedecer, rigorosamente, os padrões definidos na lei (e no tratado internacional a ela equiparado se ratificado pelo país) e atos que a regulamentam [...]”.¹⁷⁰

Assim, quando se fala em legalidade, intuitivamente se fala em garantias aos administrados, na medida em que não poderá o administrador desviar-se da previsão da Lei nº 8.666/93, garantindo-se, com isso, ao menos a diminuição do número de processos licitatórios desvirtuados do fim público a que foram concebidos e com finalidade, exclusiva e inescusável, de perseguição de uns e proteção de outros.

3.1.4. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Embora de matriz infraconstitucional (porém, como visto, decorrente da Constituição Federal), atrelado ao princípio da legalidade, está o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Quando se afirma a ligação existente entre os dois princípios, faz-se uma analogia entre a lei e o edital. Isto porque, a Administração Pública não está somente “presa” à lei, mas também, a partir de determinado instante (quando publicado o edital), passa a estar “presa” ao ato de convocação dos particulares interessados em participar do certame (instrumento convocatório), razão pela qual se afirma que o edital é a lei da licitação. Reforça-se, com isso, a segurança jurídica pretendida pelo princípio constitucional da legalidade.

O grau de vinculação da Administração ao instrumento convocatório da licitação vai ao ponto de - como apontado por Marçal Justen Filho¹⁷¹ - esgotar-se a liberdade da Administração Pública no momento em que define as condições sobre o futuro contrato – condições estas que passarão a constar do edital da licitação, que será a única fonte normativa, além da lei, passível de utilização pelo ente licitador.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório faz com que o edital do certame seja um limitador à atuação administrativa, gerando, como consequência, a previsibilidade de todos os atos a serem praticados durante a

¹⁷⁰ SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 308.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários ...*, p. 62.

licitação. Haverá segurança aos concorrentes, tendo em vista que as regras do jogo não poderão ser alteradas durante o seu transcurso, sendo previsível, desde o início do certame, sua autoridade julgadora, seus critérios de julgamento e classificação das propostas, as hipóteses de revogação da licitação ou anulação de suas fases, dentre outros, cabendo à autoridade licitadora (ou a Comissão de Licitação) apenas aplicar a regra do edital sem qualquer inovação.

Enfim, o edital é a lei interna da licitação e, como apontado por Carlos Ari Sunfeld, “[...] impede a criação de etapas *ad hoc* ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes.”¹⁷²

3.1.5. Princípio do julgamento objetivo das propostas

Um terceiro princípio a ser considerado é o do julgamento objetivo das propostas. Trata-se de princípio extraído da interpretação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, no momento em que este dispositivo menciona que a contratação pelo poder público obedecerá às condições apresentadas nas propostas dos licitantes, que, por decorrência lógica, deverão atender às exigências do edital.

Ou seja, este princípio (muito ligado ao princípio da vinculação ao edital) prega que a Administração Pública, enquanto agente licitador, deverá proceder toda e qualquer análise acerca das propostas e documentos apresentados na licitação de forma objetiva, independentemente de suas preferências e convicções pessoais, conforme os termos do art. 45, da Lei nº 8.666/93¹⁷³. Pelo julgamento objetivo, ao administrador não será facultado escolher o concorrente vencedor do certame conforme a sua conveniência.

O princípio vai acarretar que a Administração não poderá negar a vitória a determinado concorrente simplesmente porque ele não lhe parece simpático. Demonstrado objetivamente que o concorrente possui a melhor

¹⁷² SUNFELD, C. A. Op. cit., p. 21.

¹⁷³ *In verbis*: “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”

proposta, nada se pode fazer em contrário senão adjudicar a ele o objeto licitado e formalizar sua contratação.

Neste ponto, elucidativos são os ensinamentos de Carlos Pinto Coelho Motta¹⁷⁴, em alusão a Hely Lopes Meirelles, que defende a nulidade de editais omissos quanto a critérios de julgamento e cláusulas editalícias que deixam o julgamento ao critério da Administração Pública, sem qualquer previsão objetiva.

Mais uma vez na trilha dos ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld, está claro que – em atenção ao princípio do julgamento objetivo – o ente licitador deverá simplesmente aplicar os critérios previstos no edital, atentando “[...] para a indispensável objetividade, evitando que a apreciação tenha de fazer-se por critérios subjetivos, fluidos, flutuantes. À Comissão deve restar, apenas, um trabalho vinculado, quase mecânico, de confronto direto e imediato da descrição editalícia com o documento apresentado.”¹⁷⁵

3.1.6. Princípios da isonomia e da impessoalidade

Próximos ao julgamento objetivo, estão outros dois princípios com finalidade análoga – ambos de origem constitucional – que são a isonomia e a impessoalidade.

Como visto, o julgamento objetivo é entendido como a postura de julgar os concorrentes independentemente de posições subjetivas ou pessoais.

A impessoalidade e a isonomia são, no mínimo, intimamente ligadas a tal princípio, na medida em que, pela primeira, a Administração deverá tratar todos os concorrentes de forma impessoal, independentemente de preferências subjetivas, e, pela segunda, o tratamento impessoal a ser dado aos licitantes pelo Estado deverá, outrossim, estender-se de forma igualitária a todos eles (isonomia).

Sobre a impessoalidade, Cármem Lúcia Antunes Rocha comenta que “[...] de um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de

¹⁷⁴ MOTTA, C. P. C. Op. cit., p. 241.

¹⁷⁵ SUDFELD, C. A. Op. cit. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 114.

rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado.”¹⁷⁶

E, por outro lado, quanto à isonomia, perfeitas são as colocações de Carlos Ari Sundfeld, ao afirmar que “[...] é condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor: utopia).”¹⁷⁷

Sobre o princípio da isonomia, Celso Antonio Bandeira de Mello tece considerações perfeitas, integralmente aplicadas ao presente caso:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu formula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Por isso Pimenta Bueno averbou em lanço de extrema felicidade:

‘A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania’.¹⁷⁸

Assim, o tratamento impessoal e igualitário de todos os participantes de uma licitação, que contribui para a maior efetividade na busca do interesse público plasmado na melhor proposta, tem diversas variáveis, todas elas compreendendo direitos dos concorrentes do certame – direitos estes bem pontuados por Roberto Dromi¹⁷⁹ e que se resumem, com adaptações ao sistema brasileiro, no seguinte:

- (a) ver respeitados os prazos previstos para a execução da licitação, de modo que, em sendo necessário alguma prorrogação de prazo, esta seja estendida a todos os concorrentes;
- (b) obter o cumprimento integral, pela Administração licitadora e pelos licitantes, das normas que regulam o processo de escolha da melhor proposta;

¹⁷⁶ ROCHA, C. L. A. Op. cit., p. 85.

¹⁷⁷ SUDFELD, C. A. Op. cit., p. 20.

¹⁷⁸ MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 18.

¹⁷⁹ DROMI, R. *Derecho ...*, p. 390.

- (c) ter assegurada a impossibilidade de alteração das condições essenciais de seleção dos contratados no curso do certame;
- (d) ver respeitado o segredo das propostas até a abertura dos envelopes;
- (e) ter conhecimento das demais ofertas após a abertura dos envelopes e poder apontar as deficiências observadas, que possam levar a inabilitações ou desclassificações.

Percebe-se, portanto, que o princípio da isonomia, no campo das licitações, não é apenas direito do particular interessado na contratação pública, mas, principalmente, medida imprescindível e salutar ao próprio interesse público, que, somente por meio de uma competição igualitária, poderá efetivamente aferir qual o concorrente mais idôneo e a melhor proposta para atender ao interesse público licitado.

3.1.7. Princípio da competitividade

Merece análise, também, o princípio da competitividade, especialmente ao se considerar que ele sofrerá – como será demonstrado neste estudo – alguns reflexos decorrentes das regras ditadas pelas agências internacionais de fomento em licitações a elas vinculadas.

A competitividade é um princípio de matriz infraconstitucional¹⁸⁰, previsto expressamente na Lei n. 8.666/93, no seu artigo 3º, § 1º, inciso I. Sem a idéia de competição, não há licitação, pois, nessa hipótese, estar-se-á diante de caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação. O próprio conceito de licitação, como já demonstrado, traz expressa a noção de escolha da melhor dentre as propostas apresentadas, ou seja, o melhor dos concorrentes/competidores vence o certame licitatório.

Ressalte-se, porém, que o dispositivo infraconstitucional que previu o princípio da competitividade não implica impossibilidade de rigor nas licitações.

¹⁸⁰ *In verbis*: “Art. 3º - [...]”

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...].”

O que se veda é a imposição de exigências absurdas ou desnecessárias, que, visivelmente, apenas um determinado concorrente vai conseguir atender.

A competitividade, como bem colocado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “se estabelece para favorecer a sociedade, detentora de interesses primários e não o administrador público, que tem interesse derivado.”¹⁸¹

Falar-se em princípio da competitividade, portanto, é estar diante da própria essência da licitação.

3.1.8. Princípio da publicidade

Outro dos princípios fortemente influenciados pelas normas internacionais sobre licitação¹⁸² é o princípio da publicidade, que, como se observa do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, aplica-se, integralmente e sem exceções, à totalidade da Administração Pública. Neste passo, quando se fala em condutas de agentes públicos, é inconcebível se admitir o segredo perante os particulares interessados, especialmente ao se considerar que os interesses envolvidos nas referidas condutas são públicos, no sentido mais amplo do termo.

Este princípio, acima de tudo, se mal aplicado, conduz ao absoluto descrédito da licitação, tendo em vista que os interessados, ao invés de terem livre acesso a todos os atos da Comissão de Licitação, terão, integralmente ou em parte, omitidas informações e atos praticados no curso da licitação.

Neste passo, afastar-se a publicidade é aproximar o processo licitatório da nulidade ou, ao menos, da falta de credibilidade, na medida em que se retira a transparência do procedimento.

Nem se alegue que a negação do princípio não ocorre em certos casos, pois, como será demonstrado mais adiante, em algumas situações prefere o ente licitador – imbuído do “espírito inovador” das regras ditadas pelas agências internacionais de fomento – conduzir a licitação sem a devida publicidade de todas as suas fases e atos.

¹⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios da licitação. *Boletim de Licitações e Contratos* nº 9, p. 436, 1995.

¹⁸² Ver *infra*, Capítulo 4.

No entanto, a observância ao princípio da publicidade deve ser sempre visada. Como ponderado por Agustín Gordillo¹⁸³, há situações em que a dificuldade é a tendência medieval ao segredo ou a possibilidade visualizada por alguns de realizar negócios à margem do interesse público, interessando, àqueles que pretendem violar a coisa pública, até mesmo que os particulares não conheçam muito do assunto e não venham a questionar o que está sendo licitado.

A relevância do princípio é tal, a ponto de, além da previsão constitucional e no “caput” do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, ele vir estampado novamente na Lei nº 8.666/93, sob a forma de vedação da licitação sigilosa, no § 3º do mesmo artigo de lei citado¹⁸⁴, de modo a se afastar qualquer pretensão de adoção de fatores sigilosos no processo licitatório e obrigar a realização de todos os seus atos “à luz do dia”.

Resume o real significado do princípio da publicidade o posicionamento de Carlos Pinto Coelho Motta, segundo o qual, evitando-se o segredo, volta-se à “[...] visibilidade dos atos da administração para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade.”¹⁸⁵

3.1.9. Princípio da eficiência

Destaca-se, também, no texto constitucional, o princípio da eficiência, trazido pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sob sua perspectiva de análise, cumpre ao agente público o dever de eficiência na sua atuação, o que, em outras palavras, é demonstrado quando uma licitação é conduzida dentro dos parâmetros da legalidade, buscando a seleção dos licitantes melhor habilitados e das propostas mais vantajosas ao interesse público.

Do contrário, uma licitação conturbada e viciada em nada contribui para o alcance do interesse público, tendo em vista que o risco de sua invalidação é grande, ocasionando somente prejuízos ao erário público.

¹⁸³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo – La defensa del usuario y del administrado*, p. XI-9.

¹⁸⁴ “§ 3º - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

¹⁸⁵ MOTTA, C. P. C. Op. cit., p. 77.

Sobre o princípio da eficiência, Hely Lopes Meirelles¹⁸⁶ defende-o como um diretor da atuação estatal, que exige mais que a legalidade, ou seja, exige a satisfação da comunidade e de seus membros enquanto cidadãos.

3.1.10. Princípio da moralidade

Falar do princípio da eficiência, no entanto, é estar bastante próximo a outro princípio, também de matriz constitucional: a moralidade.

O princípio da moralidade impõe que os agentes públicos – na sua atividade de condução da coisa pública – optem exclusivamente por condutas não apenas lícitas, mas principalmente éticas.

Neste âmbito restrito de análise, violar princípios éticos (tais como lealdade e boa-fé) é afrontar o próprio princípio da moralidade.

Na atualidade, em especial se analisado o contexto brasileiro, o princípio da moralidade vem se destacando como um condutor da atividade dos agentes públicos, enfatizando-se, na legislação, que sua violação constitui-se vício gerador da nulidade do ato administrativo. À luz deste princípio, não se pode desconsiderar que a conduta administrativa, em algumas situações, pode ser legal, porém, não moral.

A relevância do princípio em questão é facilmente observada nas recentes Lei da Ação Popular e Lei de Improbidade Administrativa. Esta última contém uma seção específica (seção III) para tratar dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública – atos estes tidos por imorais e geradores da nulidade da conduta pública e responsabilização civil, penal e administrativa do agente público competente e do particular envolvido.

Esta situação vem sendo observada com bastante constância nos últimos anos no sistema jurídico brasileiro, onde a própria sociedade (no caso da ação popular) e o Ministério Público (no caso da ação por improbidade administrativa) têm denunciado condutas públicas atentatórias à moralidade.

Subjacente ao princípio da moralidade – no alerta de José Afonso da Silva – está a idéia de que “[...] moralidade administrativa não é moralidade

¹⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 86.

comum, mas moralidade jurídica.”¹⁸⁷ Neste passo, violada a “moralidade jurídica”, nulo será o ato administrativo inquinado do vício.

3.1.11. Princípios da ampla defesa e do contraditório

E, por fim, os dois últimos princípios de matriz constitucional de análise imprescindível integram o chamado devido processo legal, inseridos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, dentre os direitos e garantias dos cidadãos.¹⁸⁸ São eles: a ampla defesa e o contraditório, que, muitas vezes, são desrespeitados em processos licitatórios, especialmente em situações em que a Administração Pública, na ânsia de aproveitar os recursos disponibilizados para a execução do objeto licitado, apressa indevidamente licitações, afrontando direitos dos licitantes de ampla participação no processo de contratação empreendido pelo Estado.

Exatamente esta é a idéia quando se analisa os princípios da ampla defesa e do contraditório. Visa-se garantir aos particulares interessados na contratação com o Estado a observância do rito pré-contratual em toda a sua integralidade, desde a apresentação de defesa contra atos que lhe são imputados, produção de provas de suas alegações, acompanhamento de todos os passos voltados à formação da malha probatória que levará a autoridade julgadora à decisão, apresentação de alegações finais antes da decisão e interposição de recursos contra as decisões proferidas.

Nas palavras de Edgar Guimarães¹⁸⁹, com os princípios da ampla defesa e do contraditório, a verdade irá surgindo através da constante afirmação e da negação dos fatos. Assim, todo ato praticado no âmbito da licitação, que possa, eventualmente, restringir ou anular direitos dos licitantes, carece de consulta aos interessados (no caso, os administrados interessados em contratar com o Estado).

¹⁸⁷ SILVA, J. A. da. *Curso ...*, p. 563.

¹⁸⁸ O inciso LV afirma que: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com seus meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁸⁹ GUIMARÃES, Edgar Chiuratto. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações. *Revista do Tribunal de Contas do Paraná*, n. 129, jan./mar., 1999, p. 56.

Trata-se, em suma, de imposição inerente à própria noção de Justiça, como esclarece Agustín Gordillo¹⁹⁰, para quem, além de ser princípio de Justiça, a oitiva dos interessados antes da prática do ato pela Administração Pública licitadora é também princípio de eficácia, pois assegura o conhecimento mais aprofundado dos fatos. Conseqüentemente, com isto busca-se uma decisão mais justa e vantajosa ao interesse público inserido no objeto licitado.

Encerrada essa breve demonstração das previsões constitucionais acerca da licitação, especialmente no que tange aos seus princípios (demonstração necessária para se comparar a regulamentação das licitações trazida pelas das agências internacionais de fomento), desde já, permite-se adentrar apenas superficialmente na matéria a ser exposta no sub-capítulo III.3 deste estudo, transcrevendo posicionamento de Marcos Juruena Villela Souto:

Os princípios supramencionados aplicam-se a todas as licitações, nacionais ou internacionais, financiadas ou não por organismos internacionais de fomento, já que envolvem o atendimento de matéria constitucional (e não apenas legislação ordinária que disciplina as licitações).¹⁹¹

É inegável, portanto, diante da abrangência e relevância dos princípios analisados – todos eles, direta ou indiretamente, com origem constitucional – que sua aplicabilidade a todas as licitações, nacionais ou internacionais, financiadas pelo próprio Estado ou por agências internacionais de fomento, é conseqüência lógica e inafastável, especialmente pela forma e valores aclamados pelo sistema jurídico brasileiro, expostos no próximo sub-capítulo.

¹⁹⁰ GORDILLO, A. A. *Tratado ...*, t.2, p. XVII-36.

¹⁹¹ SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 309.

3.2. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ÀS LICITAÇÕES FINANCIADAS POR AGÊNCIAS INTERNACIONAIS DE FOMENTO

3.2.1. Conceito de sistema

A análise de qualquer instituto – desde que pautada em aspectos científicos – carece da noção de sistema. Não se faz ciência, ao menos se ela pretender-se séria e criteriosamente embasada, sem a visualização dos institutos em conformidade com o todo em que estão inseridos. Neste sentido, a noção de sistema auxilia a ordenação do conhecimento científico, não a partir do problema em si, mas a partir das possibilidades de sua solução.

Falar em sistema é falar em um conjunto de elementos, criteriosamente agrupados conforme características comuns que lhes permitem formar um bloco unitário, onde, mesmo quando existam contradições internas, existirá mecanismo para a solução de eventuais antinomias.

E é justamente esta característica do sistema, como um todo que contém elementos assemelhados entre si, que vai possibilitar uma adequada compreensão dos fatos ocorridos à luz deste todo sistemático. Tomar-se o sistema como base para a interpretação das questões surgidas no seu âmbito de vinculação afigura-se como uma forma bastante eficaz para a solução dos impasses mediante uma interpretação segura e próxima da uniformidade, evitando-se, com isto, que questões análogas sejam interpretadas de formas absolutamente opostas.

Conceitualmente, Bobbio traz uma definição inicial, que, embora breve, reflete a noção de sistema, entendido como “[...] uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem.”¹⁹²

São perceptíveis, da breve definição, duas características básicas do conceito de sistema: ordenação e unidade (conjunto de entes formando um todo) – características estas que, para Canaris, estão inter-relacionadas, podendo ser delimitadas da seguinte forma:

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 71.

No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor (sic) modifica uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.¹⁹³

Não se está a dizer, porém, que, diante da relativa ordenação e unidade, que um sistema não se sujeita a contradições internas entre seus elementos. Naturalmente que existem conflitos entre os elementos sistemáticos, mas justamente por se estar diante de uma estrutura pretensamente organizada é que ela própria oferece meios de resolução dos problemas observados.

3.2.2. O sistema jurídico

Adentrando no âmbito mais específico do sistema jurídico, a importância da ideia de conhecimento sistemático também é gritante.

Como pontuado por Canaris¹⁹⁴, deve-se repelir a ideia de sistema como uma aberração (conforme pregado pelos críticos do pensamento sistemático), para, pautado na correta aceção do termo e considerando sua integral aplicabilidade ao universo jurídico, adotar-se seu conceito para uma adequada interpretação e aplicação do direito.

O mesmo autor alerta, ainda, que a ideia de sistema jurídico justifica-se, sobretudo, para o alcance da plena efetividade do princípio da Justiça. Através dela, possibilita-se – ao menos em tese – um melhor controle de um valor supremo plasmado em ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito, qual seja, a segurança jurídica, seja como “[...] determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito.”¹⁹⁵

Adota-se a noção de sistema no âmbito da ciência do Direito (como em qualquer outro que pretenda um conhecimento científico), pois, como lecionado por Eros Roberto Grau,

¹⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 12-13.

¹⁹⁴ CANARIS, C. W. *Idem*, p. 22.

¹⁹⁵ CANARIS, C. W. *Idem*, *ibidem*.

O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução. Dele dizia von Ihering (1900/8-9) ser qual Saturno, que devora seus próprios filhos e rejuvenesce superando o seu próprio passado. Como a realidade, onde nasce e em relação à qual se põe, não é estático.

Desde essas verificações e com esse significado é que devemos reconhecer o direito como um sistema, o que o transforma em objeto de um pensar sistemático e, em especial, permite-nos interpretá-lo no contexto sistêmico, ou seja, sistematicamente.¹⁹⁶

No mesmo sentido leciona Paulo Marcio da Cruz¹⁹⁷, para quem um ordenamento jurídico, ao menos em um Estado Democrático de Direito, para deter esta qualificação, necessita de elementos de coerência e consistência, sendo sistêmico; tendo a possibilidade de se agregar valor à regra.

E, neste passo, a junção de valor à regra necessita do conhecimento jurídico obtido a partir de um todo sistemático onde se insere a norma que se pretende interpretar. Partindo-se de valores plasmados no sistema (notadamente nos seus pilares de sustentação – princípios), é possível se interpretar as questões abrangidas por este grande “toldo”.

Não se pode ignorar que um sistema jurídico como o brasileiro, em cujo ápice se encontra a Constituição Federal – só tem essa capacidade de aglutinação de conceitos e vinculação das mais variadas interpretações da lei que são constantemente realizadas pelos juristas, por conter determinados valores que são, expressa ou tacitamente, aceitos pela sociedade que está a ele sujeita.

Do contrário, caso o sistema não refletisse os valores sociais das mais diversas instâncias – política, religiosa, ideológica, familiar, dentre outras -, dificilmente teria capacidade de solução, sob seu manto, dos conflitos existentes na sociedade.

Para se entender a importância de um sistema jurídico refletir os anseios e valores sociais, pode-se fazer uso do raciocínio de Eros Roberto Grau¹⁹⁸ acerca do direito posto e do direito pressuposto. Este último, em verdade, nada mais é do que o direito pretendido pela sociedade – que Agustín Gordillo considera como aquele direito que se exterioriza no parasistema normativo – em

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, p. 23.

¹⁹⁷ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 99.

¹⁹⁸ GRAU, E. R. Op. cit., p. 70.

contraposição ao direito posto, que é o direito formalmente legislado, o qual refletirá ou não o direito pressuposto.

Como exemplo, o autor citado menciona¹⁹⁹ o caso da Constituição inglesa, que, segundo ele, existe, mas não está documentada, progredindo juntamente com o corpo social. Ou seja, ela está em plena sintonia com os valores sociais, razão de sua grande eficácia. Este exemplo autorizaria dizer que se trata de hipótese onde o direito pressuposto emanado da sociedade está sintonizado com o direito posto. Há grande evidencia que, no caso do sistema inglês, se está a tratar de um sistema com grande capacidade de resolver os conflitos sociais.

Sobre o exemplo mencionado, confira-se o trecho transcrito por Eros Roberto Grau:

A Constituição que mais justamente tem conquistado admiração e applauso (sic), a que mais se tem aperfeiçoado sem prejuízo da ordem pública, é também a mais débil de todas, a que nunca foi sequer escripta (sic), a Constituição ingleza (sic). O império britânico não tem compendiado em um corpo systematico (sic) o que se chama Constituição política. Entretanto, os mais profundos estudiosos do mundo representativo, e até os próprios políticos e pensadores ingleses (sic), invocam continuamente a Constituição ingleza (sic). É que ella (sic) realmente existe. Existe, mas não está no papel. Tal facto (sic), que parece uma excentricidade mais, dos curiosos habitantes da ilha nebulosa, é precisamente o que permite (sic) e explica a vitalidade da sua lei fundamental. Desroupada de duros textos, desembaraçadas de frios dogmas pretensiosos e contentando-se com manter como simples ornamentação o que para outros povos é considerado essencial, a Constituição caminha e progride com o corpo social que a veste, modifica-se consoante às exigências d'elle (sic), por um trabalho latente, análogo ao mysterioso (sic) crescimento dos organismos vivos, de que falei. A sua evolução é constante, como a do estado de saúde; não é intermitente, como a dos enfermos.²⁰⁰

Portanto, se os princípios e regras positivados – que são o direito posto – refletirem os anseios da sociedade (direito pressuposto), formar-se-á um grande emaranhado de normas ordenadas entre si, que nada mais é do que o sistema jurídico do direito positivo. E, dentro deste sistema jurídico – que aqui se visualiza em formato piramidal – haverá a Constituição como norma fundamental

¹⁹⁹ GRAU, E. R. Idem, ibidem.

²⁰⁰ GRAU, E. R. Idem, ibidem.

– como exposto por Eduardo García de Enterría²⁰¹ – configurando e ordenando os poderes do Estado, estabelecendo os limites do exercício de tais poderes e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais.

Atentando-se à Constituição, o autor citado adverte²⁰² que ela não é apenas uma norma, mas a primeira das normas do ordenamento, a norma fundamental, que define o sistema das fontes formais do direito, as quais só serão válidas se em conformidade com a Constituição, e que sua importância extrema decorre ainda do fato dela ser expressão de uma intenção originária, configurando um sistema inteiro e tendo uma pretensão de duração maior do que as demais fontes a ela subordinadas.

A importância da Constituição como norma fundamental e condicionante de todo o emaranhado normativo integrante do sistema jurídico fica bastante clara da seguinte passagem de Eduardo García de Enterría:

A Constituição assegura uma unidade do ordenamento essencialmente sobre a base de uma 'ordem de valores' materiais nela expressados e não sobre as simples regras formais de produção de normas. A unidade do ordenamento é, sobretudo, uma unidade material de sentido, expressada em princípios gerais de direito, que ou ao intérprete impõe investigar e descobrir (sobretudo, naturalmente, ao intérprete judicial, à jurisprudência), ou a Constituição os tem declarado de maneira formal, destacando entre todos, pela decisão suprema da comunidade que a tem feito, alguns valores sociais determinados que se proclamam no solene momento constituinte como primordiais e básicos de toda a vida coletiva. Nenhuma norma subordinada – e todas o são para a Constituição – poderá desconhecer esse quadro de valores básicos e todas deverão interpretar-se em sentido de possibilitar com sua aplicação a execução, precisamente, destes valores.

Recuperamos assim um tema com que começamos este estudo: o valor específico da Constituição não como uma norma qualquer, de qualquer conteúdo, senão precisamente como portadora de uns determinados valores materiais.²⁰³

Assim, no emaranhado de regras e princípios, será vital – como exposto por José Roberto Vieira²⁰⁴ - a unidade conferida ao direito pela Constituição, vista como fundamento das normas do ordenamento jurídico, distribuídas nos diversos graus que compõem o sistema. O autor citado traz,

²⁰¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 49.

²⁰² ENTERRÍA, E. G. de. *Idem*, p. 50.

²⁰³ ENTERRÍA, E. G. de. *Idem*, ps. 97-98.

²⁰⁴ VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 33, p. 62, 2000.

neste aspecto, conceituação de Étienne B. de Condillac, constante já da abertura de seu “Tratado dos Sistemas”:

Um sistema não é outra coisa que a disposição das diferentes partes de uma arte ou de uma ciência numa ordem onde elas se sustentam todas mutuamente, e onde as últimas se explicam pelas primeiras. Aquelas que dão razão às outras chamam-se princípios e o sistema é tão mais perfeito quanto os princípios o são no menor número: é mesmo desejável que se os reduza a um só.

Da noção de sistema enquanto um conjunto de regras orientadas por princípios, não foge, também, Juarez Freitas, entendendo-o como “[...] uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontrarem consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”²⁰⁵

De fato, entendendo o sistema jurídico como um conjunto ordenado e unitário de regras e princípios, pré-situados conforme seus diferentes graus normativos (graus estes decorrentes dos valores contidos em cada qual destes institutos), não há como se negar que, mesmo num âmbito mais delimitado de análise (por exemplo, apenas o das regras constitucionais), haverá – como apontado por Roque Antônio Carraza – diferenças substanciais, na medida em que algumas normas constitucionais serão “mais diretrizes; outras, menos.”²⁰⁶

Neste mesmo sentido é que Paulo de Barros Carvalho²⁰⁷ dissecou o sistema constitucional brasileiro e verificou se tratar de um sistema dotado de normas das mais diversas naturezas e que se entrecruzam, que se afunila gradativamente até seu fundamento semântico máximo, que é a Constituição Federal de 1988, situada no ápice da estrutura normativa e com categoria de regente de todo o restante do conjunto normativo.

Se comparar-se a situação a um concerto musical, pode-se adotar o entendimento de Carl Schmitt, para quem a Constituição está para o Estado como a partitura está para a música. Melhor dizendo, nas palavras do próprio autor, “[...]”

²⁰⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, p. 46.

²⁰⁶ CARRAZA, R. A. Op. cit., p. 29.

²⁰⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 90-91.

a canção ou peça musical de um coral permanece igual quando mudam os homens que a cantam ou executam, ou quando muda o lugar em que cantam ou tocam. A unidade e ordenação residem na canção e na partitura, como a unidade e ordenação do Estado residem em sua Constituição.”²⁰⁸

Em assim sendo - aproveitando-se do ensinamento de Juarez Freitas²⁰⁹ - a noção de sistema (onde está inserido o sistema brasileiro) permite uma melhor compreensão (i) da supremacia hierárquica da Constituição, (ii) da necessidade de uma interpretação das normas em conformidade com a Constituição, (iii) da existência de princípios e objetivos traçados na Constituição aos quais as normas infraconstitucionais devem servir de instrumental de concretização, (iv) da escolha de valores plasmados no sistema e (v) da conservação de sua unidade pelo intérprete sempre que estiver diante de antinomias.

Percebe-se, portanto, que o sistema jurídico possibilita o estabelecimento de parâmetros e a delimitação da busca das soluções para as questões a serem interpretadas, dentro de um círculo delimitado, no qual foram expressamente coroados determinados valores da sociedade e de um Estado Democrático de Direito – valores que envolvem preferências políticas de membros integrantes de um Poder Constituinte, as quais passam a ser as preferências do sistema após a sua construção, razão pela qual a interpretação de suas normas não deve ser isolada do todo, mas sim realizada em conformidade com todo o conjunto normativo.

Com isto não se pretende afirmar, no entanto, que o sistema jurídico fecha-se em si mesmo, sob o pretexto de obtenção de segurança jurídica. Modernamente, tem-se como premissa predominante que o sistema jurídico é aberto e móvel. Especialmente a característica da abertura do sistema é visualizada nos ensinamentos de Canaris, que a entende como uma “[...] incompletude, capacidade de evolução e modificabilidade.”²¹⁰

E assim é o sistema jurídico na atualidade – mesmo se analisado apenas o subsistema constitucional, que, embora possa ser visualizado,

²⁰⁸ SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*, p. 30.

²⁰⁹ FREITAS, J. Op. cit., p. 48-49.

²¹⁰ CANARIS, C. W. Op. cit., p. 101-102.

sintaticamente como um sistema fechado, sob outras perspectivas (semântica e pragmática) é visto como aberto.

3.2.3. A função do sistema

Longe de ser meramente acessória, a conceituação de sistema jurídico é relevante especialmente diante do princípio da segurança jurídica, a qual, para Canaris²¹¹, impulsiona a sua formação, exigindo um direito parametrizado e ordenado num conjunto unitário, onde sejam (i) facilitada a aplicação de suas normas e (ii) dificultadas eventuais contradições.

Justamente por possibilitar a apreensão dos valores máximos do ordenamento jurídico (especialmente quando o intérprete do Direito se depara com os seus princípios), a noção de sistema jurídico é fundamental para a identificação das lacunas do direito, garantindo-se, a partir da unidade sistemática, a harmonia e integração plena do ordenamento jurídico como um todo, conforme muito bem colocado por Canaris:

Assim surge junto à primeira e de algum modo negativa função do sistema, de prevenir o aparecimento de contradições de valores, a função, em certa medida positiva, de desenvolver o Direito de acordo com o peso interior dos seus princípios constitutivos ou 'gerais'; em ambos os casos trata-se da defesa da unidade valorativa [...].²¹²

Seria muita ingenuidade do aplicador do direito, no âmbito de qualquer sistema em que esteja operando, imaginar a sua completude e, por conseqüência, a inexistência de lacunas. Lacunas e quebras do sistema sempre acompanham o jurista, especialmente – como será demonstrado – em um sistema heterogêneo como o internacional, que é gerado a partir de tratados e convenções celebrados por diversos Estados-membros no âmbito de organizações intergovernamentais.

Não obstante utopicamente se pudesse imaginar um sistema – qualquer que seja – completo e sem lacunas, isto não existe, razão pela qual a

²¹¹ CANARIS, C. W. *Idem*, p. 22.

²¹² CANARIS, C. W. *Idem*, p. 178.

obtenção do direito a partir do sistema sujeita-se a um primeiro limite resultante da “natureza teleológica de todos os argumentos sistemáticos.”²¹³

O que isto significa? Significa – na acepção de Canaris – que é necessário um controle, pelo operador do direito, da adequação da premissa maior extraída do sistema em relação ao valor macro nele plasmado. Ou seja: é necessário verificar se a premissa extraída reflete a realidade sistemática.

3.2.4. A conseqüência do sistema

Como conseqüência do sistema, surge a interpretação sistemática, ou seja, aquela que prioriza a unidade e os valores do conjunto.

De nada adiantaria aceitar-se a existência de um conjunto ordenado de regras e princípios, sem que sua interpretação fosse orientada a partir deste todo. O recurso à interpretação sistemática, portanto, faz com que obscuridades ou contradições normativas sejam solucionadas pelo recurso ao denominado “‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.”²¹⁴

Neste passo, a interpretação sistemática será sempre “teleológica e hierarquizadora”²¹⁵, buscando os fins do direito (considerado o ordenamento enquanto sistema jurídico uno e repleto de valoração) e a hierarquia das fontes a serem interpretadas.

E é deste modo que se deve pautar o intérprete nos casos concretos, pois é inquestionável que todos os conflitos normativos são solucionáveis, bastando, para tanto, recorrer-se à noção de sistema, que em momento algum propiciará a prevalência de normas com valores disformes dos plasmados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, somente a interpretação sistemática é capaz de conduzir o jurista à aplicação segura da lei, como bem adverte Geraldo Ataliba:

Qualquer proposta exegética objetiva e imparcial, como convém a um trabalho científico, deve considerar as normas a serem estudadas, em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico. Os preceitos

²¹³ CANARIS, C. W. *Idem*, p. 187.

²¹⁴ BOBBIO, N. *Teoria ...*, p. 76.

²¹⁵ FREITAS, J. *Op. cit.*, p. 59.

normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixadas em seus princípios. Em suma, somente a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros. É principalmente a circunstância de muitos intérpretes desprezarem tais postulados metodológicos que gera as disparidades constantemente registradas em matéria de propostas de interpretação.²¹⁶

Na medida em que o trabalho hermenêutico ocorra em conformidade com o sistema e, principalmente, com seus valores contidos nos princípios constitucionais, ganha-se segurança da constitucionalidade da interpretação, que passa a estar controlada e inserida num ambiente pré-determinado, ao invés de num campo amplo e imprevisível.

Enfim, a interpretação do direito em conformidade com o sistema jurídico brasileiro, especialmente o constitucional, gera apenas conseqüências positivas bem resumidas por Canotilho:

(1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem' impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.²¹⁷

A interpretação conforme a Constituição, além de ser uma conseqüência da própria realidade do ordenamento jurídico, enquanto um todo sistemático, é uma necessidade, sobretudo para harmonizar a norma interpretada (que, no presente caso, será uma conflitante ou vaga norma internacional ditada por organizações intergovernamentais) e o texto constitucional, buscando um sentido possível para a norma infraconstitucional, que não é visualizado através da mera interpretação literal.

A imposição da busca da interpretação sempre em conformidade com a Constituição decorre, sobretudo, como bem adverte Eduardo García de Enterría, "da supremacia da Constituição sobre todas as normas e seu caráter

²¹⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 5.

²¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ...*, p. 1189-1190.

central na construção e na validade do ordenamento em seu conjunto.”²¹⁸ Como bem adverte o citado autor²¹⁹, o princípio da interpretação conforme a Constituição decorre da necessidade judicial de tentar salvar, no que for possível, a subsistência das leis, reduzindo declarações de inconstitucionalidade, que produzem sempre um grave trauma no ordenamento jurídico.

Deste modo, a norma infraconstitucional submetida à interpretação receberá – desde que comporte – o único sentido que possa ter conformidade com a Constituição, funcionando essa modalidade hermenêutica como mecanismo de controle de constitucionalidade ou equiparando-se à declaração de nulidade sem redução de texto, como bem ponderado pela doutrina²²⁰.

Esquemáticamente, Eduardo García de Enterría²²¹ destaca algumas conseqüências da interpretação conforme a Constituição - as quais se chancela integralmente para os fins pretendidos neste estudo – que podem ser assim resumidas:

(1ª) a Constituição constitui o contexto de todas as leis e regulamentos e normas do ordenamento para efeito de sua interpretação e aplicação;

(2ª) o caráter normativo da Constituição impõe sua prevalência na interpretação declarativa e também na interpretação integrativa, que preenche as insuficiências dos textos legais que serão aplicados;

(3ª) a interpretação conforme a Constituição tem correlação lógica na proibição implícita de qualquer construção interpretativa ou dogmática que conclua por um resultado contraditório com os valores constitucionais;

(4ª) as normas constitucionais são dominantes frente a todas as outras na materialização do sentido geral do ordenamento.

Com isso, sob a perspectiva de um sistema jurídico com valores próprios - no geral, extraídos dos princípios constitucionais – e com a Constituição como seu ápice normativo, desenvolver-se-á a interpretação, sob pena de inconstitucionalidade, o que a jurisprudência brasileira não tem se furtado a reconhecer, como bem se observa da seguinte decisão:

²¹⁸ ENTERRÍA, E. G. de. *La Constitución ...*, p. 95.

²¹⁹ ENTERRÍA, E. G. de. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 100.

²²⁰ BARROSO, L. R. *Op. cit.*, p. 190-191.

²²¹ ENTERRÍA, E. G. de. *La Constitución ...*, p. 102.

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.²²²

E vendo o sistema como algo benéfico para a interpretação do direito em conformidade com a Constituição, é imprescindível se visualizá-lo como um conjunto de regras e princípios, mesclados entre si, onde, evidentemente, prevalecem os princípios que são sua base valorativa e hermenêutica.

Ou seja, o sistema visto como conjunto de regras e princípios será um bloco com fontes de direito concretas (e não meramente abstratas), como delineado por Canotilho:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.²²³

²²² Decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.458-MC, Relator Ministro Celso de Mello, publicada no Diário da Justiça em 20.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 06 jan. 2007.

²²³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional ...*, p. 1126.

Está claro, portanto, que o sistema jurídico adequado à interpretação dos conflitos normativos é pautado pelos valores e princípios acatados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que, via de regra, encontram-se dispostos nos princípios constitucionais ou nos princípios gerais do direito não positivados (supralegais).

Assim, é preciso o posicionamento transcrito de Canotilho, com a ressalva apenas de que, sob a perspectiva do presente estudo, não se considera o sistema constitucional como um sistema aberto em quaisquer dos seus níveis de significação.

No caso brasileiro, considera-se o sistema constitucional como um sistema aberto apenas sob o prisma da semântica e da pragmática, porém, sintaticamente, ele é visto como um sistema fechado, segundo o qual eventuais contradições ou omissões normativas verificadas no âmbito infraconstitucional serão solucionadas conforme as normas e os princípios constitucionais, estes encarados como diretrizes hermenêuticas do sistema e situados no ápice da pirâmide normativa.

Aliás, para o sistema jurídico brasileiro, estará situada no ápice da pirâmide normativa, em verdade, a própria Constituição Federal de 1988, dentro da qual estão inseridos os princípios que refletem os valores constitucionais.

Em sendo assim, considerando-se a Constituição como reflexo dialético da contraposição das mais diversas crenças, interesses e aspirações, em muitos casos conflitantes, a unidade da sua interpretação – ditada, dentro do sistema jurídico brasileiro, pela sua conformidade com o Texto Maior – é imprescindível, devendo ser acomodadas ou ajustadas as tensões e os conflitos normativos - mesmo quando envolverem normas de natureza internacional, que, após a sua recepção pelo sistema brasileiro, nada mais são do que leis ordinárias - através da “[...] grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.”²²⁴

E é justamente sob este enfoque que se pretende tratar, no próximo sub-capítulo, da relevância dos valores principiológicos contidos na Constituição Federal de 1988, que permitem, certamente, a plena efetividade e supremacia da Constituição diante de eventuais regras internacionais conflitantes ou lacunosas,

²²⁴ BARROSO, L. R. Op. cit., p. 196.

tais como as ditadas pelas agências intergovernamentais de fomento em licitações internacionais.

3.3. DISCUSSÃO SOBRE A VALORAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL DAS LICITAÇÕES

3.3.1. A noção de sistema e os princípios

Falar-se em princípios é ter em mente disposições de elevado grau axiológico, certamente fundamentais para o amadurecimento e o crescimento de qualquer sistema jurídico inserido em Estados Democráticos de Direito.

O dinamismo de um sistema jurídico só é possível em razão da existência de princípios²²⁵, pois, caso houvesse apenas regras (carecedoras, pela própria natureza, de flexibilidade), o resultado final seria um relativo (para se dizer o menos) “engessamento” do sistema. Em síntese, como se demonstrará nesse sub-capítulo, são os princípios os verdadeiros responsáveis pela flexibilidade e evolução do sistema.

À luz da noção de sistema, percebe-se que, dentre seus elementos, os princípios ganham posição de destaque, enquanto “[...] diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas [...]”²²⁶

No âmbito conceitual, José Roberto Vieira bem delimitou a efetiva significação de um princípio considerando que:

Num sistema jurídico, o repertório é composto por normas, que, encetando relações entre si, agrupam-se em derredor de outras normas, pelas quais foram atraídas, seduzidas e presas, naquela ‘reação

²²⁵ Para ROJO, Margarita Beladiez. *Os princípios jurídicos*, p. 39, “[...] os princípios jurídicos constituem a parte permanente do Direito e também a mutável que determina a evolução jurídica. São eles que permitem a constante atualização do ordenamento fazendo real a inter-relação entre Direito e Sociedade, que justifica a sua própria existência.”

²²⁶ FREITAS, J. Op. cit., p. 47.

centrípeta' de que fala PAULO DE BARROS CARVALHO. Essas normas que compõem de modo especial a estrutura do sistema, exibindo excepcional vigor aglutinante, são os princípios.²²⁷

Enquanto diretrizes gerais e aglutinantes do sistema jurídico, há princípios mais ou menos gerais, positivados e não positivados, todos eles representativos dos valores do sistema.

Assim, negar-se a aplicação dos princípios para a solução de conflitos normativos é o mesmo que não se aceitar os valores do sistema e, com isto, admitir-se sua mais absoluta disparidade em relação aos anseios da sociedade a ele submetida.

Enfatizando a relevância dos princípios para o sistema jurídico brasileiro, Luís Roberto Barroso bem aponta que a violação de princípios tem muito maior gravidade do que a violação de normas, visto que se viola, através do princípio, todo um "sistema de comandos", representando uma "insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais."²²⁸

Ressalve-se, neste ponto, que, não obstante existirem princípios explícitos/positivados e implícitos/não positivados, a razão está com Carraza²²⁹, no sentido de que um princípio explícito não é necessariamente mais importante do que o implícito, impondo-se ao jurista o ônus de debruçar-se sobre estas regras, a fim de visualizar seu alcance e relevância hierárquica. Neste mesmo sentido, Juarez Freitas, após considerar os princípios como normas (aqui expressadas em identificação semântica com as regras) de maior ou menor eficácia jurídica e carecedoras de concretização, pondera que

[...] toda e qualquer norma ou relação no mundo jurídico há de ser pautada por tais valores supremos, que coexistem numa tensão dialética ineliminável e reclamam uma permanente hierarquização axiológica, em função da qual todos os comandos se relativizam mutuamente e encontram o verdadeiro alcance nesta interação de sentidos devidamente hierarquizados pelo hermeneuta do Direito, mais do que na lei.²³⁰

Assim, os princípios – em sua generalidade e após a devida concretização, voltada a dotá-los de maior densidade normativa – são tão

²²⁷ VIEIRA, J. R. Op. cit., p. 63.

²²⁸ BARROSO, L. R. Op. cit., p. 153.

²²⁹ CARRAZA, R. A. Op. cit., p. 31.

²³⁰ FREITAS, J. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 48.

importantes, que há alguns, mesmo não positivados, que são considerados “gerais do direito”, e, no entendimento de Bobbio²³¹, são normas fundamentais e generalíssimas do sistema, que não deixam de ser normas como as demais positivadas, visto servirem ao mesmo escopo das normas expressas, o que, em caso de lacunas, possibilita que regulem comportamentos não regulados.

Neste cenário, observa-se que grande parte da doutrina²³² visualiza os princípios como normas supremas do ordenamento, que, por si só, servem de pauta ou critério para a aplicação dos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, convertendo-se, sob este prisma, em norma das normas.

Por outro lado, há doutrinadores²³³ que não reconhecem aos princípios esta qualidade, pois entendem que esta função caiba apenas à própria Constituição, e não a princípios isolados, mesmo que sejam integrantes do Texto Constitucional.

A negativa desse caráter vinculante aos princípios por parte da doutrina, ou melhor, a outorga desse caráter apenas à Constituição como um todo normativo, embasa-se no fato de que existem princípios que, após admitidos no Texto Constitucional, recebem esta mesma qualificação, mas, nestes casos, a sua primazia - dentre as fontes do Direito - decorre do fato de virem reconhecidos na Constituição e não da sua condição de princípios jurídicos por si só.

3.3.2. Os diferentes graus dos princípios do sistema

Estando dentro de um ordenamento jurídico sistêmico, não se pode ignorar que há princípios de diferentes naturezas. Podem ser eles constitucionais ou gerais do direito.

No caso dos princípios gerais do direito, sua relevância – não obstante a ausência de sua positivação (ou, talvez, a desnecessidade dela) – é bem apontada por Canaris:

[...] quando se tenha reconhecido uma vez um princípio como ‘geral’, e, em especial, se tenha determinado o seu peso ético-jurídico e a sua

²³¹ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158-159.

²³² Ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 260-261; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, p. 79.

²³³ ROJO, M. B. Op. cit., p. 103.

hierarquia jurídico-positiva, ele pode conduzir, em ligação com a regra da adequação valorativa, a um aperfeiçoamento inesperado do Direito: não é outra coisa o que sucede com a determinação de uma lacuna com recurso a um princípio geral. Em consequência, a elaboração consequente do sistema tem também neste ponto influência na complementação de uma ordem jurídica.²³⁴

O mesmo autor demonstra a importância dos princípios, ainda, para refutar as normas contrárias ao sistema, considerando que elas, se aceitas incondicionadamente, serão nulas, em razão da contradição de seus valores com aqueles plasmados nas regras de caráter principiológico.

Por outro lado, a par dos princípios gerais, há princípios positivados constitucionalmente²³⁵, que vinculam de forma absoluta a interpretação e aplicação do direito. Basta ver que, se as próprias normas constitucionais “[...] recolhem o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa)”, implicando sua superioridade normativa a conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição²³⁶, é ainda mais razoável se outorgar aos princípios constitucionais poder de vinculação da legislação infraconstitucional.

Neste passo, os princípios constituem a base de sustentação de todo o sistema normativo, sendo, na verdade, “[...] idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”²³⁷

E, nesta mesma linha de raciocínio, os princípios constitucionais, por suas vezes, “[...] são, a um tempo, *direito positivo* e *guias* seguros das atividades interpretativa e judicial. Em outros termos, são *fontes de direito* (Esser) e *idéias-base* de normas jurídicas.”²³⁸

Porém, sob qualquer prisma que se olhe, não há como deixar de visualizar os princípios como regras carentes de “[...] concretização através de sub-princípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio”²³⁹, que, para sua aplicação, devem ser “primeiro normativamente consolidados ou

²³⁴ CANARIS, C. W. Op. cit., p. 176.

²³⁵ Os quais, no caso das licitações, foram analisados no sub-capítulo III.1, supra.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional* ..., p. 1112.

²³⁷ SUNDFELD, C. A. Op. cit., p. 18.

²³⁸ CARRAZA, R. A. Op. cit., p. 40.

²³⁹ CANARIS, C. W. Op. cit., p. 96.

normativizados.”²⁴⁰ Ou seja, princípios clamam por agregação de valores concretos para a sua plena efetividade.

Esta “complementação” dos princípios através da junção de valores concretos da sociedade não significa, porém, sua dependência das regras, quer constitucionais ou não, não se podendo ignorar, também, a existência dos postulados²⁴¹, vistos enquanto normas de segundo grau e que também estruturam o sistema jurídico.

Na verdade, não obstante as regras sejam necessárias para o preenchimento valorativo dos princípios - que são dotados de maior abstração -, elas sofrem, simultaneamente, restrições por parte deles, tendo em vista a superioridade deles, o que faz com que o real significado das regras esteja sujeito ao teor dos princípios. Fazendo uso de uma expressão de Carlos Ari Sunfeld, “[...] aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus mas preservar a fé em Nossa Senhora!”²⁴²

Deste modo – como lecionado por Canotilho²⁴³ - justamente em razão de sua ampla abrangência e ingerência nas mais diversas esferas normativas, os princípios sempre subsidiarão diretivas materiais para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, vinculando o legislador e o aplicador do direito.

A hierarquia e relativa imunidade dos princípios devem-se às suas próprias características, dentre as quais algumas enumeradas por Canotilho²⁴⁴ e nominadas como “caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito”, “proximidade da idéia de direito” e “natureza normogenética”.

Em apertada síntese, estas expressões significam que os princípios serão visualizados, respectivamente, como (i) normas fundamentais e estruturantes do ordenamento jurídico, (ii) *standards* vinculantes e baseados nos ideais de justiça e (iii) fundamento de outras regras, constituindo a sua razão existencial fundamentante.

²⁴⁰ CANARIS, C. W. Idem, ibidem.

²⁴¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, p. 122.

²⁴² SUNDFELD, C. A. Op. cit., p. 19.

²⁴³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional ...*, p. 1129.

²⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1124 -1125.

3.3.3. O reflexo dos princípios no âmbito do sistema jurídico

Pela importância dos princípios, notadamente aqueles de caráter constitucional, eles ditarão a interpretação do direito em conformidade com a Constituição, não devendo, sua relativa abstração e abertura, ser confundida com liberdade de escolha quanto à sua aplicação.

Esta questão, aliás, foi muito bem ponderada por Canotilho²⁴⁵, ao afirmar que as normas constitucionais - onde se incluem os princípios constitucionalmente positivados - têm uma abertura, que reclama uma operação de concretização pelos operadores do direito, o que não significa, porém, que os princípios constitucionais possam ser ignorados, mas sim, ao contrário, eles vincularão as normas inferiores que pretendem concretizá-los.

A supremacia dos princípios constitucionais em relação aos demais diplomas normativos - regras constitucionais e infraconstitucionais - deve-se, sobretudo, à própria hierarquia superior da Constituição – posição esta que dita, como já afirmado anteriormente, a natureza superior dos princípios constitucionais, que não é decorrente de sua condição de “princípios”, mas sim da condição de integrantes do corpo constitucional.

Pela condição da Constituição enquanto Carta Magna reflexiva dos anseios maiores da Sociedade, sua supremacia é – nas palavras de Paulo Márcio da Cruz – “material”, representando o Texto Maior a “[...] norma habilitadora da atividade dos poderes públicos instituídos e o limite de suas atuações.”²⁴⁶

3.3.4. Os princípios constitucionais fundamentais

Neste cenário constitucional, há maior razão, ainda, para se outorgar uma posição avantajada em determinados casos, onde o intérprete/aplicador do Direito depara-se com princípios constitucionais fundamentais, como por exemplo,

²⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1172.

²⁴⁶ CRUZ, P. M. *Fundamentos ...*, p. 83.

o da legalidade, que, como princípio, deve orientar não apenas a aplicação do direito brasileiro acerca das licitações, mas também a do direito internacional legislado por organizações intergovernamentais, na medida em que ele representa, por si mesmo, um limite a qualquer tentativa de restringi-lo²⁴⁷.

Debruçando-se sobre o princípio da legalidade – enquanto direito fundamental insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988 – atente-se que sua extensão às regras decorrentes de tratados internacionais sequer poderia ser diferente, pois ele é considerado, juntamente com outros direitos fundamentais, a base de sustentação, interpretação, derivação e aplicação de todo o direito positivo do ordenamento jurídico brasileiro. Canotilho bem comentou esta realidade à luz do direito português:

Consideram-se **princípios jurídicos fundamentais** os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.²⁴⁸

Ainda para o autor português²⁴⁹, justamente em razão de sua natureza especial (direito fundamental), o princípio da legalidade vinculará a liberdade legislativa do Estado, seja de forma positiva, impondo ações legislativas para a garantia dos direitos, ou negativa, refutando diplomas legislativos que visem a supressão daqueles direitos.

Aproveitando-se, neste aspecto, o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes²⁵⁰ – na trilha já percorrida por Robert Alexy – mesmo quando, por força de disposição constitucional, autorizar-se a restrição de certos direitos fundamentais, será imposto um conteúdo mínimo inatingível daquele direito, que, de forma alguma poderá ser revogado ou desconsiderado por inteiro. É o que a doutrina denominou de “núcleo essencial” do direito fundamental, que

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 286.

²⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional ...*, p. 1128 (grifos originais).

²⁴⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1129.

²⁵⁰ MENDES, G. F. *Op. cit.*, p. 127.

necessariamente deverá ser respeitado, inclusive nas hipóteses de revisão constitucional.

Ou seja, princípios constitucionais fundamentais devem ser aplicados prioritariamente, podendo ser relativizados apenas diante de novos princípios constitucionais porventura contrários, e não de normas constitucionais não principiológicas ou infraconstitucionais, “[...] tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas e num processo dialético, que se iniciam no momento de sua aplicação às situações da vida e que se concluem quando o intérprete, concretizando-as, logra apreender o sentido e o alcance dessas pautas axiológicas.”²⁵¹

Neste contexto, não há como se aceitar a pretensão das agências intergovernamentais de fazerem a legislação brasileira - mesmo infraconstitucional - sucumbir perante os tratados internacionais.

Isto porque, em se considerando que as normas ditadas por tais agências internacionais são recepcionadas como lei ordinária pelo sistema jurídico brasileiro, elas deverão, por força do princípio constitucional fundamental da legalidade, sujeitar-se às regras da especialidade e da anterioridade.

A legalidade, no âmbito de eventual conflito legislativo entre o direito brasileiro e o direito internacional das agências intergovernamentais será, portanto, de suma importância, pois – na oportuna expressão de José Afonso da Silva - este princípio sujeitará todo o Estado Democrático de Direito “[...] ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca das condições dos socialmente desiguais.”²⁵²

Na mesma condição do princípio da legalidade (ou seja, como princípios constitucionais fundamentais) estão, por exemplo, os seguintes direitos fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal: princípio da isonomia (*caput*), princípio da publicidade (incisos XIV, XXXIII e LX), princípio da ampla defesa e princípio do contraditório (inciso LV).

Tais normas estão elencadas na Constituição, porém, têm um grau vinculante para o intérprete muito maior do que o imaginado.

²⁵¹ MENDES, G. F. *Idem*, p. 47.

²⁵² SILVA, J. A. da. *Curso de ...*, p. 400.

Assim, a par do seu caráter fundamental, a natureza constitucional destas normas, por si só, já basta para afastar, de forma absoluta, qualquer tentativa - mesmo que decorrente de tratados internacionais - de limitá-las ou revogá-las em prol do direito alienígena.

Não há como se pretender – como vem sendo rotinamente imposto pelos organismos internacionais – que as regras alienígenas venham condicionar o direito interno constitucional, com mais razão ainda quando este direito está previsto em uma norma-princípio constitucional. Só haveria possibilidade de se restringir direitos fundamentais, num sistema como o brasileiro, através de outras normas também de natureza constitucional (na medida em que direitos fundamentais só são passíveis de restrição por normas constitucionais²⁵³) e desde que os direitos a serem restringidos não se tratassem de princípios fundantes de todo o ordenamento.

Em vista disto, não há como se aceitar qualquer ingerência do direito internacional das organizações intergovernamentais em matéria de direitos constitucionais, sobretudo quando eles sejam decorrência de normas-princípio, como é o caso da ampla defesa e contraditório, publicidade dos atos do poder público, isonomia, dentre outros, que são exemplos de direitos fundamentais potencialmente - e, em muitos casos efetivamente - violados pelo Banco Mundial nas licitações de obras por ele financiadas.

3.3.5. A adoção da postura constitucionalista

Como uma conclusão parcial deste sub-capítulo, extrai-se que, à luz da noção de sistema como um todo ordenado, unitário e pretensamente repulsivo de contradições entre seus elementos - ou, no mínimo, como instrumento auto-suficiente para a solução de eventuais lacunas ou contradições porventura constatadas -, e da noção de princípios como normas diretoras deste conjunto ordenado, é inegável que eventual contradição entre o direito brasileiro e o direito internacional legislado pelas organizações intergovernamentais financiadoras de licitações nacionais deverá ser solucionada à luz da Constituição, especialmente

²⁵³ ALEXY, R. Op. cit., p. 277.

de seus princípios, que, no âmbito da licitação, têm plenas condições de conduzir à melhor interpretação e aplicação das normas conflitantes ou lacunosas.

Neste caso, havendo incompatibilidades intransponíveis do direito internacional, deverá o aplicador do Direito - via de regra o juiz, pois tais conflitos acabam desaguando no Poder Judiciário - “[...] desaplicar a lei”²⁵⁴.

Para Canotilho²⁵⁵, nestas situações de conflitos ou lacunas, o intérprete-juiz deve recorrer, primeiramente, às normas e princípios constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias, devendo aplicar a lei em conformidade com os direitos fundamentais constitucionais.

Repete-se, aqui, portanto, o entendimento de John Marshall, então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, no julgamento de um caso de conflito normativo entre a lei e a Constituição daquele país, no caso *Marbury vs. Madison*, ressaltou o princípio “[...] que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula.”²⁵⁶

Assim, o papel de destaque nestes conflitos normativos é, certamente, do Poder Judiciário, que deve confirmar a supremacia da Constituição da República de 1988, contendo o poder legislativo pretensamente titularizado pelas organizações intergovernamentais.

Diante do que foi visto neste Capítulo, passa-se à demonstração, no Capítulo 4, de algumas das incompatibilidades existentes entre as normas para licitações internacionais ditadas pelo Banco Mundial e a legislação brasileira.

²⁵⁴ Utilizando-se, aqui, as palavras de CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional ...*, p. 1274.

²⁵⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1275.

²⁵⁶ Trecho citado por BARROSO, L. R. *Op. cit.*, p. 167.

CAPÍTULO 4: AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS DO BANCO MUNDIAL COMO MODELO PARA ANÁLISE

4.1. LINHAS INTRODUTÓRIAS GERAIS

Nesse Capítulo serão analisadas as regras internacionais, unicamente quanto às suas disparidades ou inovações em relação ao sistema jurídico vigente no Brasil, com ênfase nas regras anômalas perante nossa legislação e não na integralidade da legislação estrangeira.

Como foi demonstrado, todos os projetos atrelados a financiamentos internacionais - no caso específico, do Banco Mundial - decorrem de contratos de empréstimo celebrados com o Banco, que determinam, no todo ou em parte, a utilização das suas diretrizes para as licitações.

Essas diretrizes internacionais encontrarão seu fundamento de validade, portanto, de forma direta, nos acordos de empréstimo, e, “[...] de forma indireta – mas nem por isso menos importante -, na sua consonância com os princípios e normas da Constituição brasileira.”²⁵⁷

No entanto, em algumas situações, as diretrizes internacionais conflitam com a legislação nacional, sendo possível – na concepção do Banco²⁵⁸ – se estabelecer uma lista de aceitabilidades (*Checklist of Acceptability*), onde se preveja, inclusive, a aceitação de procedimentos locais nas licitações internacionais com recursos do Banco, conforme pontuado por Marcos Juruena Villela Souto²⁵⁹.

Justamente tais conflitos evidentes entre os sistemas normativos comparados, que são constatados em determinadas situações, geram em parte da doutrina²⁶⁰ certa perplexidade, pois, não obstante as visíveis

²⁵⁷ MELLO, C. A. B. de (Org.). *Estudos em homenagem à Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional*, p. 530.

²⁵⁸ Visão esta distinta, ao menos em parte, da que é adotada na presente dissertação, pois nosso entendimento é de que, quando o conflito for entre norma internacional e norma constitucional, prevalece esta última. Apenas se o conflito legislativo circunscrever-se ao plano da legislação infraconstitucional, aí sim, poder-se-á adotar o entendimento de superioridade da legislação alienígena, sob o pressuposto de ser lei especial revogatória da lei geral.

²⁵⁹ SOUTO, M. J. V. *Desestatização ...*, p. 322.

²⁶⁰ PARIZI FILHO, J. Op. cit., p. 476.

inconstitucionalidades das normas internacionais, o Estado Brasileiro – premido pela necessidade do empréstimo – repete-as nos editais de licitação, traduzindo e publicando literalmente o que advém do ente financiador.

Essa submissão injustificada²⁶¹ é demonstrada por João Parizi Filho²⁶², com um relato empírico: em determinada licitação de um governo estadual, cujo objeto seria financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, o edital previa que o certame seria regulado pela Lei n. 8.666/93 e outros diplomas legais brasileiros subseqüentes. Dois dias após a publicação do edital, no entanto, veio uma *errata* do ente licitador, informando que, na realidade, o certame seria regulado pelas disposições do Contrato de Empréstimo então celebrado. Conclui o citado autor, daí, que os servidores públicos, que estavam a conduzir o certame em questão, simplesmente “revogaram” a lei brasileira, seja por “[...] acomodação, incompetência ou sujeição indevida a orientações de funcionários desses organismos internacionais.”²⁶³

Esses fatos não afastam uma realidade incontestável: aplicam-se constantemente as diretrizes internacionais, não obstante existirem conflitos em algumas situações, pois a intenção do Banco Mundial, através das suas normas, é alcançar alguns pontos por ele considerados fundamentais, que são economia, eficiência, competitividade, incentivo local e transparência.

O que não se deve, entretanto, é ignorar, para se atingir os objetivos elencados pelo Banco, os princípios basilares da legislação nacional, inseridos na Constituição Federal, que norteiam os procedimentos licitatórios, como bem exposto por Rosolea Folgosi.²⁶⁴

²⁶¹ Assim se qualifica esta conduta, na medida em que o Estado Brasileiro acata uma legislação contrária, inclusive, ao próprio sistema constitucional em alguns pontos, fundado unicamente na necessidade do empréstimo, acovardando-se diante de organizações – sequer soberanas – apenas por sua superioridade econômica. Prefere, assim, ser o covarde de todo este contexto, esquecendo-se, porém, que o herói nada mais é do que o covarde que não teve outra alternativa senão a de encarar a realidade, por uma questão de sobrevivência.

²⁶² PARIZI FILHO, J. Op. cit., p. 479.

²⁶³ PARIZI FILHO, J. Idem, *ibidem*.

²⁶⁴ FOLGOSI, R. M. Op. cit., p. 532.

4.2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

De início, esclarece-se que a perspectiva de análise do princípio da isonomia é exatamente aquela adotada no Capítulo III, sub-capítulo III.1 deste estudo, ao qual, por brevidade, remete-se o leitor.

Quanto ao princípio da isonomia - reinante no Direito Brasileiro nos âmbitos constitucional e infraconstitucional (art. 3º, Lei nº 8.666/93) – as diretrizes internacionais, de forma coerente, prevêm-no expressamente no item 2.1 das regras para aquisição de bens e contratação de obras e serviços.

Buscando a pretendida igualdade entre todos os potenciais concorrentes, o Banco Mundial entende que seus objetivos serão mais bem atendidos através de licitação pública internacional. Entretanto, as diretrizes internacionais prevêm expressamente a concessão de preferências para empresas locais do território do agente licitador, conforme disposto no item 1.3 das diretrizes para a aquisição de bens e contratação de serviços.

O tratamento mais benéfico aos entes locais poderá decorrer, também, da fase de pré-qualificação (quando esta for adotada), como previsto no item 2.9 das diretrizes internacionais para a aquisição de bens e serviços.

Além destes casos, as diretrizes para aquisição de bens e serviços fazem menção expressa, em seu item 1.6, ao fato de que os recursos dos empréstimos do Banco somente serão liberados para aquisição de bens e contratação de serviços prestados por suíços ou países membros do Banco.

Ressalta-se, ainda, que as preferências previstas nas diretrizes não são apenas retóricas, chegando o Banco ao extremo de detalhar a sua operacionalização prática, como se observa do item 2.54 e do Apêndice 2, ambos das diretrizes para aquisição de bens e serviços, que estabelecem as preferências para propostas que ofereçam bens manufaturados no país do mutuário e obras executadas por empreiteiros locais em países com um Produto Nacional Bruto inferior a um nível pré-fixado pelo Banco.

O Apêndice 2 citado vai ainda mais além, prevendo o procedimento para a outorga das aludidas preferências, inclusive classificando as propostas em grupos: Grupo A (propostas que oferecem bens produzidos no país do mutuário), Grupo B (propostas que ofereçam bens que já estejam dentro do país do

mutuário) e Grupo C (propostas que ofereçam bens de fora do país do mutuário e que serão importados).

O que se questiona, porém, diante desta realidade das diretrizes internacionais é se o incentivo²⁶⁵ às empresas locais não fere o art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 8.666/93, que veda tratamentos discriminatórios entre concorrentes nacionais e estrangeiros, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais.

Indaga-se, também, agora à luz dos preceitos constitucionais, se, no momento em que o Banco Mundial prega a utilização da licitação internacional²⁶⁶, não haveria violação da igualdade entre os potenciais concorrentes, quando ele nega o repasse dos seus recursos para licitantes que não façam parte dos seus países membros.

Parece claro que, em ambas as situações, há violação das normas nacionais. A única distinção é que, na primeira hipótese, viola-se a legislação infraconstitucional (Lei nº 8.666/93), enquanto que, na segunda, a violação é mais séria, pois atinge dispositivo de matriz constitucional, e mais, de natureza principiológica e representativo de um direito fundamental de todos os cidadãos, o que, como visto no Capítulo anterior, altera totalmente a solução da questão.

Nesse ponto, Maria Silvia Zanella Di Pietro²⁶⁷ é bastante clara, ao considerar que, não obstante o artigo 42 da Lei nº 8.666/93 permita a utilização das diretrizes internacionais de licitação em certames financiados por agências internacionais de fomento, a regra ali inserida é (ao menos à luz da legislação nacional) uma explícita aplicação do princípio da isonomia, pois iguala, nos seus parágrafos, todas as situações de disparidade que possam existir entre as propostas de um licitante estrangeiro e um licitante brasileiro, concluindo que é impossível se afastar a isonomia e a competitividade nas licitações, não havendo meios dos acordos internacionais disporem contrariamente aos princípios constitucionais em geral, tornando-se sem efeito qualquer acordo internacional firmado pelo Brasil, que contrarie preceitos fundamentais da Constituição.

²⁶⁵ Não obstante louvável para o desenvolvimento do país tomador do empréstimo, que, via de regra, não é completamente desenvolvido.

²⁶⁶ Esta, sob a óptica da lei brasileira, constitui-se em um certame aberto a empresas nacionais e estrangeiras habilitadas para tal fim.

²⁶⁷ PIETRO, M. S. Z. D. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, p. 284.

Foi-se a época em que havia distinção, no direito brasileiro, para beneficiar a empresa brasileira de capital nacional. Desde 1995, por força da Emenda Constitucional n. 6, esta distinção não existe mais, nem mesmo as eventuais prerrogativas porventura outorgadas a empresas desta natureza na contratação com o Estado – prerrogativas que decorriam do parágrafo 2º do artigo 171 da Constituição Federal. Com a revogação do dispositivo constitucional, o que era realidade, corretamente²⁶⁸ virou lenda, instituindo-se um novo regime que não admite qualquer distinção entre as empresas conforme a origem de seu capital.

Ressalta-se, neste aspecto, o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto:

Não há, pois, fundamento para se converter o procedimento licitatório em instrumento de favorecimento da empresa brasileira de capital nacional em detrimento do fornecedor estrangeiro, através de restrições em matéria de documentação, de discriminação no julgamento das propostas em razão da origem, ou de limitações de unidade do objeto.²⁶⁹

Assim, diante do dispositivo do artigo 5º da Constituição Federal, que coroa o princípio da isonomia e o erige à condição de direito fundamental, é inegável que a outorga das preferências a licitantes locais brasileiros – quando o país é o tomador do empréstimo internacional junto ao Banco Mundial (financiador do objeto licitado) – é inconstitucional, se usada como critério de classificação das propostas, como determina o Banco. O critério só será válido se adotado como forma de desempate.

4.3. A DISTINÇÃO DE ORIGEM DAS LICITANTES E OS CONSÓRCIOS

Enquanto as diretrizes internacionais violam a legislação nacional, estabelecendo critérios disformes para beneficiar os licitantes locais do país tomador do empréstimo, o legislador nacional – acuado pela necessidade de

²⁶⁸ Especialmente nos dias atuais, onde a globalização impõe um constante relacionamento comercial entre os países e suas empresas.

²⁶⁹ SOUTO, M. J. V. *Licitações ...*, p. 154.

recursos internacionais – injustificadamente cria regras benéficas aos licitantes estrangeiros.

Nos casos de consórcios de empresas para participação em licitações, a regra geral, por força do artigo 33, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.666/93, é a liderança ser atribuída à empresa nacional integrante do consórcio, sempre que houver associação com empresa estrangeira. Ou seja, atribui-se preferência à empresa nacional para o domínio interno do grupo de consorciados.

Entretanto, nas licitações com financiamentos de organismos internacionais de fomento, a situação será diversa. Nestes casos, a liderança não necessariamente será de empresas nacionais, podendo ser atribuída a consorciada estrangeira. Por disposição expressa constante do artigo 32, parágrafo 6º, da Lei de Licitações, nestas licitações não se aplica a regra salutar existente em prol das empresas nacionais quando integrantes de consórcio de empresas.

Mais um típico caso, onde – nas palavras de João Parizi Filho²⁷⁰ – sem necessidade o legislador nacional cedeu em favor do grande poderio econômico de grandes empresas integrantes de países com força capital e tecnológica, o que dificulta a concorrência para as empresas nacionais.

4.4. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Também neste tópico, esclarece-se que a perspectiva de análise do princípio da publicidade é aquela adotada no Capítulo III, sub-capítulo III.1, desta dissertação, ao qual, por brevidade, remete-se o leitor.

A publicidade, entendida nos mesmos termos do princípio constitucional brasileiro, é pregada pelo Banco Mundial, a fim de possibilitar a contratação da melhor proposta para a execução do objeto licitado com a maior eficiência e economia, sendo – na visão do financiador – essencial para garantir o bom uso dos recursos do empréstimo e combater a fraude e a corrupção.

Na retórica inicial, o Banco Mundial prevê, inclusive em seu Manual Operacional (item 8), que, para promover a transparência da contratação, exige-

²⁷⁰ PARIZI FILHO, J. Op. cit., p. 478.

se a divulgação pública da licitação, o uso de procedimentos abertos, onde esteja incluída a possibilidade dos licitantes perdedores receberem explicações das razões da não seleção de sua proposta e outras formas possíveis de se dar publicidade aos atos do certame. Isto tudo, ao menos em tese.

Nesse sentido, quaisquer projetos eventualmente existentes e relacionados ao objeto da licitação devem ser objeto de publicidade antes de encaminhados os convites aos participantes, como previsto no item 2.7 das diretrizes para aquisição de bens e serviços.

Também visando dar publicidade, quando se estiver diante de aquisição de bens e contratação de obras, previamente à realização da licitação, o ente licitador – tomador do empréstimo junto ao Banco Mundial – deverá enviar ao Banco um “Comunicado de Aquisição”, contendo informações sobre o tomador do empréstimo, o seu valor e finalidade, data de disponibilidade dos documentos da licitação ou de pré-qualificação e outros.

Todo este extrato do empréstimo e do serviço a ser licitado deverá ser, ademais, publicado em um veículo de comunicação das Nações Unidas, chamado *Development Business*, e ser objeto de comunicação aos representantes locais de países membros do Banco Mundial, que possam ser potenciais concorrentes para a licitação – estando este procedimento previsto nos itens 2.8 e 2.9 das diretrizes para a aquisição de bens e contratação de serviços e atendendo ao disposto no art. 21, da Lei nº 8.666/93.

Abre-se um parêntese, aqui, para se ressaltar que, antes do lançamento do edital para as publicações, o mutuário (tomador do empréstimo) deverá fornecer ao Banco a minuta dos documentos da licitação, para que sejam verificadas eventuais modificações entendidas pelo Banco como necessárias, conforme disposto no item 1.11 das diretrizes do Banco para aquisição de bens e serviços e no item n. 2 do seu Apêndice n. 1.

Nesta situação, até existe a possibilidade do ente licitador (mutuário) adiantar-se ao Banco Mundial e promover a licitação, porém, chega-se ao cúmulo de, caso não sejam aceitos os termos da documentação da licitação pelo Banco, este poder negar-se ao repasse do empréstimo, arcando o mutuário com as

conseqüências de sua conduta²⁷¹. Demonstra-se, assim, a tamanha ingerência do Banco nos certames e na sua “livre” condução pelo ente licitador.

Embora a publicidade da licitação a ser realizada seja pregada pelas diretrizes, para fins de divulgação da licitação tanto em âmbito local do ente licitador, quanto em âmbito internacional, possibilitando-se, com isto, a participação de todos os países membros do Banco Mundial, observa-se que, no restante, ela não ganha tanta ênfase pelas regras internacionais ou, ao menos, dela não decorrem conseqüências práticas, gerando, inclusive, por via reflexa, a violação de outros dispositivos constitucionais, que também integram o rol dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não havendo ampla publicidade de todos os atos praticados numa licitação, impossibilita-se, inclusive, a plena eficácia do princípio da isonomia, pois os concorrentes não terão plenas condições de concorrer – entendido o ato de “concorrer” como a plena participação desde a fase da elaboração das propostas até a fase de recurso contra a decisão final da Comissão de Licitação.

O que se constata das diretrizes internacionais, no entanto, foi que elas se limitam a prever ampla publicidade somente dos atos da licitação voltados para a divulgação do certame, esquecendo-se, porém, de atos extremamente relevantes como a publicidade do julgamento em sua integralidade. Preferem, ao invés, no que tange à publicidade, limita-la a um mero *Relatório Final de Julgamento*, que normalmente é utilizado na prática de tais certames financiados com recursos do exterior.

Desconsideram as diretrizes, porém, que não basta o simples acesso dos concorrentes a este relatório que reflete o resultado do certame, pois, como afirmado por José Afonso da Silva²⁷², aproveitando-se de trecho de Hely Lopes Meirelles, todos os atos praticados no certame - desde os pareceres, despachos intermediários e finais, atas de julgamentos, contratos com quaisquer interessados, comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes - constituem-se em documentos da licitação, dos quais deve ser dada ampla publicidade aos concorrentes, possibilitando-se, inclusive, a extração de fotocópias autenticadas.

²⁷¹ Ver item 1.9 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de serviços.

²⁷² SILVA, J. A. da. *Curso ...*, p. 565.

A ampla publicidade da licitação, abrangendo desde o seu nascimento até a conclusão do certame, possibilitará, inclusive, aos concorrentes preteridos, que exerçam seu direito constitucional de recorrer administrativa ou judicialmente.

Nunca é demais ressaltar que a publicidade, enquanto princípio constitucional, é inafastável em todo e qualquer processo administrativo, garantindo-se, através dela, a segurança do direito dos cidadãos perante o Poder Público.²⁷³

Nesta linha de raciocínio, negar-se publicidade aos atos da licitação é o mesmo que “jogar no lixo”, juntamente e por via reflexa, mais dois princípios constitucionais, quais seja: a ampla defesa e o contraditório. Tanto é evidente a ligação entre publicidade, ampla defesa e contraditório, que, analisando tema vinculado com o ora enfrentado, Edgar Antonio Chiuratto Guimarães²⁷⁴ resumiu a garantia de defesa dos interessados, abrangendo, dentre outros atos, a ciência dos interessados quanto a todos os atos praticados, a possibilidade de acompanhar a prática de todos os atos da instrução e utilizar-se dos recursos previstos em lei.

Em suma, no momento em que as diretrizes limitam o resultado propriamente dito da licitação à publicidade de um breve relatório final acerca das propostas analisadas, estão violando claramente o princípio da publicidade, que é inafastável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Viola-se o aludido princípio, e, por conseqüência, impossibilita-se a ampla defesa dos concorrentes, pois, quem não tem conhecimento integral dos autos do processo administrativo da licitação não pode adequadamente concatenar suas razões recursais.

A violação ao direito de defesa do licitante, por sua vez, não só é repreensível a luz do direito brasileiro, mas também do direito comparado, bastando verificar que o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia, decidindo acerca de violação desta natureza em processo dirigido contra os interesses de determinado cidadão, afirmou expressamente que o direito de

²⁷³ GUIMARÃES, E. C. Op. cit., p. 47.

²⁷⁴ GUIMARÃES, E. C. Idem, p. 56.

defesa “[...] constitui um princípio fundamental do direito comunitário e deve ser garantido mesmo na falta de regulamentação especial.”²⁷⁵

Nem se alegue que tal vedação aos documentos licitatórios não ocorre na prática, pois a jurisprudência desmente tal afirmação. Exatamente o caso ora questionado, ou seja, licitação com recursos do exterior, vinculada às diretrizes do OECF, onde a Comissão de Licitação simplesmente possibilitou acesso dos concorrentes ao relatório final de julgamento, proibindo seu acesso a mais de 10.000 (dez mil) páginas de documentos das propostas técnicas, foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, como se constata de trecho da decisão:

O pronunciamento do Relator, ao negar tal pedido de reconsideração, está assim anotado: *‘Com efeito, a Lei 8.666/93, assegura, em seu art. 3º, entre outros princípios, a publicidade da licitação. Por isso, **ainda que o respectivo edital não a tenha previsto expressamente, é de rigor o acesso dos participantes aos documentos do processo licitatório.** Se assim não for, não terá o interessado meios de verificar se a sua exclusão ocorreu ou não com observância dos outros princípios do referido dispositivo legal, isto é, legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade.*²⁷⁶

Afora a adoção da ultrapassada e censurada prática do segredo de certos documentos da licitação, alerta-se também que, mesmo com toda a publicidade prevista na divulgação da licitação, as diretrizes também não têm previsão recursal em esfera administrativa.

Isto obviamente não significa que os recursos previstos na Lei de Licitações estejam afastados de tais certames financiados pelo Banco Mundial, quando realizados em território brasileiro, porém, se mal aplicada a regra, pode fazer com que os acudados e submissos agentes licitadores entendam no sentido desfavorável à sua plena aplicabilidade. Confira-se, neste particular, a posição adotada por Rosolea M. Folgosi:

Primeiramente porque o princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, não permitiria tal cerceamento. E, ademais, as próprias *Guidelines*, em diversos tópicos, disciplinam meios para a licitante demonstrar sua contrariedade ao edital e às decisões da Comissão de

²⁷⁵ Acórdão de 14/02/1990, proferido no processo nº C-301/87. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/pt/>>. Acesso em: 16 out. 2006.

²⁷⁶ Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, proferida no Agravo de Instrumento nº 69.188-3, pela 1ª Câmara Cível, rel. Des. Sydney Zappa, DJ 26.10.1998 (grifos originais).

Licitação. [...] Devem os entes licitadores, na omissão das *Guidelines*, utilizar os instrumentos constantes da legislação brasileira.²⁷⁷

É desnecessário se reiterar – diante do posicionamento até aqui adotado – que a aplicação da ampla defesa e do devido processo legal com todos os meios e recursos que lhe são inerentes é direito inafastável não apenas no Brasil, mas sim em qualquer Estado Democrático de Direito.

4.5. O DEVIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Adentrando nas peculiaridades do procedimento licitatório, constata-se que as regras internacionais, através de procedimento não vedado pela legislação brasileira de licitações (art. 114 da Lei nº 8.666/93), prestigiam, em casos de obras de grande complexidade e serviços especializados, a pré-qualificação, limitando o certame unicamente aos concorrentes previamente habilitados. Possibilitam, ainda, a utilização de tal procedimento prévio até mesmo para se verificar eventuais preferências a serem outorgadas a licitantes locais, conforme previsão do item 2.10 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de serviços.

Assim, tão logo a pré-qualificação esteja concluída, os documentos licitatórios são enviados aos licitantes, impondo-se a permissão de participação na licitação a todos os licitantes que satisfaçam os critérios especificados no edital.

Nos casos em que não seja procedida a pré-qualificação dos candidatos, as diretrizes, fugindo ao procedimento de fases previsto no art. 43 da Lei nº 8.666/93, estabelecem uma pós-qualificação²⁷⁸, ou seja, primeiramente, todas as propostas - sem qualquer análise dos requisitos de habilitação - serão abertas na hora e local estipulados no instrumento convocatório, podendo os licitantes estar presentes ao ato no qual são verificadas as propostas, conforme item 2.44 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de serviços. Até aí não há distinção com o sistema positivo brasileiro.

²⁷⁷ FOLGOSI, R. M. Op. cit., p. 546.

²⁷⁸ Conforme item 2.57 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de serviços.

Após a abertura das propostas e análise de sua regularidade (item 2.47 das diretrizes), o ente licitador deverá avaliar a proposta mais vantajosa para o interesse público²⁷⁹.

Feito isto, a proposta considerada mais vantajosa terá sua documentação de habilitação analisada pela Comissão de Licitação, como previsto no item 2.57 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de serviços, residindo, nesse ponto, uma das nevralgias das regras internacionais diante do sistema positivo brasileiro, pois, como se constata, invertem-se as fases de habilitação e classificação das propostas.

O que se indaga, desde logo, diante da inversão das fases da licitação ditada pelas diretrizes é se, a par dos benefícios trazidos com tal providência do Banco Mundial, não estaria sendo ferido o art. 4º, da Lei nº 8.666/93, que garante a todos os participantes das licitações a observância do procedimento especificado naquele diploma normativo, que tem uma seqüência de fases diversa da adotada pelas diretrizes internacionais.

Deixando-se de lado, ao menos por enquanto, a discussão sobre a legalidade desse procedimento, não se pode, entretanto, deixar de afirmar a inteligência da forma adotada, como bem resumido pela Rosolea Folgosi:

Trata-se de procedimento interessante, que poderia ser adotado em eventual modificação da Lei nº 8.666/93, visto que:

- a) agiliza o procedimento licitatório; a Comissão de Licitação só irá analisar os documentos da licitante que tenha ofertado o menor preço;
- b) não haverá recursos administrativos, liminares em processos judiciais etc. a respeito da habilitação de licitantes cujas propostas comerciais não as coloquem em boa classificação;
- c) dificulta conchavos entre licitantes, tais como aqueles em que vão à sessão de abertura com vários envelopes de preços, optando por um ou outro em face da presença de tais ou quais concorrentes.²⁸⁰

No entanto, não obstante os benefícios da referida inversão de fases do procedimento, é inegável, mais uma vez, que se viola a legislação nacional, apenas com o “atenuante” de se tratar de violação de norma infraconstitucional

²⁷⁹ Avaliação que deverá atender ao disposto no item 2.48 das diretrizes, que dispõe: “O objetivo da avaliação das propostas é determinar o custo de cada uma para o Mutuário, de forma a permitir comparação com base nos seus custos avaliados. Observado o disposto no parágrafo 2.57, será selecionada, para fins de adjudicação, a proposta de menor custo avaliado, e não necessariamente o preço mais baixo ofertado.”

²⁸⁰ FOLGOSI, R. M. Op. cit., p. 546/547.

(Lei n. 8.666/93), que deve ser solucionada conforme os critérios de direito constitucional e internacional expostos anteriormente.

4.6. O CURSO FORÇADO DA MOEDA NACIONAL

As diretrizes internacionais estabelecem, em seu item 2.29, que o edital da licitação deverá especificar as moedas em que deverão ser cotados os preços, o procedimento para conversão das moedas, moedas em que será pago o contrato, dentre outros, tudo com a finalidade, segundo o Banco, de proteger os concorrentes contra indesejadas variações cambiais, possibilitando que entes de países de moeda mais fraca recebam em moeda mais forte. Ademais, segundo as diretrizes internacionais, essa pretensa igualdade econômica entre os concorrentes será alcançada conforme seus itens 2.28 e seguintes.

Neste aspecto, é relevante verificar algumas particularidades das normas internacionais.

Uma das curiosidades existentes nas diretrizes é a possibilidade do licitante informar o valor total de sua proposta em uma moeda e indicar qual o percentual deste total deverá ser pago em moeda distinta da adotada na proposta (item 2.30 das diretrizes para aquisição de bens e contratação de obras).

Outra curiosidade encontrada nas diretrizes está nos seus itens 2.32 e 2.33, que estabelecem o pagamento do contrato a ser feito com uso da mesma moeda utilizada na proposta, e, para os casos de solicitação de pagamento em outras moedas, determinam a adoção das taxas de câmbio elencadas pelos licitantes em suas propostas.

Em razão das peculiaridades da moeda de pagamento a ser adotada nas licitações, relevante verificar-se que, não obstante a Lei nº 8.666/93 dispor no seu art. 42, *caput*, que as concorrências de âmbito internacional deverão se ajustar às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, os parágrafos do dispositivo normativo citado contém regras a serem observadas.

Na legislação nacional, observa-se que, quando se permitir aos licitantes estrangeiros a cotação de preço em moeda distinta da brasileira, da mesma forma ocorrerá com o licitante local - até aí, exatamente como disposto

nas diretrizes internacionais. Ocorre, porém²⁸¹, que o parágrafo segundo do artigo já citado dispõe que os pagamentos feitos aos licitantes brasileiros serão efetuados em moeda brasileira e, nos casos em que a proposta deste licitante local tenha sido cotada em moeda estrangeira, a conversão ocorrerá pela taxa de câmbio do dia anterior ao do efetivo pagamento.

Portanto, enquanto as diretrizes possibilitam a fixação dos preços nas propostas em qualquer moeda e o consequente pagamento do contrato na moeda constante da proposta, a legislação brasileira também possibilita a fixação de valores nas propostas em moeda estrangeira, porém, restringe os pagamentos aos brasileiros, necessariamente - ressalte-se,²⁸² em moeda brasileira.

Tal se deve, especialmente, ao disposto no Decreto-lei n. 857, de 11 de setembro de 1969, que consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil.

Além desta divergência entre os sistemas, as diretrizes fixam a conversão dos preços cotados em moeda estrangeira pela mesma taxa de câmbio da proposta, enquanto a lei brasileira estabelece a conversão à época do pagamento.

Neste caso, no mínimo compreensível é a previsão de nosso sistema jurídico, tendo em vista as constantes flutuações de nossa economia, especialmente no passado não distante, que poderiam acarretar uma imensa perda do valor real da proposta apresentada à época da licitação.

4.7. A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO

As diretrizes do Banco Mundial prevêm casos de contratação direta, independentemente de licitação, como bem resumido por Rosolea Folgosi:

Prevêm as *Guidelines* para aquisição de bens e serviços hipóteses de contratação sem licitação, o chamado *direct contract*, nos seguintes casos:

- prorrogação de contrato já existente [...];
- padronização de equipamentos;
- exclusividade de produtor;

²⁸¹ Aí residem as diferenças entre os sistemas normativos, que fazem com que se discuta acerca da legalidade das diretrizes internacionais.

²⁸² Em razão do curso forçado da moeda brasileira em território nacional.

- excepcionais (desastre).

Por seu turno, as *Guidelines* para contratação de empresa de consultoria prevêem a dispensa de licitação quando:

- a empresa já tenha executado serviço similar e mantenha bom relacionamento com o contratante;
- a empresa está trabalhando em um projeto similar;
- em ambos os casos, deve a empresa ser notoriamente capaz.²⁸³

Como já foi informado no início deste Capítulo, as diretrizes do Banco Mundial regulamentam não só a aquisição de bens e contratação de serviços, mas também a contratação de consultorias necessárias para projetos financiados pelo Banco Mundial. Nestes casos, volta-se o objetivo das regras internacionais para o alcance de qualidade, sendo, em determinadas situações, até mesmo secundária a questão do valor da proposta. Por voltar-se aos aspectos qualitativos da empresa a ser contratada, como exposto no item 2.1 das diretrizes para a contratação de consultorias, são avaliadas a idoneidade e experiência da licitante e sua equipe técnica.

A contratação de empresas para serviços de consultoria, nos termos das regras internacionais (item 2.6 das diretrizes), dar-se-á através de uma lista curta (*short list*), onde estarão incluídos os nomes de três a seis empresas tecnicamente qualificadas para o serviço licitado. Tais empresas constantes da lista serão convidadas a participar da licitação de serviços de consultorias, que, via de regra, são considerados pelo sistema brasileiro e pelas regras internacionais como serviços de natureza técnica.

Fazendo-se um aparte na explanação das diretrizes, deve-se lembrar que a Lei nº 8.666/93 também prevê, em seu art. 25, inciso II, a inexigibilidade de licitação quando se tenciona a contratar serviços técnicos elencados no art. 13 da mesma Lei. Por sua vez, o art. 13 elenca como serviço técnico a atividade de “assessorias ou consultorias técnicas.”

No que tange à lista curta de empresas a serem convidadas para a licitação, esta é elaborada com base em uma lista maior, mediante anúncios em embaixadas e associações profissionais. Visa-se, através de tal forma breve de seleção, evitar o desperdício de tempo na análise de uma infinidade de propostas, que, inclusive, podem ocasionar uma avaliação inadequada e desestimular as empresas que efetivamente interessam ao ente licitador.

²⁸³ FOLGOSI, R. M. Op. cit., p. 546-547.

Não se pode deixar de consignar que, muito embora a lista curta, num primeiro momento, possa se parecer com a modalidade de “convite”, previsto no sistema brasileiro, há distinções, pois, pelo previsto nas diretrizes internacionais, somente as empresas incluídas na lista poderão participar da licitação, enquanto no convite (art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93), além das empresas convidadas pela Administração Pública, podem participar do certame todos os que se habilitarem no prazo legal.

Além das considerações acerca do procedimento específico adotado para a contratação de consultorias, que se traveste em uma espécie de hipótese de inexigibilidade de licitação (não obstante o Banco Mundial exija licitação para tais contratações), nesses casos, como já afirmado, dá-se ênfase aos aspectos técnicos dos licitantes, analisando-se os seguintes itens das propostas, conforme item 2.14 das diretrizes para consultorias: experiência do licitante, qualidade da metodologia e do pessoal chave propostos, transferência de tecnologia e grau de participação do pessoal nacional dentre a equipe proposta.

Mesmo com ênfase nos aspectos técnicos, há casos em que a técnica é considerada em conjunto com o preço, porém, também nestas hipóteses, o Banco Mundial determina a preponderância do critério técnico de julgamento.

Em resumo, em comparação ao sistema brasileiro, as diretrizes internacionais adotam, preferencialmente, as licitações sob tipo de melhor técnica (art. 45, § 1º, II, da Lei nº 8.666/93), e, secundariamente, sob o tipo de técnica e preço (art. 45, § 1º, III, da Lei nº 8.666/93).

Neste ponto, quanto às diretrizes para a contratação de consultorias, elucidativo é o posicionamento de José Carlos de Magalhães:

De todo o elenco de procedimentos, tem relevo a preparação de uma ‘lista curta’ de consultores selecionados de uma lista mais ampla, feita com base numa lista maior obtida mediante anúncios de embaixadas e associações profissionais, do conhecimento do próprio Tomador, ou, em circunstâncias excepcionais, do Banco. Essas listas longas não devem ser usadas para convocar proponentes, em virtude das desvantagens que oferecem, sobretudo o consumo de tempo, com a possibilidade de avaliação inadequada e o desencorajamento das melhores firmas (§ 214). Tal critério, é evidente, reflete a experiência do Banco em todo o mundo e visa, como se nota na justificativa, evitar custos desnecessários

e possibilitar, ao mesmo tempo, a escolha que melhor convém ao Tomador.²⁸⁴

Não se pode perder de vista, porém, que, no Brasil, a falsa moralidade de algumas instituições licitadoras pode acarretar um grande e não recomendável direcionamento nos convites desta lista curta, comprometendo a competitividade da licitação e, juntamente, impossibilitando o alcance da melhor proposta para o interesse público envolvido na contratação licitada.

4.8. A PREVISÃO DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

As diretrizes internacionais, seguindo uma tendência mundial de celeridade na resolução de conflitos, prevêm, em seu item 2.42 (diretrizes para aquisição de bens e serviços), a instituição da arbitragem comercial internacional, para dirimir conflitos contratuais entre o ente licitador e o particular contratado.

Embora seja positiva a citada previsão, como na presente dissertação estão sendo analisadas as incongruências entre as imposições normativas das diretrizes e a legislação nacional, é inconcebível aceitar-se uma cláusula contratual desta natureza.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem, já no seu artigo 1º estabelece que a arbitragem só pode ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que, como se sabe, não é o caso dos contratos celebrados com o Estado, aos quais, por consagrarem interesses públicos, aplica-se o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Não há como se desconsiderar, portanto, que aqui reside mais uma ilegalidade das impositivas diretrizes internacionais frente à legislação brasileira.

4.9. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

²⁸⁴ MAGALHÃES, J. C. de. Op. cit., p. 60.

Como já foi visto anteriormente²⁸⁵, o princípio da legalidade permite a realização de um processo licitatório, cuja seqüência de atos (procedimento) é garantida como um direito público subjetivo dos participantes das licitações, quer nacionais ou internacionais, quer com recursos locais ou financiamentos internacionais.

A legalidade vai limitar toda atuação administrativa à lei, ou, em outras palavras, vai condicionar a Administração aos preceitos legais (no sentido estrito do termo, ou seja, conforme o artigo 59 da Constituição Federal).

Nesse prisma, o que se questiona - só como um dos exemplos de diferenças entre nosso sistema jurídico e as diretrizes internacionais - é se a inversão do procedimento de fases da licitação, imposto pelas regras internacionais, fazendo com que se analise primeiramente as propostas técnicas, para, somente em um segundo momento, verificar-se os requisitos de habilitação do licitante que detém a melhor proposta técnica, não viola a legalidade, pois a Lei nº 8.666/93 prevê procedimento bem diverso no seu art. 43.

Quanto a esta inversão de fases, que constitui apenas um dos exemplos citados acima, não obstante constituir medida inteligente, é questionável sob a perspectiva da sua legalidade, pois conflitante com o ritual de desenvolvimento da licitação prevista na Lei de Licitações.

Ademais, a observância do princípio da legalidade – vinculante de toda atuação estatal –, pelas diretrizes internacionais, será questionada sempre que se estiver diante de situações onde a expressa previsão da Lei nº 8.666/93 estiver sendo desconsiderada e se estiver adotando posição que pareça mais conveniente apenas ao organismo financeiro internacional.

4.10. A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NORMATIVOS

²⁸⁵ Ver Capítulo III, sub-capítulo III.1, supra.

Nos casos onde haja dúvida acerca do preceito a ser aplicado – a Lei nº 8.666/93 ou as diretrizes internacionais – a solução deverá ser buscada de acordo com a natureza da norma local contraditória com a regra internacional.

Neste sentido, em se tratando de preceitos da mesma natureza (infraconstitucional), aplica-se a lei posterior, que revoga a anterior. Nesta hipótese, aí sim se poderá afirmar que a Administração terá atendido ao princípio da legalidade, pois aplicou a lei vigente à época do fato – mesmo podendo esta ser uma lei internacional recepcionada pelo direito brasileiro como lei ordinária.

Porém, tratando-se de norma constitucional, certamente sucumbirá a regra internacional com ela conflitante.

Há casos, ainda, onde o conflito entre o direito internacional e a legislação constitucional – especialmente os princípios constitucionais fundamentais – não decorre de imposições divergentes acerca da mesma matéria, mas sim de lacunas do direito estrangeiro e, em paralelo, apesar de constatada a carência normativa, da não aceitação pela organização internacional do direito interno dos seus Estados-membros.

Neste ponto, quando se fala em lacunas do ordenamento jurídico, desde logo vem à tona a idéia de imperfeição, pois, do contrário, se houvesse perfeição do sistema, não existiriam “vazios” normativos não propositados e carentes de complementação.

E “[...] a deficiência a que chamamos ‘lacuna’ é afastada por meio da ‘integração jurídica’. O juiz atua ‘praeter legem’, ‘supplendi causa’ (‘supplet praetorio eo, quod legi deest’).”²⁸⁶

Como em qualquer sistema normativo, o direito internacional possui lacunas – ao menos se adotada a interpretação conforme o sistema jurídico brasileiro – que podem, dependendo do caso, dificultar a sua aplicação.

Demonstrando o que ora se alega, verificaram-se algumas incongruências das diretrizes internacionais do Banco Mundial, como, por exemplo, a não previsão de recursos contra o resultado final das licitações para contratação das obras financiadas pelo Banco.

²⁸⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 275.

Diante dessa realidade, justamente para facilitar a colmatação das lacunas à luz do direito interno dos Estados, especialmente quando se tratar de princípios constitucionais fundamentais, recorre-se à noção de sistema, entendido este como um conjunto harmônico de regras e princípios, dentro do qual estes últimos reinarão e constituir-se-ão vetores de todo o ordenamento. Dentro do sistema, desnecessário será prever-se, caso a caso, a aplicação, por exemplo, de princípios gerais, como a publicidade, igualdade, ampla defesa e contraditório. Enfim, princípios que serão aplicáveis em quaisquer casos, mesmo que, como já demonstrado, não previstos no direito internacional ou previstos de forma diversa, tendo em vista que consubstanciam verdadeiro direito fundamental inviolável.

Basicamente, parece claro que a identificação das lacunas do Direito Internacional e sua conformação aos princípios constitucionais fundamentais e demais regras constitucionais, garantirá o fim máximo do ordenamento como um todo, que é a sua harmonia e integração plena, em conformidade com seus princípios constitutivos, em defesa de sua unidade valorativa.²⁸⁷

²⁸⁷ CANARIS, C. W. Op. cit., p. 178.

CONCLUSÃO

Ao final desta dissertação, muitas conclusões podem ser extraídas, sejam de caráter metodológico, sejam quanto ao tema propriamente dito que foi pesquisado.

Sob a primeira perspectiva citada, observa-se que, em se tratando o tema daqueles não usuais e constantemente discutidos pela doutrina e pela jurisprudência, a dificuldade de desenvolvimento do trabalho seria bastante acentuada se não tivesse o autor optado pela sua realização através da abordagem dos institutos e categorias que o integram, sejam de Direito Administrativo, Direito Internacional Público e, principalmente, de Direito Constitucional. Ou seja, a interdisciplinaridade demonstrou-se não apenas importante, mas sim indispensável. Analisando isoladamente os institutos dos diversos ramos do Direito envolvidos nos Capítulos 1 e 2, pôde-se, assim, chegar ao Capítulo 3, com a pretensão de estar se atingindo a maturidade suficiente para o cotejo dos institutos isolados com as disposições constitucionais reflexamente atingidas.

O desenvolvimento do estudo demonstrou como um instituto centenário do Direito Administrativo – a licitação – sofre mutações com o tempo²⁸⁸, aplicando-se integralmente a conclusão da “lição síntese”²⁸⁹ proferida em 27 de Novembro de 1998 por Fausto de Quadros²⁹⁰, nas provas públicas de agregação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O autor citado afirma que, nos anos 20 do Século passado, Walter Jellinek ensinava que o Direito Constitucional passa, mas o Direito Administrativo permanece, para concluir o quanto é “inverdadeira” (sic) esta afirmação na atualidade portuguesa, onde o Direito Administrativo encontra-se em uma fase de constante re-elaboração.

Pode-se dizer o mesmo nesta pesquisa, onde, diante das globalização e do dinamismo das sociedades, sobretudo gerado a partir da força econômica de determinadas instituições, o Direito Administrativo - especialmente

²⁸⁸ O que sequer poderia deixar de ser assim, pois o Direito reflete a realidade social.

²⁸⁹ Terminologia aplicável pela legislação portuguesa de docência.

²⁹⁰ QUADROS, Fausto. *A nova dimensão do Direito Administrativo*, p. 52.

a licitação - está sofrendo uma séria re-elaboração ou, caso se queira ser menos radical, no mínimo está sofrendo uma grande releitura, especialmente quando os certames vêm acompanhados de financiamentos de agências internacionais de fomento.

Justamente neste ponto reside o objetivo geral deste estudo: demonstrar que a releitura da licitação em hipóteses específicas não deve simplesmente ser ditada pelas agências internacionais de fomento e sua pretensão legislativa.

Ao contrário, pretendeu-se demonstrar que o “poder normativo” outorgado às agências intergovernamentais é limitado e sujeita-se ao Direito interno dos seus Estados-membros, especialmente às disposições de natureza constitucional, pois não se pode aceitar que a Constituição da República Federativa do Brasil seja inferiorizada perante as disposições contidas em tratados e convenções internacionais, que aqui adentram sob a forma de leis ordinárias.

Ou seja, não se pode legitimar que sistemas normativos paralelos ao constitucional o revoguem ou o derroguem.

Para se chegar à necessária interpretação em conformidade com a Constituição nesses casos, foi necessário se superar os objetivos específicos propostos inicialmente no estudo.

Assim, iniciou-se pela construção da noção de licitação acatada pelo sistema positivo brasileiro nos âmbitos infraconstitucional e constitucional para demonstrar as garantias que integram o instituto e que se voltam à sua plena efetividade, isto é, ao alcance da competitividade e melhor economia ao ente público licitador.

Mais adiante se observaria que estas garantias, sem exceções – pois mesmo as infraconstitucionais têm sua origem na Constituição Federal –, não podem ser minoradas por atos normativos ditados pelas agências internacionais de fomento.

Na seqüência, passando-se à análise das agências internacionais de fomento ou, adotando-se uma terminologia mais precisa, das agências intergovernamentais, buscou-se demonstrar a natureza jurídica destas instituições, sobretudo para se concluir a origem de seus pretensos poderes

normativos. Aí se observou que a pretensão normativa de entidades desta natureza deve-se apenas à sua superioridade econômica. Ou seja, tais instituições têm o poder econômico e, por esta razão, pretendem ditar as regras de utilização dos recursos pelos seus Estados-membros tomadores. Porém, se analisar-se a questão à luz da natureza jurídica destas instituições, como foi feito no presente estudo, chega-se à conclusão de que elas pretendem que seus atos normativos tenham uma superioridade hierárquica que em verdade não têm.

Isto se deve ao fato de que estas instituições intergovernamentais têm natureza jurídica distinta dos aglomerados de Estados-membros atualmente constituídos como Comunidades Econômicas. Sob a perspectiva do Direito Comunitário, os aglomerados estatais formados têm superioridade hierárquica em relação a seus Estados-membros, pois estes abdicam de sua soberania em prol do ente maior. Porém, no caso das organizações intergovernamentais a situação é diferente. Seus Estados-membros não abdicam de soberania, apenas integram um ente internacional, em decorrência de um tratado constitutivo, não fazendo qualquer espécie de concessão de soberania, o que faz com que, no sistema brasileiro, diplomas normativos internacionais recepcionados só tenham aplicabilidade caso não destoantes do sistema constitucional.

Neste sentido, agregando-se as normas constitucionais que cercam a licitação e as regras internacionais, não há como se extrair outra conclusão, senão a de que a unidade e a ordenação que cercam o sistema jurídico brasileiro geram limites às pretensões normativas das organizações intergovernamentais de fomento, especialmente quando as regras alienígenas confrontam com princípios constitucionais.

Isto faz com que uma postura constitucionalista seja fundamental, sobretudo para se preservar os “valores” plasmados na Constituição, que refletem a própria essência do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Do contrário, a violação do texto constitucional seria a própria negação da autoridade máxima da Constituição em prol de atos normativos internacionais, que só podem ter validade efetiva como leis ordinárias.

E como conclusão maior chega-se à resposta do principal questionamento que gerou esta dissertação: *nas licitações internacionais, os atos*

normativos emanados das agências internacionais de fomento devem derrogar ou revogar o direito interno brasileiro?

A resposta, ao menos sob o enfoque constitucional, é negativa. Pretendeu-se demonstrar neste estudo que, mesmo com a legislação internacional dispendo contrariamente à legislação brasileira sobre determinados aspectos que cercam as licitações, as regras e princípios constitucionais prevalecem enquanto normas e não podem ser contrariados.

Apenas no âmbito infraconstitucional, onde estará situada também a legislação internacional recepcionada como lei ordinária, é que haverá conflitos normativos regradados, à luz da Teoria Dualista, pelos princípios da anterioridade e da especialidade, para a aferição da prevalência do direito internacional ou do interno.

Porém, o que se conclui com clareza é que, na restrita seara constitucional, o interesse público do Estado Brasileiro e de toda a sua sociedade - concretizado na Constituição Federal, ao menos em linhas gerais - deve prevalecer ao interesse isolado dos organismos internacionais de fomento.

Assim, recomenda-se aos aplicadores do Direito cautela na interpretação dos atos normativos ditados pelas agências internacionais de fomento, especialmente para se compatibilizar as disposições internacionais com o Texto Constitucional, o que certamente é possível e devido na quase totalidade das situações.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. 6. tiragem, revisada por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Atalaya, 1975.
- BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado Contemporâneo deixa de ser empresário? In: GEVAERD FILHO, Jair Lima; TONIN, Marta Marília (coords.). *Direito Empresarial e cidadania – questões contemporâneas*. 1. ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. P. 124-153.
- BITTENCOURT, Sidney. *Estudo sobre licitações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico (Desenvolvimento econômico. Bem estar social)*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. II vol. – O ordenamento jurídico comunitário. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *Direito Comunitário*. II vol. – O ordenamento jurídico comunitário. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARDONA, Alejandro Ramírez. *Sistema de hacienda pública*. Bogotá: Temis Librería, 1980.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Contratos internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Paulo Marcio. *Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Ciudad Argentina, 2001.

_____. Entrevista. *Informativo Licitações & Comércio*, São Paulo, Editora Zênite, n. 42, ago., 1997.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, [20--].

ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da Administração Pública* (Esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. I. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estado analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GEVAERD FILHO, Jair Lima. *Direito societário – teoria e prática da função*. Curitiba: Gênese, 2001.

_____; TONIN, Marta Marília (Coords.). *Direito Empresarial e cidadania – questões contemporâneas*. 1. ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1. ed. colombiana - Medellín: Biblioteca Jurídica Díké, 1998.

_____. *La Administración paralela*. Madrid: Civitas, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Edgar Chiuratto. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações. *Revista do Tribunal de Contas do Paraná*, n. 129, p. 41-65, jan./mar., 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LEÃO, Eliana Goulart. Concorrências Internacionais. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, p. 90, março, 1992.

LEISTER, Valnora. *A concorrência como instrumento de cooperação internacional*. Disponível em: <<http://www.dipnet.com.br>>. Data do texto: 01.08.2003. Acesso em: 19 jan. 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, São Paulo, n. 61, p. 66, 1975/1979.

_____. Obrigatoriedade de observância das normas sobre licitação do BIRD. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 727, p. 55/63, maio, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 – Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 14. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Para o Conceito de Constituição Econômica. Coimbra: Tese. Policopiado, [20--].

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios da licitação. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo, n. 5, set., NDJ, 1995.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional. Cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PARIZI FILHO, João. A sujeição de licitações brasileiras às normas internacionais. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, p. 476-480, set., NDJ, 2000.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras. Uma visão constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 93, Data do texto: 04/10/2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4286>>. Acesso em: 07 jul. 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

PIOVESAN, Flavia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo – O direito administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 2001.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 62, fasc. 2, p. 81-134, 1967.

REUTER, Paul. *Instituições internacionais*. [Sine loco]: Rolim, [20--].

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito Internacional Público – Curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Jurisprudência do Supremo e Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário*, Seção Conferências e debates, São Paulo, RT, ano 10, n. 37, p. 121, jul./set., 1986.

RIBEIRO, Manuel de Almeida. *A organização das Nações Unidas*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROJO, Margarita Beladiez. *Os princípios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. 1. ed. 3. reimpressão. Madrid: Alianza, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Finalidades e objeto da licitação e do contrato. Aula proferida no "Simpósio do Centro de Estudos de Direito Rodoviário", publicada no volume *Estudos sobre a Lei Paulista 10395/1970*. São Paulo: Cedro, 1971. P. 45/60.

_____. Direito regional econômico, Direitos Humanos e Direito Comunitário. In: PIOVESAN, Flavia (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. P. 17-38.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez., 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELASCO, Manuel Diez de. *Laz organizaciones internacionales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

VIANNA, Regina Cecere; MOREIRA, Felipe Kern. O papel atual das organizações internacionais e a inserção brasileira. *Âmbito Jurídico*, mar., 2001. Disponível em: <<http://www.com.br/aj/di0003.html>>. Acesso em: 16.ago.2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no Direito, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, Coleção acadêmica de Direito, vol. 33, p. 53-64, 2000.

VIRALLY, Michel. *L'Organisation mondiale*. Paris: Armand Colin, 1972.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional no Brasil: tributação das operações internacionais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)