

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LICITAÇÃO PÚBLICA

MESTRANDO: JOEL DE MENEZES NIEBUHR

Florianópolis, setembro de 1999.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LICITAÇÃO PÚBLICA

JOEL DE MENEZES NIEBUHR

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – especialidade Direito.

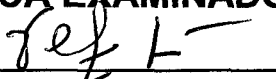
Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis, setembro de 1999.

A dissertação "Princípio a Isonomia na Licitação Pública", elaborada por Joel de Menezes Niebuhr e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

BANCA EXAMINADORA:



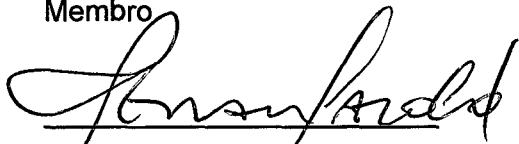
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Presidente



Prof. Dr. Adilson Abreu Dallari

Membro



Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Membro

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi

Membro Suplente

Prof. Mesc. Leilane Zavarize da Rosa

Membro Suplente



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Orientador



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balhazar

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

AGRADECIMENTOS

A Péricles Prade, *Professor* na mais elevada amplitude do termo.

Ao Prof. Volnei Ivo Carlin, pela atenção dispensada e pelas contribuições indispensáveis a esta dissertação.

Aos membros da Banca Examinadora, Prof. Adilson Abreu Dallari e Prof. Cesar Luiz Pasold.

RESUMO

Esta dissertação está centrada na análise do princípio da isonomia na licitação pública. Nela o pesquisador propõe-se a investigar cientificamente as implicações jurídicas impostas por referido princípio.

O conceito normativo de princípios jurídicos relacionado à importância da isonomia como expressão do valor de igualdade ao Direito constitui o aporte teórico que fundamenta a hipótese da pesquisa, qual seja, a vinculação conceitual da licitação pública ao princípio da isonomia.

Agrega-se a necessidade de se evidenciar as conexões da isonomia com os demais princípios da licitação pública. Assim, além da perspectiva conceitual, são contextualizados os mais relevantes princípios que incidem sobre o instituto licitatório e sua compatibilidade com o preceito isonômico.

Enfim, examina-se a legislação pertinente à licitação pública, deduzindo interpretação dos preceitos normativos à luz do princípio da isonomia.

A dissertação está comprometida com uma concepção de vanguarda a respeito da licitação pública, sempre pautada pela justiça e moralidade que são próprias dos princípios jurídicos e, com ênfase, da isonomia.

RESUMEN

Esta disertación está centrada en el análisis del principio de la isonomía en la licitación pública, en la cual el investigador se propone pesquisar científicamente las implicaciones jurídicas de ello.

El concepto normativo de principios jurídicos relacionado a la importancia de la isonomía como expresión del valor de igualdad al Derecho constituye el aporte teórico que fundamenta la hipótesis de la investigación, es decir, la vinculación conceptual de la licitación pública al principio de la isonomía.

Se agrega la necesidad de evidenciar las conexiones de la isonomía con los demás principios de la licitación pública. Así, además de la perspectiva conceptual, son contextualizados los más relevantes principios que inciden sobre el instituto licitatorio y su compatibilidad con el precepto isonómico.

Finalmente, se examina la legislación pertinente a la licitación pública, deduciendo la interpretación de los preceptos normativos a la luz del principio de la isonomía.

La disertación está comprometida con una concepción de vanguardia con respecto a la licitación pública, siempre pautada por la justicia y a moralidad que son propias de los principios jurídicos y, con énfasis, de la isonomía.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO PRIMEIRO	
PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	15
1 A DIMENSÃO AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	15
2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	22
3 PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS: QUALIDADE NORMATIVA.....	26
4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	36
4.1 Quanto ao modo de expressão.....	36
4.2 Quanto à existência.....	39
5 A FUNÇÃO SISTÊMICA E INTEGRATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	42
6 O CONCEITO OPERACIONAL DE PRINCÍPIO JURÍDICO.....	46
CAPÍTULO SEGUNDO	
PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	48
1 A IGUALDADE COMO CONDIÇÃO DE JUSTIÇA.....	48
2 A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO VALOR DE IGUALDADE.....	56
3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	60
4 OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA JUSTIÇA SOCIAL.....	66
5 A DIMENSÃO NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	70
CAPÍTULO TERCEIRO	
LICITAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONCEITUAIS DESTACADOS.....	77
1 REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	77

2	CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA: A TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA.....	83
3	O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	92
4.	LICITAÇÃO PÚBLICA: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.....	100

**CAPÍTULO QUARTO
OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....108**

1	A REDE PRINCIPIOLÓGICA DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	108
2	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	112
3	PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	117
4	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	122
5	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	126
6	PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE.....	130
7	PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.....	133

**CAPÍTULO QUINTO
LEI DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: ASPECTOS ISONÔMICOS
DESTACADOS.....137**

1	DISPOSIÇÕES GERAIS.....	137
2	MODALIDADES DE LICITAÇÃO PÚBLICA.....	143
3	DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	149
4	FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	156
5	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E LICITAÇÃO PÚBLICA.....	164
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	170
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	177

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é o princípio da isonomia na licitação pública. Será analisado todo o certame sob o enfoque principiológico, conferindo proeminência ao preceito isonômico.

A licitação pública é um procedimento administrativo que visa a lograr o melhor contrato à Administração, cotejando as propostas que lhe são apresentadas, sempre se pautando pelo princípio da isonomia. Desta sorte, discorre-se acerca da licitação pública iluminada pelo princípio da isonomia, determina-se sua relação com os demais princípios que informam o instituto e examina-se as mais importantes regras que a operacionalizam.

Três são os elementos pontuais da pesquisa. Parte-se dos princípios, destacando o da isonomia, aplicando-o às licitações públicas. Portanto, não se trata de um estudo que se restrinja à abordagem dogmático-administrativa, pois inevitável é tecer considerações concementes à própria Teoria do Direito, à Filosofia e a outras disciplinas conexas.

Seguindo essa linha, a perspectiva do trabalho é eminentemente teórica. Acredita-se na valia de aprofundar o conceito de licitação pública, definir os princípios que lhe dão causa e determinam sua aplicação, a fim de que, visualizando este arcabouço que a envolve, se resgate seus propósitos primários a uma hermenêutica consentânea aos valores sociais.

A escolha do tema decorre de pesquisa anterior, que levou título idêntico, realizada ainda no Curso de Graduação. Aquele trabalho, apesar de sem grandes pretensões, concorreu, por ocasião do XI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo em 1997, e saiu-se vencedor do Concurso Nacional de Monografias então realizado, tendo sido agraciado com o Prêmio Professor Tito Prates da Fonseca.

Essa feliz e marcante experiência, que proporcionou a este pesquisador o prazer em receber tão honrosa distinção, bem como de ser reconhecido com láurea que revive a saudosa memória de um dos grandes administrativistas nacionais, firmou a convicção da relevância dos temas de Direito Público e incentivou a continuação da pesquisa, aprimorando-a, ou melhor, refazendo-a durante o Curso de Mestrado da

Universidade Federal de Santa Catarina. Essa nova fase propiciou-lhe ampliar o espectro de seus conhecimentos, e, primordialmente, aprofundar-se na teoria dos princípios jurídicos.

Pode-se considerar tal teoria como de vanguarda, haja vista que a plena normatividade dispensada aos princípios jurídicos provém de estudos recentes, inspirados, em especial, na obra de Ronald Dworkin.¹ O núcleo do pensamento que o permeia centra-se na correspondência dos princípios à moral, desenhando a ciência jurídica à luz da justiça. *Rectius*, a teoria dos princípios jurídicos é o instrumento sobre o qual se concebe e se analisa a licitação pública.

Este aporte teórico oferece amplas possibilidades ao pesquisador, dado que, salientando os respectivos princípios, os debates que envolvem a coisa pública - e, dentre seus quadros, a licitação - afloram por todo o país.

O regime jurídico público tem contorno peculiar, sendo oportuna a sua correta apreensão.

Os bens e os interesses que a todos pertencem são objeto de um regime jurídico especial, porque representam aquilo que é público e que não se encontra na esfera de disponibilidade de quem quer que seja. Por um lado com o escopo de satisfazer os reclames da coletividade e de conservá-la, o regime público goza de prerrogativas e privilégios, por outro, visto que a ninguém é lícito arrogar-se a propriedade dele, é a ele imposto um tanto de requisitos para preservar um agir equânime e moral.

A constante tensão entre as prerrogativas que lhe são conferidas e a exigência de uma conduta equânime, traduz a essência do regime jurídico público e desafia os cientistas do Direito a aferir a verdadeira razão que revela a compatibilidade entre ambos os pólos.

Dentro desse largo conceito, a Administração Pública está encarregada de gerir os interesses e os bens da coletividade. Para tanto, sua atividade estende-se por vários setores mediante complexa estrutura operacional e jurídica. Dimana de seus objetivos precípuos, por ilação, a construção de uma disciplina jurídica administrativa, ou, como se queira, do Direito Administrativo, isto é, o ramo da ciência jurídica que sistematiza as normas concernentes à atividade administrativa pública, estabelecendo os contornos de seu exercício.

Sucedem que, com a crescente complexidade das relações sociais, a Administração Pública encontra-se num estado de ininterrupto aperfeiçoamento, devendo

¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

adequar-se, sob pena de ineficiência, às mudanças e aos novos anseios que se erguem dia a dia. O social avança a passos largos: são novas tecnologias, novas celeumas e novos atores que emergem em face da Administração,² forçando o Direito Administrativo a normatizá-los.

Trazendo a lume a necessidade de se efetivarem as finalidades que se inferem dos reclames sociais e, no mesmo desígnio, fazê-los com equidade, importa à Administração, em última instância, ser eficiente e tratar todos os particulares com igualdade, o que denota os princípios da eficiência e da isonomia. Embora sem exaurir o arcabouço atinente à atividade administrativa, tais princípios expressam uma noção muito próxima dos valores sociais que lhes são fundamentais.

Dentre os inúmeros atos jurídicos a serem praticados pela Administração para respaldar o interesse público, está a celebração de avenças, denominadas contratos administrativos. É que seus órgãos não são auto-suficientes, necessitando da mais variada gama de serviços, objetos e obras, por exemplo, a serem prestados por terceiros.

Destarte, para que tais contratos administrativos se aprumem à necessária equidade inerente ao trato da coisa pública, há de se fazer com que todos os interessados em contratar com a Administração tenham a mesma oportunidade, transparecendo o princípio isonômico. Todavia, estes contratos precisam reunir o melhor preço, a melhor qualidade e serem efetuados com agilidade, porque só assim são hábeis a atender os reclames sociais.

Convém assinalar que os contratos administrativos são um dos instrumentos mais usuais da Administração Pública e que, pela proporção da atividade administrativa, são com freqüência de elevado montante financeiro. Daí transparece a atração que tais negócios exercem sobre os particulares, incitando, muitas vezes, a prática de atos de corrupção, tanto por parte dos agentes administrativos, quanto daqueles interessados em celebrá-los. Desse modo, os contratos administrativos, se não forem regidos por parâmetros rígidos, são facilmente desvirtuados de seus objetivos primários e favorecem interesses escusos.

E muito mais facilmente serão desvirtuados em sede de Brasil, cuja vexatória tradição institucional se vê diuturnamente posta em xeque pelos sucessivos

² Porque o trabalho versa acerca de um instituto de Direito Público, mais especificamente do Direito Administrativo, utiliza-se, aqui, o termo *Administração* como sinônimo de *Administração Pública*. Se acaso for necessário remeter à atividade administrativa que não seja pública, o vocábulo virá acompanhado pelo termo *privado*.

escândalos de ordem pública. A corrupção é parte integrante da história e do presente nacional, o que deve ser controlado pela incidência plena dos princípios jurídicos.

É com este timbre que ganha cada vez mais ênfase a licitação pública, que decorre do necessário tratamento equânime pautado pela isonomia. Não é prudente deixar-se à revelia a seleção daqueles que com a Administração irão contratar. Apresenta-se a licitação pública como instituto de Direito Administrativo talhado a conferir lisura às avenças públicas, uma vez que através dele se determina o teor de tais negócios, com quem e em quais condições os mesmos serão efetivados.

No entanto, os rigores do procedimento licitatório vêm sendo abrandados por argumentos pretensamente defluentes do princípio eficiência. Percebe-se tendência a atenuar as formalidades da licitação, o que, por vezes, não se harmoniza com o princípio da isonomia.

Diante desse quadro, sobrepõe-se a isonomia à licitação como pressuposto conceitual, defendendo-a. A eficiência que se espera da licitação não pode trazer prejuízos aos princípios jurídicos que resguardam a moralidade pública. Esta pesquisa, portanto, não é imparcial. Busca-se, de antemão e com clareza, demonstrar que a isonomia não impede que a licitação colha seus objetivos, adequando-se ao interesse público. Com este desiderato, não se pode deixar de tratar a todos os interessados igualmente, incentivando, através de meios lícitos, a participação do maior número possível de licitantes.

Sempre pautado por uma análise científica, a pretensão é evidenciar que o princípio da isonomia e o princípio da eficiência não são incompatíveis. Ao contrário, é certo que a conjugação do conteúdo intelectual e axiológico de cada qual representa o cerne da licitação pública.

Para cumprir tais premissas apura-se, no primeiro capítulo, o papel dos princípios jurídicos na Teoria do Direito. Aí evidencia-se sua estreita comunhão com a moralidade e a justiça. Ademais, torna-se apropriado delimitar a incidência normativa desses princípios, distinguindo-os das regras jurídicas, classificando-os, e, por fim, sublinhando sua função sistêmica e integrativa.

O segundo capítulo é dedicado a elucidar o significado do princípio da isonomia. Parte-se do valor social, que propugna tratar a todos de maneira igual, respeitando a dignidade que é própria e comum a todos os humanos, até sua recepção jurídica mediante o preceito isonômico. Com este teor cabe examinar suas conseqüências

normativas, ou seja, a linha a ser adotada pelo Estado e os direitos que se atribuem aos particulares.

O terceiro capítulo propõe-se a conceituar a licitação pública, definindo-a com remissão à natureza do regime jurídico público e agregando-a, na qualidade de elemento intangível, à isonomia. Além disso, situa-se em nosso sistema jurídico a posição que lhe é conferida, encartando sua previsão constitucional e infraconstitucional.

Em homenagem à função sistêmica e integrativa dos princípios jurídicos, depreende-se que os mesmos se manifestam no universo jurídico na forma de rede. Não há, como para as regras, uma hierarquia. Entretanto, todos os princípios que governam determinado instituto jurídico se completam através da ponderação dos valores que lhes tocam a espécie.

Resta, no quarto capítulo, mostrar a conexão da isonomia com os demais princípios da licitação pública, delineando como se opera o referido processo.

A abordagem que remete os princípios aos valores sociais, à moralidade e à justiça, dá azo à sua preponderância em relação às regras, o que, por sua vez, é valioso para a análise do procedimento licitatório. Desta maneira, ao tomar na devida conta a rede principiológica da licitação pública, frisando-se a isonomia, convém cotejá-la com as regras específicas do certame. Enfrenta-se a Lei das Licitações Públicas (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994 e nº 9.648, de 21 de maio de 1998), discorrendo acerca dos aspectos pertinentes à isonomia.

Divide-se o quinto e último capítulo na apreensão das considerações da Lei de ordem geral, das modalidades, dos casos de dispensa e de inexigibilidade das licitações, das fases do procedimento e de seus reflexos nos contratos administrativos, tudo em função do princípio da isonomia. Em suma, discriminam-se os preceptivos que delineiam os traços gerais da Lei e que dizem respeito à isonomia.

Cabe ressaltar que a Lei nº 8.666/93, com as devidas e citadas alterações, não exaure as previsões legislativas no que tange à licitação pública. Contudo, é o diploma que lhe rege e, de forma geral, afetando a todos os contratos. Afora seu texto, enfatiza-se a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o regime de concessões de serviços e obras públicas. A par do interesse que desperta na ciência jurídica, tal assunto requer uma série de considerações preliminares, em especial sobre as funções do Estado e o atual conceito de serviço público, que não se inserem na perspectiva do presente estudo.

Também se assinala o regime de licitação previsto no inciso III do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal para os casos em que o Estado explora diretamente a atividade econômica, ainda a ser estabelecido por lei. Porque o referido diploma normativo ainda não tenha sido editado, não há como abordá-lo de forma discriminada.

O método utilizado é, com preponderância, o dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica. A dissertação começa com o que há de mais geral e abstrato no sistema jurídico, a saber, os princípios. Definidos estes, precisa-se a isonomia, uma de suas mais relevantes expressões. Do princípio da isonomia deduzem-se todas as outras implicações da pesquisa, desde a definição da própria licitação pública até as conseqüências que defluem do texto legal. Não se vai do texto da lei induzir um conceito e deste um princípio, pois o caminho é o inverso: do princípio deduz-se o conceito e do conceito deduz-se qual o entendimento que deve prevalecer no tocante à lei.

A pesquisa cinge-se à licitação pública no Brasil e ao sistema jurídico vigente. Não se tem a pretensão, mesmo quando se ilustra a explanação com exemplos ou citações de outras cercanias e de outros tempos, realizar qualquer espécie de estudo comparativo.

São categorias essenciais à dissertação: Direito, justiça, princípios jurídicos, princípio da isonomia, Administração Pública, licitação pública e contrato administrativo. Os conceitos operacionais destas categorias estão inseridos no corpo do texto ou em nota de rodapé.

Importa esclarecer, enfim, que a aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Prof. Orientador, da Banca Examinadora ou do CPGD-UFSC à ideologia que lhe serve de fundamento, a qual é de exclusiva responsabilidade do mestrando.

CAPÍTULO PRIMEIRO

PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1 – Dimensão Axiológica dos Princípios Jurídicos. 2 – Normatividade dos Princípios Jurídicos. 3 – Princípios e Regras Jurídicas: Qualidade Normativa. 4 - Classificação dos Princípios Jurídicos. 4.1 - Quanto ao Modo de Expressão. 4.2. – Quanto à Existência. 5 – Função Sistémica e Integrativa dos Princípios Jurídicos. 6 – Conceito Operacional de Princípios Jurídicos.

1 DIMENSÃO AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O homem é o centro das relações jurídicas.³ O Direito nasceu para contemplar as necessidades humanas de reger a convivência social, estabelecendo um parâmetro previsível de conduta conforme considerações do que seja o justo.⁴ Eis o Direito, o certo, o reto, em suma, o justo.⁵

Sem a delimitação do Direito não há uma Sociedade organizada. Por costumes ou por normas expressas, qualquer formação social pressupõe uma ordem jurídica.⁶ Se várias pessoas vivem em conjunto, é imprescindível que haja uma estruturação deste agrupamento, discriminando-se obrigações privadas e coletivas.

³ O *jurídico* foi concebido *pelo e para* o homem, derivado de um extrato histórico-cultural permeado pelos valores que formaram e sustentam a Sociedade. Desse modo, a *ciência jurídica* deve atentar que o seu objeto último é o homem, a normatização das *relações humanas*.

⁴ Neste sentido, Angel Latorre anota que "pode aceitar-se a tese tradicional de que a segurança e a justiça são os fins primordiais do Direito. Na medida em que este é um projecto de ordem que se quer impor a uma sociedade, esse projecto não poderia entender-se sem a análise dos fins que persegue. O jurista deve perguntar, ante um sistema jurídico determinado, quais são os seus princípios básicos relativamente à segurança e à justiça" (LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 64).

⁵ Compartilha-se o conceito operacional proposto por Cesar Luiz Pasold: "Direito é o elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência em Sociedade" (PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica. Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 2. ed.. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. p. 71).

⁶ Sobre o assunto ouçam-se as lições de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero: "Una justificación mínima de la existencia del ordenamiento jurídico como tal reside en el fato de que los individuos y grupos son portadores

Nada é mais natural ao homem do que se reunir em Sociedade.⁷ Este fato advém de uma necessidade intrínseca cunhada em cada ser. E assim, para apreender o meio físico em que está inserida e evoluir, a humanidade conjuga suas potencialidades individuais. É irrepreensível o poeta ao aclamar que *sobreviver é conviver*.⁸

Além de sobreviver, o homem quer conviver e viver. Para viver com plenitude, essencial é a justiça. Trata-se da *finalidade* precípua do Direito, cuja função é aferir dos *atos* e da *experiência histórica* os valores que a Sociedade considera virtuoso e adequado, tendo como condição a aceitação da *pluralidade* e das *minorias*, conferindo a *toda e qualquer pessoa o direito à dignidade*.

A fórmula para tanto, embora tenha que sempre preservar a dignidade humana,⁹ é variável histórica, geográfica, cultural, política e ideologicamente. O conteúdo da justiça não é preestabelecido, pairando sobre as condicionantes de fato, sobre a subjetividade e a pluralidade dos valores eleitos pela Sociedade. É ela quem vai dizer o que é bom ou ruim, o que é certo ou errado.

Os homens e, por conseqüência, a Sociedade criam e recriam seus valores constantemente. Eles (valores) indicam o que se pretende e como se pretende se conduzir. A forma alcançada retrata a justiça. Dentro desse complexo vem a lume o Direito. Se há valores axiologicamente determinando o que é certo ou errado, o Direito vai plasmá-los deontologicamente, prescrevendo-os na qualidade de obrigações.¹⁰

de intereses cuya articulación recíproca no parece posible dejada a la espontaneidad de la vida social. O, dicho de otra manera, si no existieran normas jurídicas, la vida social sería imposible o, cuando menos, sumamente costosa. Ahora bien, esta función de articulación – de normativización – de intereses puede llevarse a cabo de diversas formas” (ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 17).

⁷ Aristóteles, com decalque em Homero, é quem entre os antigos oferece as primeiras linhas a respeito da formação da Sociedade: “Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o “sem clã, sem leis, sem lar” de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é ávido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão. Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social” (ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Cury. 3. ed.. Brasília: UnB, 1997. p. 15).

⁸ BELL, Lindolf. *Pré-textos para um fio de esperança*. Florianópolis: BADESC, 1994. p. XII.

⁹ Para Miguel Reale: “Nem todos os valores, porém, estão sujeitos a variação. Há valores que têm sua fonte imediata na própria natureza humana, sendo de tal sorte que sem eles o valor-fim que é a Justiça não seria mais que uma norma destituída de conteúdo. Não poderíamos compreender, por exemplo, uma ordem social justa sem liberdade, sem o reconhecimento de que cada homem não pode deixar de ser um sujeito de direito. O seu, que a Justiça atribui a cada um, implica, desde logo, uma constante de direitos que se alicerça sobre a própria idéia de que o homem é uma pessoa e a de que só pode haver sociedade justa entre pessoas” (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 317).

¹⁰ Trata-se, de certa forma, daquilo que Osvaldo Ferreira de Melo denominou *consciência jurídica social*: “Não resta dúvida de que a experiência obtida com o desempenho dos papéis sociais e a receptividade dos discursos recebidos, forma, em cada um de nós, a consciência jurídica individual. Mas ocorre que toda a

O Direito, com o propósito de fazer justiça, é forçado a operacionalizar os valores que fulcram a Sociedade, traduzindo-os em tantas normas jurídicas quanto sejam necessárias para efetivá-los. Daí surge o ordenamento jurídico como um conjunto sistematizado de normas que devem incorporar e refletir os valores sociais.¹¹

Dentre as espécies de norma, o Direito concentrou-se tradicionalmente nas regras jurídicas. Elas se referem a proposições gerais e abstratas, circunscritas em pressupostos de fato, que, por isso, conferem alto grau de previsibilidade. Portanto, o ordenamento, instrumentalizado a *priori* por regras jurídicas, deveria carregar consigo os valores sociais, efetivando-os.

O ordenamento retrata os valores sociais que servem à justiça. Contudo, o processo legislativo, judiciário e executivo, respectivamente, no ofício de elaborar, aplicar e operacionalizar as regras jurídicas, por efeito de latente deformação, apartaram-se destes valores, fazendo com que o sistema jurídico se distanciasse de seus propósitos.

O Direito, ao se divorciar dos valores que lhe são fundantes, rompeu também com a Sociedade, perdendo contato com o justo. Infere-se daí um *locus* jurídico aleatório, alienado, sem rumo, sem um norte. Ergue-se o dogma da justiça cega, que se nega a ter valor e sentido. Trata-se, na realidade, do paradoxo do Direito sem justiça.

Neste passo, evidencia-se alarmante crise de paradigmas,¹² uma vez que as funções declaradas do Direito não correspondem à sua operacionalidade. Tudo isto

comunidade retém memória social, numa série de experiências acumuladas, tradições culturais e alocações de valores. Esta é a consciência jurídica social, categoria que reputamos da mais alta importância nas tarefas da Política Jurídica com vistas às necessidades sociais.

Assim a Consciência Jurídica se apresenta não só como a tradição pré-normativa da sociedade, mas ainda como readaptação de valores prevalentes em seu estrato político (o estrato da consciência, da experiência, da cidadania). O que desejamos enfatizar é que, embora o sentimento e a idéia do justo e do útil não se expressem por consenso, em face de conflitos de interesses e de atitudes ideológicas no interior dos grupos sociais, é possível verificar o que deseja a maioria das pessoas sobre questões de interesse comum e portanto já configuradas em representações jurídicas do imaginário social" (MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 22).

¹¹ Osvaldo Ferreira de Melo focaliza a remissão das normas aos valores sociais: "No entanto, quando venha a configurar-se no sistema com força vinculante, quer tenha o caráter de *lex ferenda* ou de *sententia ferenda*, toda norma jurídica revelará sua história, pois jamais uma delas surge do nada, mas sempre de um interesse, de uma necessidade, de um anseio, de uma utopia ou de manifestação de conjuntura política. O Direito é fenômeno cultural, contingenciado pela experiência social e pelos juízos de valor. E por isso nada que se passa no mundo jurídico é sem história" (*Idem*. p. 20).

¹² Em torno do conceito de paradigmas leiam-se as palavras de Thomas S. Kuhn: "A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios de laboratório. Ao estudá-los e utilizá-los na prática, os membros da comunidade considerada aprendem seu ofício. Não há dúvida de que além disso o historiador descobrirá uma área de penumbra ocupada por realizações cujo *status* ainda está em dúvida, mas habitualmente o núcleo dos problemas resolvidos e das técnicas será claro. Apesar das ambigüidades ocasionais, os paradigmas de uma comunidade científica

porque o Direito passou a desprezar os valores e, por conseqüência, a justiça. Com o intuito de resgatá-los e assentá-los de uma vez por todas, emerge a principiologia como o supedâneo do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, cabe à principiologia a interpretação, a delimitação, a disposição, e, em suma, todo e qualquer estudo atinente aos princípios jurídicos.

Princípio, por sua vez, é termo vago e de difícil delimitação científica. A palavra tem referência a significados amplos, tanto na linguagem coloquial quanto nos diversos ramos da ciência.¹³

A idéia basilar que envolve o conceito opõe-se à de termo de chegada, do fim, de algo acabado. Comumente é conhecido como o marco inicial, o começo, a origem, a base, as vigas mestras. É o antecedente, o fundamento de um pensamento, de um objeto ou de uma ciência.

Cumprе realçar que esta noção preliminar é indispensável ao Direito. Os princípios não fornecem respostas prontas e acabadas, não são a chegada e sim a partida. Os princípios jurídicos desempenham, dentre outras funções, a de mostrar como alcançar a justiça.¹⁴ Dworkin os define como um *standard* que deve ser observado por uma exigência da *justiça*, da *equidade* ou de alguma outra dimensão da *moralidade*.¹⁵ Constituem o pedestal do regime jurídico, dado que ligados à idéia de algo precedente e

amadurecida podem ser determinados com relativa facilidade" (KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 68).

¹³ Segundo Cretella Jr.: "Na linguagem técnico-científica, o vocábulo princípio é vago, indeterminado, flutuante, não oferecendo nenhuma indicação precisa sobre o papel lógico da proposição que o considera. No campo das ciências matemáticas, princípio ora se refere a postulado, ora a axioma, ora a teorema; no âmbito da Física, o termo princípio designa fatos experimentais, generalização sobre fatos experimentais, bem como o resultado obtido por dedução" (CRETELLA, J. Júnior. *Das Licitações Públicas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 124).

¹⁴ O objeto deste capítulo são os princípios jurídicos. Todavia, por questão estilística, a partir desta passagem, referir-se-á aos mesmos ora como *princípios jurídicos* ora como simplesmente *princípios*. A abordagem, afora as considerações preliminares, é jurídica; por isso, ao deparar com o termo *princípio*, leia-se *princípios jurídicos*.

¹⁵ De acordo com as próprias palavras de Dworkin: "Llamo 'principio' a un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 72).

A moralidade provém do latim *moralis*, que designa *costumes*. Destarte, a moralidade refere-se aos costumes aceitos pela Sociedade como virtuosos e adequados. Retrata, por isso, os valores sociais que servem a informar o que é justo.

Como assinala Vicente Ráo: "Se em todos os tempos se proclamou que o Direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral, hoje mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; acentua-se, isto é, a tendência para a moralização do Direito" (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 70. v. 1).

originário. Na qualidade de proposições primárias, estão diretamente vinculados àqueles valores e à moralidade que regem e legitimam o Direito.¹⁶

Os princípios jurídicos são normas de elevada abstração e generalidade, haja vista que não são circunscritos em pressupostos de fato.¹⁷ Esta é a primeira diferença entre os princípios e as regras. Conquanto as regras se referem a fatos indeterminados, os mesmos são restritos aos seus respectivos pressupostos. Os princípios, sob outro prisma, possuem alta generalidade e abstração porque os fatos que

¹⁶ Sobre a distinção entre valor e princípio, após listar suas similitudes, Alexy averba: “A pesar de estas notorias similitudes, existe una diferencia importante. Ella puede aclararse óptimamente siguiendo la división de los conceptos prácticos de von Wright. Según von Wright, los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. Ejemplos de conceptos deontológicos son los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo. Común a todos estos conceptos es que, como habrá de mostrarse más adelante, pueden ser referidos a un concepto deóntico fundamental, al concepto de mandato o de deber ser. En cambio, los conceptos axiológicos están caracterizados por el hecho de que su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con las cuales algo puede ser calificado de bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del estado de derecho (...)

Si se parte de la tripartición aquí esbozada, es posible constatar facilmente la diferencia entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico.” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 140-141).

A legitimidade se refere à aceitação social de uma norma, a sua adequação ao padrão de moralidade. Assim se obedece espontaneamente, sem que seja necessário o uso da força. Este conceito será aprofundado no terceiro capítulo.

¹⁷Eros Roberto Grau, com decalque em Jean Boulanger, a respeito do diferente sentido da generalidade entre regras e princípios, leciona o seguinte: “Segundo ele, regra e princípio jurídico têm em comum o caráter de generalidade. Daí porque se poderia afirmar que um princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das conseqüências práticas que dele decorrem. No entanto – prossegue – não há entre ambos apenas uma desigualdade de importância, porém, mais do que isso, uma diferença de natureza. E isso porque a generalidade da regra jurídica é diversa da generalidade de um princípio jurídico. Demonstra-o Boulanger observando que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que *não regula tais atos ou tais fatos*: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 112).

Sublinha-se, ademais, que a elevada generalidade e a abstração, que são características dos princípios jurídicos, não os impedem de alcançar situações especiais e particularizadas. Tais traços, ao contrário, permite-lhes atingirem várias dessas situações, portando-se como instrumento que se irradia por todo o Direito.

A teor do escólio de Walter Claudius Rothenburg, a generalidade e a abstração – que o citado autor denomina *vagueza* – não torna os princípios conceitos imprecisos e sem delimitação jurídica. Confirma-se: “Os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enumeração larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*” (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 18).

lhes são subsumidos não podem ser circunscritos. Por exemplo: tome-se a regra que veda o homicídio. Embora não individualize um fato específico, este pressupõe o ato de matar alguém. Doutro lado, se forem considerados os princípios da dignidade humana, da cidadania, da moralidade, da razoabilidade, da isonomia, não há qualquer espécie de delimitação dos fatos que serão a eles referentes.

Em virtude de expressarem aquilo que vem antes, a origem e a base do jurídico, bem como sustentarem maior grau de generalidade e abstração em comparação às regras (por não estarem jungidos em pressupostos de fato), os princípios jurídicos são a espécie de norma que melhor recebe os valores sociais determinantes da *justiça*, da *equidade*, ou de alguma outra dimensão da *moralidade*.

Portanto, os princípios jurídicos representam a materialidade, o conteúdo axiológico do Direito. Na aplicação de um dispositivo legal, inferem-se os princípios, que indicam o valor que a Sociedade elegeu como parâmetro de justiça. Salienta-se que estes valores em nada se aproximam de considerações metafísicas. Grande parte dos princípios são positivados, ou seja estão enunciados num diploma normativo, traduzindo uma criação racional que assenta a dimensão axiológica nos liames deontológicos do Direito. Os valores consubstanciados nos princípios jurídicos revelam uma opção social.¹⁸

Os princípios jurídicos são o ponto nevrálgico do Direito. É através dos mesmos que se vislumbra o viés da justiça. O fato e a norma clamam pelo valor para

¹⁸ Zagrebelsky, tendo como objeto de estudo os princípios constitucionais, a respeito da correspondência ou não da teoria principiológica à corrente jusnaturalista ou positivista, leciona: “Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de ‘positivizar’ lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ducril, Ley, Derechos y Justicia*. Trad. Marina Grecón Madrid: Trotta, 1995. p. 114).

Vários autores citados neste capítulo - dentre eles Zagrebelsky - analisam os princípios jurídicos sob o prisma constitucional. Todavia, a perspectiva deste capítulo é mais abrangente, propondo-se a analisá-los em face de todo o Direito. Não obstante esta advertência, a diversa aceção não compromete a valia de suas considerações

Ademais, dentre os princípios jurídicos, aqueles que são previstos constitucionalmente têm mais importância do que aqueles que não o são.

Na realidade, o grande marco referente à normatividade dos princípios jurídicos deriva de seu encarte nas Constituições dos mais diversos Estados (nacionais).

obter a vida.¹⁹ Os princípios iluminam o ordenamento, desnudam-lhe a finalidade e os valores a serem efetivados na apreciação de um caso concreto.²⁰

O fundamento do Direito são os valores sociais que manifestam a justiça e a moralidade. Tanto os princípios quanto as regras devem corresponder a esta dimensão axiológica. Os princípios, em decorrência de sua primariedade e elevada generalidade e abstração, não só recebem os valores provenientes da Sociedade, como, a rigor, são a expressão deontológica deles. Desta sorte, para que as regras incorporem os valores, devem elas serem informadas pelos princípios. Assim, deduz-se que os princípios são manifestações deontológicas originárias, enquanto que as regras são secundárias e, em certa medida, derivadas.²¹

A Sociedade almeja a justiça, os princípios a guarnecem. Deve-se trazê-los à labuta diária, dando-lhes ampla eficácia. Cabe aos princípios, como proposições fundamentais, servir de arrimo à aplicação concreta do Direito, qualificando normas e institutos dentro de padrões axiológicos.

¹⁹ A Teoria Tridimensional de Miguel Reale revela a interação entre tais elementos: "Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor" (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 65).

²⁰ Zagrebelsky professa: "La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de 'tomas de posición' jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho)" (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ducril, Ley, Derechos y Justicia*. Op. Cit. p. 118).

²¹ Os princípios são a primeira manifestação deontológica dos valores sociais. A qualidade de originário provém do fato de que as regras, cujo conteúdo envolvem opções morais, lhes são decorrentes. Os princípios informam o conteúdo das regras, que, por isso, são derivadas.

Convém acentuar, desde já, que há regras que não dizem respeito à moral. Como exemplo, infere-se uma regra de trânsito que proíbe estacionar no lado direito e permite no lado esquerdo de uma rua. Nesta hipótese, não há correlação com a moral, logo, a regra não deriva de um princípio.

A respeito desta relação de derivação entre os princípios e as regras, Fábio Konder Comparato leciona: "Os princípios jurídicos são normas superiores, sob o duplo aspecto genético e exegetico. De um lado, todo princípio se atualiza ou se concretiza pela produção de normas particulares e direitos subjetivos (...). De outro lado, a determinação do sentido e do alcance dessas normas particulares e direitos subjetivos só é dada em função do princípio jurídico do qual logicamente decorrem" (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 48).

2 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Conquanto os princípios irradiem vida à ordem jurídica, trazendo os valores de justiça da Sociedade ao Direito, a sua correta percepção é algo construído pela ciência recentemente.²² É que sua magnitude foi tradicionalmente limitada a uma função supletiva, servindo tão-somente como parâmetro de referência hermenêutica, e a resolver obscuridades ou lacunas do ordenamento jurídico. Não estavam no mesmo patamar das regras jurídicas, não sustentavam plena normatividade.²³

Os princípios, por carecerem de pressupostos de fato, eram discriminados do universo jurídico. A conservadora dogmática jurídica, sob a perspectiva de conferir previsibilidade e segurança, enquadrava tão-só as regras no âmbito do Direito, uma vez que elas apontam uma situação de fato determinada e uma sanção correspondente.²⁴

O tradicional e preponderante papel conferido aos princípios jurídicos importava em restringi-los à funcionalidade de *termos referenciais*. Nesta qualidade não são imperativos, contudo apenas justificam ou norteiam tomadas de posições.

²² Ronald Dworkin é o precursor desta concepção que enfatiza o papel dos princípios jurídicos no Direito. Não obstante, a primeira edição do livro *Derechos en Serio* é de 1968 e sequer foi traduzido ao português, o que revela sua atualidade e, ainda, pouca repercussão nacional.

²³ Angel Latorre retrata esta posição: "A importância doutras fontes do direito é muito inferior à lei e ao costume, pelo menos nos direitos actuais. O nosso direito reconhece como terceira fonte, quer dizer, subordinada à inexistência da lei ou do costume, os *princípios gerais do direito*, e o mesmo fazem algumas outras legislações" (LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Op. cit. p. 87).

Segundo Bonavides: "A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformam, já, em princípios constitucionais.

Em verdade, fora até então a carência de normatividade o entedimento a que se abraçava a velha *Hermenêutica constitucional*, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 231-232).

Eros Roberto Grau liga referido entendimento ao positivismo, fundamentando sua crítica: "Em terceiro lugar, o positivismo é também inoperante diante de conflitos entre princípios. Resta-lhe negá-los, ignorá-los, remeter sua solução à discricionariedade do juiz ou – o que tem sido mais praticado – neles não reconhecer o caráter de norma jurídica. Na adoção dessa última alternativa, contudo, as insuficiências do positivismo tornam-se mais agudas, pois isso importa que se tenha de admitir que o sistema de normas está integrado por *não-normas* (ou que o sistema é operacionalizado mediante consideração de elementos externos a ele) (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29).

²⁴ Osvaldo Ferreira de Melo frisa a função da justiça para o Direito: "O Estado comete um grande equívoco quando omite com o alcance da justiça na aplicação de uma norma, sobre o pressuposto de que o fim a ser por ele alcançado é apenas o da segurança política ou paz social, como se esta pudesse ser alcançada fora de um ambiente em que não predomine o sentimento do justo e do útil" (MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Op. cit. p. 43).

Aproximam-se sobremaneira de meras diretrizes,²⁵ sendo cingidos a legitimar discursos, colhendo os valores sociais à argumentação, sem exigir ou determinar condutas.

Os princípios, embora jamais percam o traço concernente ao termo referencial - o que, aliás, é de extrema relevância -, passam a revelar normatividade plena, com um sentido jurídico que exprime e exige condutas, atribuindo, também, direitos subjetivos.²⁶

Dworkin, em sua elaboração de uma visão crítica a respeito do positivismo, é um dos precursores do novo trato jurídico que despertou em cientistas do Direito a relevância da principiologia para o ordenamento e que redundou em plena normatividade. Sua postura é fundamentada na consideração de que o positivismo é um modelo centrado num sistema de normas (regras), desprezando a função de outras proposições jurídicas, entre as quais se agigantam os princípios.²⁷

Aqui é oportuno fazer uma ressalva por questões terminológicas: Dworkin sustenta a diferença entre normas e princípios. Contudo, e seu escólio caminha indiretamente neste sentido, os princípios são uma espécie de norma. De fato, a norma é o gênero; e as regras e os princípios, a espécie.²⁸

²⁵ Conceitua Dworkin: "Llamo 'directriz' o 'directriz política' al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)" (DWORKIN, Ronald. *Derechos en Serio*. Op. cit. p. 72).

²⁶ Aceita-se o conceito operacional da lavra de Miguel Reale: "direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio" (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Ob. Cit. p. 258).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Alexy assim define as duas categorias: "A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas" (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 83).

Noberto Bobbio, com decalque em Crisafulli, aduz: "Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso" (BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed.. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Unb, 1995. p. 159).

Adverte-se que o primeiro fundamento trazido à colação por Bobbio não é procedente. Os princípios não são extraídos das normas (regras). Os princípios é que as informam. Pode-se dizer apenas que certos princípios são percebidos do conjunto de outras normas (regras). No entanto, é incorreto afirmar que são extraídos, como se delas fossem derivados.

Pois bem, para justificar sua teoria, o Professor de Oxford, através de exemplos de casos concretos, demonstra a existência e a preponderância dos princípios no Direito, destacando-os em face das regras jurídicas.

O primeiro exemplo que traz à colação é o caso *Riggs versus Palmer*, julgado em 1889 pelo Tribunal de Nova York.²⁹ Os juizes dessa corte tiveram que decidir se um legatário poderia adquirir a propriedade dos bens designados em testamento, mesmo sendo o assassino do testador. No arrazoado da sentença, delineou-se que as regras relativas ao testamento eram mui claras e que deveriam ser interpretadas literalmente, dado que não havia dispositivo algum que impedisse a transmissão da propriedade ao herdeiro assassino. Porém, os magistrados assinalaram que todas as leis podem ser controladas por máximas gerais e fundamentais do Direito Consuetudinário. Dentre estas máximas encontrava-se o princípio segundo o qual a *ninguém é permitido aproveitar-se de sua própria torpeza ou adquirir propriedade por seu próprio crime*, em virtude do que não foi concedida a herança ao assassino.

Outro exemplo é o caso *Henningsen versus Bloomfield Motors, Inc.*, julgado em 1960 pelo Tribunal de Nova Jersey.³⁰ Henningsen havia firmado contrato de compra e venda de um veículo automotor, que, numa cláusula acessória, limitava a responsabilidade do fabricante a reparar somente as partes defeituosas. Ocorre que, em decorrência de acidente ocasionado por vícios de fabricação do automóvel, houve vítima, o que acarretou danos e gastos que não se limitavam ao conserto do mesmo (despesas médicas e outras). Não havia qualquer lei que neutralizasse os termos do contrato, obrigando o fabricante a ressarcir os prejuízos além daquilo restritivamente acordado. Entretanto, os juizes limitaram a força vinculante do contrato, acentuando princípios de justiça, necessidade econômica e desigualdade das partes à formação da avença, em razão do que responsabilizaram a empresa por todos os outros danos verificados.

Dworkin assevera que estes casos não foram resolvidos por proposições do tipo *a velocidade máxima permitida em uma autopista é de cem quilômetros por hora*.³¹ Para dirimir tais celeumas não se utilizaram as regras, mas os princípios é que foram preponderantes.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 73.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem*. p. 74.

O exemplo refere-se a uma hipótese típica de regras jurídicas. Não há qualquer espécie de ponderação. Se o condutor do veículo ultrapassar a velocidade permitida, viola a regra e ponto final.

Os princípios estão na ordem jurídica. A cada dia são mais difundidos e, como corolário, revelam-se descabidas as manifestações que propugnam por reduzi-los, privando-os de normatividade. Eles a exercem em sua plenitude: (a) orientam a criação e a interpretação de todas as normas jurídicas; (b) servem, por si só, de fundamento para decisões jurídicas concretas; (c) impõe obrigações e deveres aos entes públicos e privados e (d) acarretam direitos subjetivos.³²

Bem se vê que os princípios são as normas primárias da ordem jurídica. A Sociedade guarda os valores que dão o sentido de sua existência. Para ela, esses valores são a expressão da justiça. O Direito, almejando normatizá-la, deve incorporar esses valores. Se a Sociedade tem uma conduta como certa ou errada, o Direito, a seu turno, deve permiti-la ou proibi-la, sob pena de se divorciar da realidade e perder legitimidade. Os princípios, em razão de suas características peculiares, inserem os valores sociais ao corpo jurídico. Sob este pálio, de nada serviria tal função se os mesmos fossem minimizados, pois representam a substância do Direito, o que lhes confere plena normatividade.³³

O valor social e, por conseqüência, os princípios jurídicos não são *extraídos* do ordenamento, é dizer, não são concebidos em razão de abstrações acerca das regras jurídicas. Os valores preexistem ao ordenamento jurídico, e deles (valores) se deduzem os princípios jurídicos. Como o próprio nome revela, o princípio é a origem, o limiar do ordenamento. Sobre o seu conteúdo é que se constrói todo o arcabouço legal. A lógica jurídica parte dos princípios em direção às regras. Desse modo, é temerária qualquer restrição ao papel dos princípios jurídicos. Se eles são por definição o primeiro passo da ordem jurídica, beira o absurdo diminuí-los a uma função supletiva.

³² Compartilha-se entedimento esposado por Ruy Samuel Espíndola: “Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas” (ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 55).

³³ Carmem Lúcia Antunes Rocha compartilha opinião similar: “Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-se, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social” (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p 23).

Para Bonavides, "postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas".³⁴

Os princípios estendem-se sobre todos os meandros do Direito. Servem para orientar a interpretação das regras jurídicas, permitem ou proíbem condutas, geram direitos subjetivos, em suma, ostentam irrestrita normatividade.

Em decorrência dos contornos até aqui delineados acerca dos princípios, torna-se evidente o seu papel fundamental na ordem jurídica. Eles são o ápice do regime jurídico, fazendo com que os valores de justiça da Sociedade se espraíem por todo o Direito; expressam os valores e o sentido pelo qual um ordenamento existe; conferem lógica ao sistema. São, sem dúvidas, os instrumentos da coerência e da justiça - como o próprio nome induz, reacentue-se, os princípios vêm antes, vêm na frente, portanto, são supremos. Trata-se da espécie de norma que lembra ao cientista do Direito que, acima de tudo, está a justiça.

Os princípios estão em patamar superior na ordem jurídica. Eles são valores que carregam consigo natureza deontológica. É que, deixando de ser considerados meros valores ligados à idéia transcendental de justiça e operando somente como termo referencial ou com o fito de suprir lacunas ou orientar a resolução de obscuridades, passaram a ostentar natureza normativa, obrigando e mandando, ou seja, adquiriram o poder de ordenar condutas, ensejando, também, direitos subjetivos. Todos esses atributos são concretizados através da vinculação das regras e de todo o aparato jurídico aos valores postos nos princípios. Desse modo, a *praxis* está vinculada à justiça, uma vez que os casos concretos são resolvidos de acordo com a orientação axiológica introduzida pelos princípios.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS: QUALIDADE NORMATIVA

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op.cit. p. 260.

E conclui o seguinte: "Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder" (*Idem*. p. 259).

Muito embora os princípios sustentem a dignidade de norma jurídica, o conteúdo deles revela traços peculiares. Tais como as regras, fazem parte do conjunto norma jurídica; todavia, as características de ambos são distintas.

Dworkin assenta a distinção entre as regras e os princípios. Para ele, as regras são aplicadas disjuntivamente, visto que, se há exceções, deve-se listá-las uma a uma – ao menos é teoricamente possível enumerá-las em um enunciado normativo - e, quanto mais se listar, mais completa será a proposição. Elas são aplicadas sob a lógica do tudo ou nada, são válidas ou inválidas.³⁵

Por exemplo, se uma regra dispõe que um testamento deve ser assinado por três testemunhas, a exigência de três testemunhas é uma regra válida e, portanto, não pode ser válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas. Se houver exceções a esta regra, é apropriado que as enuncie o próprio corpo normativo, o que, ademais, repise-se, é teoricamente possível.³⁶ Avançando no exemplo oferecido pelo supracitado autor, a regra, denominada *regra A*, poderia ter a seguinte redação: *O testamento deve ser assinado por três testemunhas. Se o testador estiver na Unidade de Terapia Intensiva, o testamento deve ser assinado por duas testemunhas.* Trata-se do enunciado e sua exceção. Se outra regra, denominada *regra B*, prescrever que *o testamento deve ser assinado por cinco testemunhas*, uma das duas regras - *regra A* ou *regra B* - é inválida. Eis o tudo ou nada, uma regra é válida ou inválida.

Esse modo de concreção das regras jurídicas fundamenta-se em sua intrínseca característica que as circunscrevem em pressupostos de fato. Desta forma, operando os fatos previstos em seu enunciado, a regra aplica-se em totalidade. Não é lícito ponderá-las, equilibrá-las. No exemplo carreado, se a *regra A* prescreve que o testamento deve ser assinado por três testemunhas e a *regra B* que o testamento deve ser assinado por cinco testemunhas, é impossível combinar ou balancear ambos os enunciados e concluir que o testamento deve ser assinado por quatro testemunhas. As

³⁵ Com esse timbre é o escólio de Dworkin: "La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera disyuntiva. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión" (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 75).

³⁶ Eis a dicção do próprio autor: "Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma" (*Ibidem*).

relações entre as regras são excludentes: uma delas, repita-se, é válida, a outra inválida; uma vai ser aplicada ao caso concreto, outra é excluída do ordenamento jurídico.

Os princípios, noutra ponta, não produzem conseqüências jurídicas tal qual as regras, pois não são circunscritos em pressupostos de fato. Os seus enunciados são mais gerais e abstratos, são abertos, sem que seja descrito um fato específico sobre o qual devam incidir.

As exceções a um princípio não podem ser exauridas em um enunciado, já que não estão sujeitas a enumeração. Ao investigar determinado princípio, normalmente haverá outro princípio ou, até mesmo uma regra, que conduza a direção diversa, completando seu sentido. O caso concreto deve ser solucionado ante a importância de cada qual.

Em termos práticos, no caso *Riggs versus Palmer*,³⁷ quando se dispõe que *ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza*, não se quer dizer que, em qualquer situação, invariavelmente em nenhuma hipótese, ninguém haverá de aproveitar-se de sua torpeza. É possível que um ato fraudulento e ilícito surta efeitos jurídicos benéficos a seu autor. Dworkin oferece o exemplo - dentre outros - do usucapião, já que alguém toma a posse de coisa que não é sua e, posteriormente, pelo prolongamento deste estado de fato no tempo, adquire a propriedade. Ou seja, aproveita-se de uma conduta, a grosso modo ilegítima (esbulho) em face do verdadeiro proprietário.³⁸

Dessa maneira, um princípio, diferentemente das regras, pode ser perfeitamente válido e não prevalecer na aplicação de um caso específico. A regra, repita-se, sob a lógica do tudo ou nada, se é válida, tem que ser aplicada. Ela só não vai

³⁷ Confira-se p. 24.

³⁸ Conforme Dworkin: "Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que 'nadie puede beneficiarse de su propio delito', pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión: si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera" (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 75).

E adiante completa: "Un principio como 'nadie puede beneficiarse de su propio delito' no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u outro sentido" (*Idem*. p 77).

responder a um caso, se houver uma exceção prevista, e todas as exceções podem ser, em termos teóricos, enunciadas. As exceções a um princípio não são passíveis de enumeração, não podem ser incluídas em seu enunciado, porque são indetermináveis.³⁹

Os princípios repousam na dimensão de sua importância, centrados na recíproca complementação e conformação de valores. Quando apontam direções contrárias, deve-se apreciar o que cada um deles representa, tudo isso sob a ponderação dos fatos que informam o caso.

Um princípio vai ter maior ou menor importância conforme o valor que encarna. À medida em que este valor for mais ou menos importante para a Sociedade, com maior ou menor intensidade o princípio será efetivado. Além disso, só é possível aplicá-lo com vista às condicionantes de fato que informam a hipótese a ser enfrentada.

Alexy faz remissão a caso em que um réu sofria problemas cardíacos, e, por isso, sustentava que, devido ao nervosismo que lhe provocava, não poderia participar de uma audiência oral. Em tal exemplo existe uma relação de tensão ou de colisão entre dois valores, dois princípios: primeiro, havia o dever do Estado em garantir uma aplicação adequada da lei penal; segundo, a vida do acusado estava em risco, pois a realização da audiência poderia causar-lhe problemas cardíacos e levá-lo à morte. Sob este enfoque, para decidir a questão, o Tribunal teve que fazer a ponderação entre os dois princípios. E visualizando as condicionantes de fato que informavam o caso, os juizes, tendo em vista a tensão entre ambos os princípios, ponderaram acerca da importância de cada um deles, conferindo precedência à vida ou à saúde do acusado.⁴⁰

Nesta senda, Alexy desenvolve a denominada *lei de colisão*. O fundamento da solução da colisão está no conceito de *precedência condicionada*, segundo o qual um

³⁹É a lição de Alexy: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, que está caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio" (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 86).

⁴⁰ *Idem*. p. 90.

princípio precederá outro quando existirem razões suficientes para tanto, em decorrência das condicionantes dadas no caso concreto.⁴¹

Um exemplo muito em voga contemporaneamente no Brasil de colisão de princípios é o referente à concreção do princípio da propriedade privada em face do princípio de sua função social. Ambos estão em patamar constitucional e, ainda, no mesmo capítulo e artigo. Trata-se de dois incisos (XXII e XXIII) do artigo 5º da Constituição Federal.

Como é cediço, dentre os atributos da propriedade (artigo 524 do Código Civil) está a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver a coisa que lhe é objeto. Em outras palavras, o proprietário é senhor da coisa, tendo o poder de fazer dela o que bem entender, inclusive o de não utilizá-la. No entanto, a desigualdade social atingiu ponto tão elevado, que o Direito passou a repugnar o fato de que milhares de pessoas não tenham bens suficientes à sua própria manutenção, enquanto outros, afortunados, tenham bens em tamanho excesso, que com eles não façam nada. E assim nasceu o princípio da função social da propriedade, em que o dono, se quiser manter esse *status*, deve, no mínimo, utilizar seu bem para alguma finalidade legítima. Percebe-se às escâncaras que os dois princípios lançam sentidos contrários, traduzindo a colisão alardeada por Alexy.

Os casos que se apresentam só podem ser resolvidos com estribo na teoria a respeito da colisão dos princípios acima esposada. Sob as condicionantes de fato deve-se ponderar acerca dos valores revelados pelos princípios.

Por exemplo, se uma pessoa adquire uma pequena propriedade imóvel, fruto de economia familiar, e, em razão de insuficiência pecuniária, não constrói nada sobre ele, não é razoável a alegação de descumprimento de sua função social. Todavia, se um grande latifundiário, senhor de várias fazendas, tem uma vasta propriedade rural improdutiva, é palmar o desrespeito ao princípio da função social.

Essa é a forma pela qual os princípios interagem no ordenamento jurídico: os mesmos princípios, duas condicionantes de fato e duas respostas distintas.

Os princípios abrem possibilidades de concretização, transparecendo os valores que a Sociedade tem como justos. Só que esses valores não são absolutos e

⁴¹ São as lições de Alexy: "La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente" (*Idem*. p. 92).

freqüentemente parecem contraditórios e excludentes, compelindo o cientista do Direito a adequá-los caso a caso.⁴²

Com base no conhecimento da natureza dos princípios jurídicos, afasta-se, a teor da idéia central de precedência condicionada, qualquer tipo de hierarquização. Se a decisão que irá preponderar em hipotética relação de colisão só é determinada sob a influência das condicionantes de fato que se apresentem, então é impossível prefixar qual princípio irá preponderar no cotejo com os demais. Sob a abstração do enunciado principiológico, sem levar em conta os fatos reais, não há qualquer tipo de hierarquia. Nada obstante o valor moral seja representado pelo princípio, a sobreposição deste em face de seus pares sempre é dependente dos fatos, pois estes trazem consigo as normas que virtualmente lhe sejam contrapostas.

Nega-se a hierarquia entre princípios, todavia não se nega que uns são mais importantes que outros. E esta importância é determinada pelo valor que o princípio representa ao caso concreto, ponderando-o em face da situação de fato. O princípio precede seus pares na medida de sua relevância no seio da Sociedade e para aquela hipótese fática específica.

⁴² Alexy, novamente, esclarece: "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice" (*Idem*. p. 99).

Canotilho, por sua vez, lista quatro pontos que condensam com objetividade a distinção entre princípios e regras jurídicas. São eles: "(1) - os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se; (2) - consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de *optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (3) - em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objectos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em "primeira linha" (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias; (4) - os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas)" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed.. Coimbra: Almedina, 1993. p. 169 -170).

Entretanto a precedência em razão da importância do valor que o princípio incorpora não se confunde com hierarquia. Esta (a hierarquia) é obtida de atemão, é rígida e prefixada. A precedência dos princípios tem pedestal nos fatos que informam o caso, porque só assim se visualizará os bens sujeitos ao sacrifício em concreta colisão.

Cumpra advertir que os princípios não são efetivamente contraditórios. Aliás, é de sua própria essência a ponderação dos interesses para obter a resposta adequada. Há entre os princípios uma tensão que reflete a pluralidade social, devendo-se ponderar os valores pertinentes, visando a apurar uma solução que seja razoável.

Se, em vez de princípios, se tratasse de regras jurídicas, não seria possível essa ponderação, pois uma excluiria a outra. Uma regra jurídica, repita-se, é válida ou inválida. Uma vez imposta pela autoridade competente, mediante o processo estabelecido e sem violentar outra norma hierarquicamente superior, ela tem aplicação imediata e, se houver outra regra que a contrarie, esta será excluída. Um princípio é uma norma de alta abstração e generalidade, que só pode ser entendido com olhos aos demais princípios que compõem o ordenamento jurídico. Este processo não é singelo e os agentes do Direito deparam-se freqüentemente com casos deste naipe. Não há uma fórmula pronta, um silogismo ou o que seja; deve-se usar do discernimento, analisar os bens sujeitos ao sacrifício e recorrer à resposta que albergue a justiça.

Para se aplicar os princípios jurídicos a um caso concreto, haja vista que os mesmos requerem a otimização de seu conteúdo, não há como afastar a ponderação. Deve-se estimar o valor que cada princípio representa, as condicionantes de fato que os permeiam e buscar a solução mediante a ponderação do intérprete. Os princípios não fornecem respostas prontas. O cientista do Direito tem ampliada sua responsabilidade em relação à justiça, pois sua atividade intelectual é valorizada. O único meio para se lograr a concretização normativa dos princípios é através da razoabilidade.

Esse termo (razoabilidade) foi introduzido na Teoria do Direito por Luis Recaséns Siches. Parte o autor da refutação da lógica formal ou clássica como instrumento hábil à solução de problemas humanos práticos, como o jurídico e o político.⁴³ É que tal lógica, além de neutra, é meramente explicativa de conexões entre causas e

⁴³ São as palavras do próprio autor: "Que la lógica formal clásica, la moderna y la contemporánea, es decir, la lógica de lo racional, la lógica que há sido llamada físico matemática, no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos práticos, como son, por ejemplo, los problemas políticos y jurídicos" (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973. p. 278).

efeitos.⁴⁴ Por outro lado, segundo Siches, “o logos do razoável, concernente aos problemas humanos – e, por tanto, aos problemas políticos e jurídicos – intenta ‘compreender e entender’ sentidos e nexos entre significações, assim como também operações de valoração, e estabelece finalidades e propósitos”.⁴⁵

Desta forma, segundo o professor mexicano, a *lógica do razoável* apresenta as seguintes características: (a) é limitada ou circunscrita, é condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo em que opera; (b) é impregnada de valorações, isto é, de critérios axiológicos; (c) tais valorações são concretas, é dizer, guardam referência a uma determinada situação humana e real; (d) as valorações são a base de apoio para a formulação de propósitos, finalidades; (e) as finalidades não se apoiam exclusivamente em valorações, porém estão condicionadas pelas possibilidades que ofereça a realidade social concreta; (f) é regida por razões de congruência e adequação entre a realidade social e os valores, entre os valores e as finalidades, entre as finalidades e a realidade social, entre os fins e os meios no que tange à conveniência dos meios, entre os fins e os meios em respeito à correção ética, entre os fins e os meios no que se refere à eficácia; (g) e é orientada pela experiência da vida humana e pela experiência histórica.⁴⁶

A lógica do razoável é o instrumento para a solução de problemas jurídicos. É através dela que se colhe as valorações que são informadas pela realidade social, pelos fatos do cotidiano e pela experiência histórica, vislumbrando o verdadeiro sentido das normas. Os enunciados abstratos e genéricos - e dentre eles, com ênfase, os princípios jurídicos - precisam ser concretizados mediante a razoabilidade.⁴⁷

⁴⁴ *Idem.* p. 279.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Idem.* p. 287-288.

⁴⁷ Segundo Zagrebelsky: “En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina ‘razonabilidad’: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la ‘prudencia’ en la tratamiento del derecho.

Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la ‘clave’ para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que se permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Lo Derecho Ducril, Ley, Derecho e Justicia*. Op. cit. p. 123).

A essência da razoabilidade retrata a prudência, o bom-senso. Aí está o âmago da questão: os princípios jurídicos e o Direito, acima de tudo, baseiam-se na prudência e no bom-senso.⁴⁸

Sem embargo, os próprios princípios jurídicos podem sofrer deturpações e ser aplicados com o escopo de legitimar atos injustos. Aliás, os princípios, em decorrência do alto grau de generalidade e abstração que lhes são inerentes e à guisa da imprescindível razoabilidade em sua concretização, não raras vezes sofrem deformações e servem à tirania.

A razoabilidade dos cientistas do Direito é o supedâneo de toda a hermenêutica. Dilata-se a responsabilidade do sujeito para a consecução da justiça. Os princípios, quando aplicados sob as luzes da razoabilidade, são tomados em *rede*. Há o balanceamento de valores: os interesses defluentes dos princípios jurídicos são expostos a um processo que os conduzem, em conjunto, à efetividade da justiça. A razoabilidade repele a entronização de um princípio em face de outro. Almeja-se a comunhão dos valores e a finalidade do ordenamento, analisando-os de modo sistemático.

Como conseqüência da inevitável ponderação e otimização, é preciso esclarecer os casos e em com qual qualidade normativa se admite a determinação de exceções aos princípios. Explicando melhor: que tipo de norma é hábil a ensejar a ponderação de um princípio, ou, até mesmo, lhe ser contraposto?

Conforme acima delineado, princípios e regras não se confundem. É certo que os primeiros, em decorrência de sua ligação geminada aos valores sociais que informam o justo, são as normas supremas e superiores do ordenamento.

Neste passo, o conteúdo de um princípio é ponderado em face do conteúdo de um de seus pares. No entanto, não raras vezes, uma regra jurídica parece excepcionar os ditames principiológicos, o que, percebe-se, não condiz com a supremacia que lhe é atribuída. Ora, o preceito de ordem inferior (regra) deve adequar-se ao que lhe é superior (princípios).

⁴⁸ Eros Roberto Grau professa: “Como o direito reclama *interpretação* – na medida em que apenas desde que *interpretado* ele se realiza como *jurisprudência prática* (pois ele é a *jurisprudência prática*) – e a interpretação é uma *prudência*, devo necessariamente concluir que o direito é uma *prudência*” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Op. Cit. p. 32). E, adiante, prossegue: “Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz 1983/86). A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o ‘aceitável’ (*justificável*). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução (Heller 1977/241) (*Idem*. p. 33).

Todavia, tendo em vista o fato de que as regras cujo conteúdo atine a uma opção moral são criadas pelos princípios e deles derivam, pode haver situações que aparentemente se mostrem como exceção. Calha insistir que tais situações são apenas aparentes. Não obstante isso, em obséquio à referida relação de derivação, sabendo-se que o conteúdo da regra é resultado da concreção de outros princípios, o que motiva e dá suporte à ponderação são exatamente estes outros princípios que a informam, e não sua presença isolada. Abstraindo e generalizando a proposição contida no pressuposto de fato da regra, percebe-se um ou mais princípios, estes sim hábeis a excepcionar e autorizar a ponderação de outros tantos.

Diante do que foi dito, é lícito afirmar que somente um princípio é razão suficiente para a ponderação de seus pares. Se uma regra se lança contra o sentido de um princípio, é imprescindível verificar se o seu conteúdo guarda correspondência com outra proposição que se revista da mesma qualidade (princípio).

Em direção contrária, não é em qualquer hipótese que o princípio - apesar de superior - tem o condão de invalidar uma regra. Esta, por ser expressão de um mandamento circunscrito e, pois, concentrado num respectivo pressuposto de fato, revela que o princípio, cujo valor a tenha informado, recebeu do legislador tamanha consideração, que foi ressaltado mediante sua previsão jurídica naquela situação delimitada. Assim, o prisma deste enunciado deve, ao menos na maior parte dos casos, prevalecer. Só não terá aplicabilidade se se contrapuser de tal forma a outros princípios, que, em determinados casos, valendo-se da razoabilidade, com eles não sejam compatíveis.

No entanto, antes de se contraporem princípios a princípios, ou princípios a regras - e nessa ordem reciprocamente -, cumpre ao cientista do Direito fazer a ponderação. Este vocábulo não expressa exclusão, porém permite que haja a adequação, o balanceamento ou a combinação. Se duas proposições normativas apontam soluções díspares, antes de concluir pela contraposição, deve-se, com o propósito de se vislumbrar o entendimento sistemático, procurar conjugá-las. Ou seja, em termos práticos, adequa-se a hermenêutica de um princípio ao que dispõe um outro princípio, ou, até mesmo, ao prescrito em uma regra.

A razoabilidade para a concreção dos princípios jurídicos demanda, sobretudo, equilíbrio. As proposições não se repelem, porém são reunidas. Ao se conferir precedência a um princípio em detrimento aos outros, não se está negando a incidência normativa de qualquer deles, mas os percebendo em conjunto e concluindo que na

hipótese fática pertinente este ou aquele é mais importante e deve preceder ou ser enfatizado em relação aos demais.⁴⁹

4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

É apropriado estudar a classificação dos princípios jurídicos, não só para bem entendê-los, mas também para salientar os traços gerais que lhes atribuem identidade mui particular na ciência jurídica. Sob esta ótica, classificam-se os princípios quanto ao modo de expressão e à existência.⁵⁰

Com efeito:

4.1 Quanto ao Modo de Expressão

⁴⁹ Destaca-se que aquilo que *precede* não exclui nem fulmina o que lhe vem em seguida. Pura e simplesmente é posto na frente, porque é mais importante. Se está na frente, há algo atrás que também cumpre seu papel, incidindo na hipótese fática.

⁵⁰ O professor J. Cretella Júnior classifica os princípios de forma abstrata – não restrito ao âmbito jurídico – em *onivalentes, plurivalentes, monovalentes e setoriais*.

Partindo-se do genérico para o específico, os princípios *onivalentes* são os comuns a todas os ramos científicos, “*são matrizes formais puras que informam o pensamento humano*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. Op. cit. p. 125). Como exemplo, cita-se o princípio da identidade, pelo qual “o que é, é”. Não importa tratar-se de ciências naturais ou culturais. Tais princípios informam toda a atividade científica. (*Ibidem*).

Os princípios *plurivalentes*, segundo o escólio do citado professor, assim são discriminados: “os que presidem às ciências científico-naturais, de um lado; princípios plurivalentes igualmente são os que presidem às ciências científico-culturais, de outro lado. Assim, várias proposições, igualmente válidas, são comuns à ciência do primeiro grupo; outras tantas proposições, de mesmo valor, são comuns às ciências do segundo grupo. E isso é possível, porque as ciências de um grupo apresentam denominadores comuns, que as aproximam” (*Idem*. p. 127). Desta forma, há princípios - dividindo-se as ciências em culturais e naturais -, que regem ramos como a ética, a psicologia, a sociologia; e por isso plurivalentes, mas que não se aplicam de igual maneira às ciências naturais, sendo que estas têm seus próprios princípios plurivalentes.

Por princípios *monovalentes* entendem-se aqueles que servem como fundamento a um campo específico do conhecimento. Princípios particulares e específicos de cada ramo científico, havendo tantos princípios monovalentes quanto as ciências construídas pelos homens (*Ibidem*).

Em virtude da especialização que determinados campos científicos requerem, nascem os princípios *setoriais*, relativos aos diversos setores em que se divide a ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, tem-se os princípios de direito constitucional, administrativo, penal, civil, e outros. Vale dizer, por oportuno, que os princípios setoriais devem estar de acordo com os princípios monovalentes, estes com os plurivalentes, e estes com os onivalentes. Da mesma sorte, o princípio mais amplo abrange os que informam aqueles restritos a determinada formação científica (*Ibidem*).

Diferenciar os princípios jurídicos quanto à maneira como se exprimem é imperioso para os perceber no espectro do ordenamento. Nos dias atuais, há um superávit legislativo no Brasil. Inúmeras são as leis, medidas provisórias e outros diplomas normativos que visam a reger a conduta social. Este excesso, ainda que pareça constituir exigência da vida moderna, gera uma gama de dificuldades para o cidadão ordinário e, mesmo, para os técnicos do Direito, no sentido de saberem com precisão qual o comportamento adequado com referência a uma relação jurídica. Noutra delta, por mais paradoxal que seja, há também um déficit legislativo. Apesar da elevada quantidade de leis, elas não conseguem satisfazer às necessidades sociais. Daí a convicção de que entender os princípios jurídicos, na medida da abstração, da generalidade e da abrangência que lhes é pressuposto, propicia vislumbrar o ordenamento, sem que necessariamente se conheçam todas as leis.⁵¹ No entanto, para sabê-los é necessário apreender como estes se manifestam, como se expressam.

Desta sorte, quanto à expressão, classificam-se os princípios em *explícitos* e *implícitos*.⁵² Os explícitos são aqueles que literalmente estão escritos num corpo normativo. Estão indubitavelmente positivados, pois o próprio diploma normativo o faz, letra por letra.

Doutro lado, os princípios implícitos são aqueles que, apesar de não estarem escritos em diploma normativo algum, a existência deles se afere pelo sentido dos demais princípios e regras de um ordenamento. Ambos são classificados como normas jurídicas.

⁵¹ Quanto a este aspecto, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero salientam: “En primer lugar, por su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información, la referencia a unos pocos principios nos permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social. Los principios son – como las leyes científicas – enunciados que hacen posible una descripción económica de una determinada realidad (en este caso, el Derecho), y cumplen por tanto una función didáctica – en sentido amplio – de una gran importancia” (ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas Del Derecho*. Op. cit. p. 20).

⁵² Essa classificação já é usual no meio forense. A título ilustrativo, colaciona-se o escólio de Walter Claudius Rothenburg: “Consciência tomada da historicidade dos princípios e de seu domicílio na intimidade do próprio ordenamento jurídico – vale dizer, a rejeição da visão mistificadora que enxerga os princípios enquanto máximas absolutas, transcendentais da própria humana contingência e situados além e acima do Direito posto -, percebe-se que eles podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como na outra, exercendo idêntica importância sistemática e axiológica” (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Principios Constitucionais*. Op. cit. p. 54).

Os princípios explícitos, apesar de necessariamente estarem enunciados, não é imprescindível que sejam formulados sob a forma de um princípio. Quer-se dizer que, para estabelecer um princípio, basta defini-lo ou dispor acerca de seu conteúdo. É isso que ocorre, por exemplo, com o princípio da isonomia. O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal não define que os direitos e deveres individuais e coletivos se regem pelo princípio da isonomia, mas *que todos os brasileiros são iguais perante a lei*.

Além desses elencados ou definidos por um texto normativo, há, repita-se, os princípios implícitos. Estes são destacados pela doutrina ou pela jurisprudência, que os percebe do sentido geral de um conjunto de normas. Como exemplo lembre-se do caso *Riggs versus Palmer*, já mencionado, em que se impediu o legatário/assassino de adquirir a propriedade dos bens do testador, em virtude do princípio segundo o qual *ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza*.⁵³ Embora não viesse escrito em lugar algum, encontrava-se latente na ordem jurídica. Assim, há vários princípios que são descobertos no próprio ordenamento, mediante um processo de generalização sucessiva e agrupamento de normas. Quando várias normas, então, apontam para um mesmo sentido, o cientista, conjugando umas às outras e num processo indutivo de generalização, vislumbrará o princípio.

Assim, os princípios são formulados no ordenamento por um ato de vontade e unívoco, independentemente de outras emanções, ou são percebidos na conjuntura das demais normas. Em outros termos: ou o legislador, por um ato de vontade e ao criar um diploma normativo, prescreve os princípios que lhe informam, ou os princípios são visualizados pelo sentido e pelos valores respaldados por este diploma normativo.

Não se quer dizer que os princípios implícitos decorrem de abstrações das regras jurídicas. O sentido é inverso: as regras é que decorrem dos princípios, pois estes expressam os valores da Sociedade. No entanto, muitas vezes os princípios não estão positivados, sendo necessário tão-só percebê-los do conjunto de outros princípios e regras jurídicas, por isso são implícitos.

Cabe, ainda, ressaltar que os princípios implícitos são normas e, pois, revestem-se da mesma qualidade daqueles que são explícitos. O fato de não estarem escritos em diploma normativo não lhes frustra nem diminuem os efeitos.

Enfim, há princípios explícitos, escritos ou definidos em algum diploma normativo, e há princípios implícitos, que são descobertos pelo sentido das leis que

⁵³ Confira-se p. 24.

compõem o arcabouço jurídico de determinada Sociedade. Ambos têm normatividade plena, são aplicados da mesma forma e fazem parte do ordenamento jurídico.

4.2 Quanto à Existência

Relativamente à existência, os princípios dividem-se em *originários* e *derivados*. Aqueles são os que antecedem outras emanações, por serem mais abstratos e gerais, por albergarem um número maior de situações, bem como por se referirem aos valores fundamentais da Sociedade. Os princípios revelam, no espectro do Direito, os valores de justiça; logo, aqueles originários carregam consigo os primeiros destes valores, com maior grau de generalidade e abstração.

Por exigência do comércio jurídico e em consequência da amplitude dos princípios originários, deles decorrem outros princípios, ditos derivados. Por vezes um princípio originário, para que tenha a eficácia adequada, necessita de um desdobramento, quer por efeito de didática, quer para não pairarem dúvidas acerca de seu corpo, quer para elucidar situações especiais ou um tanto quanto remotas. Sobretudo, em certas situações, o conteúdo axiológico de dois ou mais princípios conjugam-se para a formação de um novo princípio, que será também derivado.

Assim, de um princípio com elevado grau de abstração e generalidade, aplicado em quase todos os tecidos das relações jurídicas, advém outro, que está ligado ao primeiro, mas que serve para melhor concretizá-lo. Os princípios derivados descendem da mesma árvore genealógica dos originários. É como se fosse passada do princípio originário ao derivado verdadeira carga genética de cunho axiológico.

Ressalta-se que um princípio derivado, mesmo sendo uma faceta de outro mais abrangente, pode, e normalmente o faz, gerar outros princípios, formando uma *rede*. Aí acentua-se, novamente, a distinção entre regras e princípios. Enquanto aquelas estão postas hierarquicamente, e a superior conforma a inferior e lhe dá validade, os princípios interagem-se. Um princípio originário pode ter um determinado entendimento, enquanto o derivado, em virtude da peculiaridade do contexto em que é inserido no

processo conduzido pela razoabilidade, pode apontar para certos desvios e um novo sentido.

Exemplos desta interação principiológica apanham-se à farta. Veja-se o princípio da oralidade: origina-se do princípio da instrumentalidade do processo e, em contrapartida, dele deriva o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Evidencia-se que um princípio pode ser originário e ao mesmo tempo, derivado. Destarte, nestas três gerações há uma passagem, pode-se dizer genética, do conteúdo axiológico e teleológico do mais abrangente para o especial, do princípio da instrumentalidade processual para o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. A finalidade e os valores consagrados nos três princípios são muitíssimo similares: todos pretendem garantir a efetividade dos processos, tornando-os ágeis e rápidos.

Entretanto, nada obstante a visível derivação, a concreção dos princípios originários e dos princípios derivados é distinta. Apesar de um decorrer do outro, neste processo de especificação, o princípio derivado recebe, também, outras cargas axiológicas e teleológicas. É que, partindo-se do geral e abstrato e aproximando-se das relações jurídicas concretas, novos valores e finalidades, consubstanciados em outros princípios, interferem na formação do princípio derivado. Aí se contextualiza um emaranhado de princípios, que é denominado *rede principiológica*.⁵⁴

Convém aprofundar o exemplo. Ao aplicar o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, emergem outros princípios que não incidiriam sobre o princípio da instrumentalidade do processo nem tampouco sobre a oralidade. Num caso

⁵⁴ Canotilho, definindo a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, vislumbra, a seu modo, esta relação e interação dos princípios jurídicos.

Eis a lição do professor de Coimbra: "Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por *princípios estruturantes*, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as travessas mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político (...) Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que 'densificam' os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma união perfeita alude LARENZ) (...) Estes *princípios gerais fundamentais* podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais (...). Estes princípios são ainda susceptíveis de 'densificações' especiais (...) Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais*, qualquer que seja a sua natureza" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Op. Cit. p. 181).

E, por fim, assinala: "Este esquema não se desenvolve apenas numa direcção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco (LARENZ). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma

hipotético, o princípio do duplo grau de jurisdição manifestar-se-ia em tensão com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, devendo-se ponderá-los na proporção das condicionantes de fato.

Agregue-se, a propósito, que, para se aplicar um princípio, sempre é necessário utilizar-se de método hermenêutico que conduza à ponderação através da razoabilidade. Há que se atentar para os outros princípios e para as condicionantes de fato que informam o caso concreto que se manifesta. Neste aspecto, para solucionar um caso determinado, situação em que verdadeiramente um princípio é concretizado, será fundamental a rede principiológica. É ela que deontologicamente traduz os valores da Sociedade e que ordena, ante a importância dos princípios que se interagem, a solução a ser concretizada.

Neste sentido, a apreensão dos princípios num processo de formação e re-informação recíproca corrobora e completa a idéia de precedência condicionada, negando qualquer hierarquização. Um princípio não é superior a outro; somente poderá ser mais importante em face das condicionantes de fato que se apresentam. Todos eles fazem parte da rede que dá o sentido ao jurídico. Como conseqüência, se não há hierarquia entre os princípios, não pode haver nenhum princípio absoluto.

Acrescenta-se que o conceito de rede principiológica fundamenta e perpetua qualquer organização social cujos propósitos se centram na pluralidade. A ponderação iluminada pelo razoável é a base da tolerância e da contínua admissão do que lhe pareça contrário. Aceitada a hierarquização, determinados valores sustentariam precedência incondicional e apriorística, excluindo de antemão qualquer consideração valorativa em sentido diverso, fulminando a garantia pluralista.

Para Zagrebelsky, em tais casos “o princípio de maior força privaria o valor de todos os princípios inferiores e daria lugar a uma ameaçadora ‘tirania do valor’ essencialmente destrutiva”.⁵⁵

unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial*” (*Idem*. p. 182).

⁵⁵ Eis a íntegra de seu texto: “La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten el la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una ‘jerarquía de valores’. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora ‘tirania del valor’ esencialmente destructiva. Y este riesgo también es predicable del que aparece como el más elevado de los valores, la justicia entendida en modo abstracto” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Lo Derecho Ducril, Ley, Derechos e Justicia*. Op. cit. p. 124).

Em seguida, Zagrebelsky completa: “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un

Os princípios interagem-se, formando uma rede. Dentre princípios originários e derivados percebe-se o conjunto principiológico e, dentro dele, os valores de justiça da Sociedade são plantados deontologicamente no ordenamento jurídico. Qualquer tentativa de hierarquização de princípios jurídicos não apreende com precisão sua complexa natureza. O que há no regime jurídico são princípios que antecedem outros em razão de sua abstração e generalidade. Dentre princípios originários e derivados, deve-se salientar o conceito de rede principiológica, que determina a concretização dos princípios mediante sua importância revelada pelos valores e condicionantes de fato.

5 FUNÇÃO SISTÊMICA E INTEGRATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios, então, ocupam posição suprema na ordem jurídica, já que traduzem os valores de justiça da Sociedade ao Direito. Afora esta função, que introduz a perspectiva axiológica no espectro da deontologia, eles têm caráter sistêmico e integrativo.

O Direito é sistematizado pelo ordenamento jurídico. E este é constituído por regras e princípios. As regras, apesar de abstratas e genéricas, regulam situações circunscritas em seus pressupostos de fato. Os princípios são normas com um grau de abstração e generalidade muito maior, uma vez que não são circunscritos em pressupostos de fato, informam as mais variadas situações e regras, refletem um valor básico de justiça inserido no ordenamento e o direcionam para uma finalidade. Assim sendo, conferem coerência ao ordenamento jurídico, proporcionando-lhe a plenitude de um sistema. As normas não são soltas e desprendidas. Há uma organização alinhavada pelos valores principiológicos, da qual emerge a unicidade do ordenamento estatal.⁵⁶

sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos (*Idem.* p. 125).

⁵⁶ Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero percebem a função sistêmica que os princípios exercem sobre o ordenamento: "Pero, en segundo lugar - y esto es aún más importante - los principios nos permiten también entender el Derecho - o los diferentes Derechos - no como un simple conjunto de pautas, sino como un

Noutro prisma, o ordenamento é um conjunto dinâmico. A complexidade das relações jurídicas contemporâneas impõe exigências quase que diariamente. São novas tecnologias, novos grupos, novas celeumas. O processo legislativo não acompanha a ordem dos fatos. Normas nascem e morrem todos os dias sem satisfazer as necessidades do cotidiano. Este, aliás, é um dos pontos nodais da crítica ao Estado. A aparelhagem e os meios de solução dos litígios não mais respondem aos anseios da Sociedade, acentuando a crise de paradigmas entre suas funções declaradas e sua operacionalidade.

Os princípios, como assaz reprisado, são normas de elevada abstração e generalidade, que informam um número indeterminado de situações com os valores eleitos pela Sociedade. Em virtude destes traços, uma vez ampliado seu espectro de efetivação, respondem adequadamente a várias questões suscitadas hodiernamente. O Estado precisa do instrumental principiológico para regular e resolver os conflitos emergentes.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil preconiza que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Importa realçar, por este enfoque, que a própria ordem jurídica reconhece sua limitação, mostrando-se ciente de que as meras regras não exaurem as hipóteses normativas pertinentes e elenca os meios para resolver suas lacunas.

conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido. Por ello, conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta un cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijados en disposiciones específicas. Esta doble capacidad de los principios para presentar de una manera breve y ordenada un sector de (o todo) un ordenamiento jurídico no es ni más ni menos que lo que suele llamarse sistematización del Derecho. Y como esta es la función principal que, se supone, há de realizar la ciencia jurídica, queda claro que los principios juegan aquí un papel fundamental" (ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho*. Op. Cit. p. 20).

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta o mesmo sentido: “Princípio – já averbamos alhures – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 629).

Sob o prisma constitucional, Luis Roberto Barroso completa: “Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõe ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos” (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 287).

Neste talante, vem à propósito a *Teoria dos Casos Difíceis*, de autoria de Dworkin. Segundo suas luzes, os casos difíceis são os envoltos em tamanha complexidade, que as regras do ordenamento não bastam para resolvê-los, em razão do que os juizes buscam as soluções em *standards* diversos, predominando os princípios. O autor argumenta que tais casos ocorrem com grande frequência; são constantes no trato jurídico.⁵⁷

Logo, mister ter-se presente que os princípios são parte fundamental do ordenamento jurídico. Sua função sistêmica e integrativa é essencial para que se defenda a existência daquele. Apesar, no caso brasileiro, do excesso legislativo, há um vácuo jurídico entre os fatos do cotidiano e os fatos legislados e regulamentados. O Direito, se agir somente através das regras, não alcança todos os poros do tecido jurídico. Os princípios, orientando e informando um número indeterminado de casos, é que servem de instrumental material para uma resposta efetiva do Estado.

A ordem jurídica, restrita às regras jurídicas, sempre, queira-se ou não, deixará lacunas. Sob as luzes dos princípios, as lacunas são imperativamente afastadas.

Sublinhe-se que a proeminência dos princípios jurídicos não acarreta o abandono da segurança jurídica, mas seu incremento. Não há segurança jurídica num sistema fulcrado em regras, cujos litígios não seriam solucionados por ditames preestabelecidos e, sim, pela discricionariedade dos magistrados. Os princípios, integrando e sistematizando a ordem jurídica, estão todos previamente configurados, uma vez que não prejudicam a segurança jurídica.

Noutro vértice, os princípios, muito embora sejam valores que alicerçam a formação social e o Direito, não são imutáveis. Aliás, ao contrário: os valores sofrem mutações, e, portanto, os princípios de um ordenamento jurídico podem sofrer alterações. Os princípios, por sua abstração e generalidade, ampliam a atividade hermenêutica do cientista jurídico, incrementando a sua face criativa e dando azo à adequação dos preceptivos e da ordem legal como um todo às condicionantes históricas que os

⁵⁷ Ao lançar suas críticas ao positivismo tal qual concebido por Hart, Dworkin assevera: "Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas" (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 72).

Portanto, os casos difíceis são fundamentais à teoria de Dworkin. É neles que se evidencia a insuficiência dos tradicionais conceitos do positivismo.

Como exemplo de casos difíceis, Dworkin anuncia os casos *Riggs versus Palmer* e *Henningsen versus Bloomfield Motors*. Confira-se p. 24, da presente Dissertação.

permeiam. Fazem com que o ordenamento jurídico, por si só, seja dinâmico. Contemporaneamente, repise-se, apesar das milhares leis brasileiras, ainda assim todas elas não logram acompanhar as mudanças de uma Sociedade tão complexa. Seguindo esta linha de raciocínio, os princípios permitem que o ordenamento se renove sem que seja imprescindível renovar as leis.⁵⁸

Sucedem que os princípios possibilitam, haja vista a necessária ponderação de seu conteúdo às condicionantes de fato, a alteração de sua compreensão quando se alteram os valores sociológicos. Não é preciso mudar os princípios quando se alteram os valores.

O conceito de precedência condicionada – inerente à aplicação dos princípios – faz com que a apreensão acerca do conteúdo principiológico resulte da ponderação razoável dos fatos. Eis o modo que permite agregar o elemento histórico à construção jurídica, fazendo o agente jurídico perceber intrinsecamente as experiências da vida. Se o tempo transforma os valores, alteram-se as condições que informam os fatos a serem ponderados.

Esse processo é interposto por forte tensão social, traço maior do pluralismo, que, por isso, adentra ao jurídico. A função maior dos princípios é despojar a tradicional dogmática jurídica, abrindo e determinando o sistema ao valor moral que provém da Sociedade.

O entendimento dos princípios permite que o Direito acompanhe a Sociedade. Se assim não o fosse, o ordenamento jurídico seria estático. Ter-se-iam

⁵⁸Canotilho leciona o seguinte: “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)” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 168).

E Carmem Lúcia Antunes Rocha completa: “Dois elementos caracterizadores do Direito Constitucional Contemporâneo encarecem, pois, os princípios como pontos cardeais desta disciplina na atualidade: a sua legitimidade, sem a qual o Direito se perde como referência e possibilidade concreta de realização da norma justa; e a atualização permanente do Direito Constitucional para que o sentido de Justiça que a sociedade oferece e que se altera em cada tempo e local não se perca na poeira dos textos normativos. Pela sua criação constante e pela recriação de suas normas, desempenhadas principalmente pelo exercício da função aplicadora do ordenamento jurídico, a Constituição permanece como fonte primária ideológica, temporal e hierárquica de todas as outras normas que compõem o sistema jurídico. São os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, legitimando-se pela sua coerência com o contexto político, social e econômico que a

regras com interpretações arraigadas em face dos valores que as conceberam e ponto final. As leis inevitavelmente necessitariam ser renovadas em curto lapso temporal, sob pena de perderem sua eficácia.

Os princípios fazem com que o Direito respire. O ordenamento é dinâmico porque a Sociedade o é. Os valores da Sociedade alteram-se com o tempo; logo, o ordenamento, com o objetivo de regrá-la, também terá que fazê-lo. Aí há duas opções: ou ordenamento é alterado externamente, com a criação constante de novas leis para substituir as defasadas e contemplar os novos reclames sociais, ou o próprio ordenamento, internamente, se renova. A primeira opção é, em tudo e por tudo, absurda (as milhares de leis brasileiras, por exemplo, teriam que ser alteradas constantemente). A segunda opção é a única plausível. E esta plausibilidade reside nos princípios jurídicos, que permitem a renovação do conteúdo do ordenamento, sem, necessariamente, reformar-se sequer uma lei.

6 CONCEITO OPERACIONAL DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Com pedestal nas considerações alinhavadas até o momento, propõe-se o conceito operacional de princípios jurídicos.

Os princípios são normas de elevada abstração e generalidade, não circunscritos em pressupostos de fato, relacionados historicamente à moral e à justiça, o que a eles confere superioridade normativa, bem como propicia a descoberta do sentido e da finalidade a ser perseguida na solução de casos concretos, sistematizando e permitindo a adequação da ordem jurídica à dinâmica social, mediante a ponderação justificada pelo razoável.

Em suma: (a) estão definidos sob a égide das normas, pois visam a regular situações jurídicas; (b) são abstratos e genéricos, uma vez que, além de não estarem circunscritos em pressupostos de fato, segundo o próprio nome diz, são a partida, o começo, o limiar e, por isso, não dispõem acerca de pormenores ou peculiaridades; (c) repousam no valor pertinente à moral e à justiça, que é a base da

sociedade vivencia em determinado momento” (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Op. cit. p. 22).

formação social e, por isso, ostentam superioridade em relação às outras normas; (d) apontam sempre para um valor a ser perseguido na solução prática, atribuindo sentido e finalidade à ordem jurídica; (e) resolvem as lacunas do ordenamento, conferindo-lhe a condição de sistema, (f) aprumam-se às mudanças sociais que ocorrem na Sociedade, fazendo com que a ordem jurídica se revitalize; (g) pressupõem a ponderação ou a otimização, devendo ser aplicados na esteira de sua importância, mediante um processo que leve em conta a razoabilidade.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

1 - A Igualdade como Pressuposto da Justiça. 2 - A Importância Jurídica do Valor Social da Igualdade. 3 - Princípio da Isonomia. 4 - Os Princípios da Isonomia e da Justiça Social. 5. - Dimensão Normativa do Princípio da Isonomia.

1. A IGUALDADE COMO PRESSUPOSTO DA JUSTIÇA

A Sociedade visa a atingir alguns objetivos, tais como a previsibilidade jurídica e a justiça, pautando-se por uma gama de valores. Por isso, a fim de alcançá-los em maior medida, fundou o sistema jurídico, determinando quais as condutas e os comportamentos individuais e coletivos são compatíveis a referidos propósitos.

Todavia, em razão de deformações consubstanciadas na submissão ou na dominação de uns por outros, o jurídico e o social apartaram-se do ideal de justiça, revelando profunda crise entre os valores e a sua operacionalidade.

Dentre os fatores que oportunizam vislumbrar a crise decorrente do divórcio entre a justiça e a praxe está a busca de uma ciência jurídica que, sob o argumento de absoluta segurança e previsibilidade, exclui a ponderação dos valores sociais. Entretanto, como é típico ao homem idealizar a justiça, procura-se resgatar tais valores ao jurídico, o que reflete o objetivo de vanguarda da principiologia.

Os princípios são essenciais ao Direito, pois trazem a ele vida e valor, servindo de instrumento para a plenitude da justiça, integrando-o à história e sistematizando-o.

Sem embargo, dentre as causas da deformação social e jurídica que impuseram e impõem a relação de dominação entre grupos sociais, destaca-se a questão da igualdade ou desigualdade. Embora a Sociedade seja formada pela comunhão de indivíduos, as personalidades se desiguam naturalmente, desiguando as forças sociais. Nesta via, dentre os princípios fundamentais para a consecução da justiça está a constante procura pela igualdade, equilibrando as interações sociais.⁵⁹

A igualdade, na dimensão de sua importância, transborda a perspectiva institucional, implicando remissão direta à própria essência humana, que sempre gerou desigualdades,⁶⁰ atraindo toda a sorte de inquirições sociológicas, filosóficas, jurídicas, econômicas, biológicas e em toda a esfera em que a racionalidade pretenda estender-se.

⁵⁹ Tércio Sampaio Ferraz, com apoio nos estudos de Sebastião Cruz, analisa o vocábulo *Direito*, conectando-o aos símbolos que provém da Antiga Grécia e retratando a idéia vestibular de igualdade e equilíbrio para a justiça. Eis suas palavras: "De qualquer modo, o direito sempre teve um grande símbolo, bastante simples, que se materializava, desde há muito, em uma balança com dois pratos colocados no mesmo nível, com o fiel no meio - quando este existia - em posição perfeitamente vertical. Havia, ainda, uma outra materialização simbólica, que varia de povo para povo e de época para época. Assim, os gregos colocavam esta balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*ison*, donde a palavra isonomia). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significa o que era visto como igual (igualdade)" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 1994. p.32).

Llorente arremata: "El Derecho no es, si embargo, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo Derecho se pretende justo, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial (...)" (LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 612). E, em seguida, aponta: "La exigencia del trato igualitario en lo social o en lo político no son sino derivación de un mandato ético, de una idea de justicia material que forma parte del sistema de valores de una determinada cultura (*Idem*. p. 617).

Relembre-se o conceito operacional de *justiça* proposto no primeiro capítulo: "Trata-se da *finalidade* precípua do Direito, cuja função é aferir dos *fatos* e da *experiência histórica* os valores que a Sociedade considera virtuoso e adequado, tendo como condição a aceitação da *pluralidade* e das *minorias*, conferindo a *toda e qualquer pessoa o direito à dignidade*". Portanto, transparece que a igualdade é um valor fundamental e condição para a justiça, uma vez que todos tem, com absoluta igualdade, o direito à dignidade.

⁶⁰ Para Miguel Reale: "Quando se aprecia a *natureza humana* como fundamento da Ética, não devemos atender só ao que é *idêntico no homem*, pois seria repetir, até certo ponto, o erro daqueles que conceberam um homem bom por natureza e igual em todos os quadrantes do espaço e do tempo. Importa também examinar as *desigualdades*, reconhecer aquilo que distingue ou separa um homem de outro homem.

O Direito, como já escrevemos alhures, constitui-se e desenvolve-se porque os homens são desiguais e aspiram à igualdade, são diversos e sentem nas profundidades de seu ser uma inclinação igual para a felicidade, querendo ser cada vez mais *eles mesmos* e ao mesmo tempo aspirando a uma certa tábua igual de valores.

O homem é como Jano bifronte: tem uma face voltada para si próprio, para aquilo que o distingue dos outros homens como um *valor irreduzível*, e tem uma outra face voltada para a sociedade, para o que há nele de comum com os outros homens.

A idéia de Justiça, que, no seu sentido mais geral, exprime proporção e igualdade, é própria do homem como ser racional que vive em sociedade" (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. Op. Cit. p. 307).

Ferrajoli caminha nesta direção: "Em ambos sentidos el principio de igualdad no es una tesis descriptiva sino un principio normativo; no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor o, más sencillamente, un valor que se

O homem é plural, a Sociedade é plural. Se não houvesse desigualdade, não se almejava com tanto afincos a igualdade. O cerne dos debates reside na diversidade natural que, a par das inúmeras teses, força discriminações e, indiretamente, queira-se ou não, acaba levando à injustiça.

Os homens valem-se da justiça para legitimar seus atos. Este conceito importa inúmeras variáveis, já que, reacentue-se, depende dos valores sociológicos e das condicionantes históricas. É certo, porém, que, ao abordar a justiça, como corolário, se enfrenta o velho dilema da igualdade. A explicação da fortuna de uns e da miséria de tantos outros é questão que se agiganta a cada dia e, em contraposição ao avanço da ciência, repousa sobre a perversa lógica contemporânea.

Desde a antigüidade, muitos debruçaram-se e debruçam-se em torno do tema, refletindo suas idéias no respectivo regime social.⁶¹

Aristóteles opõe-se à noção de que os homens sejam iguais por natureza. Existem os que obedecem e os que ordenam. Os homens são diferentes e assim devem ser tratados. Segundo os seus ensinamentos: "Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade - e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si; os defensores dos dois princípios omitem a qualificação das pessoas às quais eles se aplicam, e por isso julgam mal".⁶²

Deste raciocínio provém a velha máxima de acordo com a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Este, aliás, é o primeiro passo para compreender a igualdade e, apesar do transcurso dos séculos, em nada se afasta de sua lapidar procedência. Para se desfrutar a igualdade deve-se atentar para a desigualdade.

postula precisamente porque se reconhece que los hombres son distintos" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e Razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 907).

⁶¹ A igualdade é assunto corrente em todos os tempos, tendo ocupado, direta ou indiretamente, posição privilegiada na obra de vários autores. Todavia, em decorrência do objeto deste trabalho, é inviável pretender realizar abordagem mais abrangente. Neste sentido, se enfatizarão apenas alguns pensadores, que, salvo melhor juízo, contribuíram decisivamente para o entendimento e configuração do princípio da isonomia. É com pesar, porém ciente da importância e com intuito de não se afastar demais das linhas mestras desta pesquisa, que não se discorrerá a respeito dos ensinamentos de tantos outros, como Platão, Hobbes e Tocqueville. Talvez em novo estudo, dedicado exclusivamente à igualdade ou à isonomia, seja conveniente e mais apropriado abordá-los.

⁶² ARISTÓTELES. *A Política*. Op. cit. p. 92.

Rui Barbosa, na Oração aos Moços, dá a prova da perpetuidade da idéia aristotélica, ao afirmar que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".⁶³

O reconhecimento da desigualdade é o pressuposto para se atingir a igualdade. Este foi o grande mérito de Aristóteles, ao perceber que, por serem desiguais os homens, a igualdade não pode ser absoluta. Ao contrário, a igualdade deveria ser proporcional, erigindo a denominada justiça distributiva. Entretanto, como já se advertia, a simples aceitação das desigualdades e seu conseqüente tratamento desigual não podem omitir a qualificação das pessoas e a exata proporção entre as diferenças e o agir tendente a compensá-las.

A igualdade, conquanto seja um dos pilares da filosofia antiga, não passou do patamar teórico. As mais influentes civilizações basearam-se em Sociedades estamentais, financiadas por mão-de-obra escravagista. É visível a incongruência entre o propósito da igualdade e a existência de escravos.

O Cristianismo rompe com o arcabouço de dominação, bem como com a desigualdade institucionalizada que imperou na Idade Antiga e passa a pregar, em termos práticos, a igualdade de todos os seres humanos. O princípio nuclear é que todos são iguais perante Deus, o único ser superior e, pois, supremo. Na Terra, todos os homens compartilham a mesma dignidade e devem ser tratados igualitariamente.⁶⁴

⁶³ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. *Discursos, Orações e Conferências*. São Paulo: Iracema, 1968. p. 202.

⁶⁴ Anacleto de Oliveira Faria, com decalque em Von Mayr e lembrando passagens de São Paulo, assevera: "Especialmente no tocante à extinção do instituto da escravidão, foi decisiva a influência do Cristianismo, influência essa que, no dizer do romanista Von Mayr, se fez sentir muito antes de que se houvesse transformado em religião oficial. Veja-se, nesse particular, as insistentes lições de São Paulo em várias de suas Epístolas: 'Porventura Deus só o é dos judeus?' 'Não o é Ele também dos gentios?' 'Todos vós sois um só em Jesus Cristo', etc. Ressalta-se a circunstância de que o Apóstolo das gentes não se limitou ao prisma teórico do problema, aplicando a tese à realidade, como se vê, por exemplo, da Epístola a Filemon. Por meio dessa carta, São Paulo devolve ao nobre romano um escravo foragido, Onésimo, 'não como escravo, mas ao invés, um irmão caríssimo ... não só segundo a carne, como também segundo o senhor'" (FARIA, Anacleto de Oliveira. *O Princípio da Igualdade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 7-8).

Paulino Jacques também tece considerações sobre o papel do Cristianismo a respeito da igualdade: "O cristianismo, porém, veio reatar a verdadeira tradição bíblica, que não admitia o nivelamento geral dos homens, nem, tão pouco, a submissão incondicional de uns a outros, através da escravidão. A cada um segundo suas obras, a cada um segundo os seus caminhos - era o velho dogma que renascia mais viril e categórico. Com o cristianismo, encontramos, pela primeira vez, com a religião que abstrai de toda diferença de nação, de raça e de língua e até de condição livre do homem - ensinava o saudoso professor Andrade Bezerra. Para o cristianismo todos os homens são iguais, não quanto à sua participação efetiva nas honras ou nos bens desta vida, mas quanto ao reconhecimento de sua qualidade de homem. Essa dignidade implica para todos um mínimo de direitos, aquilo que se torna necessário a cada um para a realização do

A Idade Média, mesmo envolta a prevalência católica na qualidade de religião oficial, foi estribada numa Sociedade estamental. O propósito cristão, por clareza solar, tem arrimo na igualdade; contudo, seus próprios membros, principalmente o alto clero, formaram rígida divisão social.

Rousseau é quem oferece uma nova visão quanto à igualdade, conferindo densidade e consistência teórica às classes oprimidas, sendo que suas lições, tão políticas quanto filosóficas, expressam o perfil da modernidade.

O centro da obra rousseauniana gira em torno da liberdade e da igualdade. Ao enunciar os objetivos do primeiro livro do Contrato Social, Rousseau se depara com a seguinte questão: "O homem nasceu livre, e por tôda a parte geme em ferros; o que julga senhorear os outros é de todos o maior escravo. Donde veio mudança tal? Ignoro-o. Quem a legitima? Esta questão cuido eu resolver."⁶⁵

O Pacto Social parte do pressuposto de que o homem, para vencer o estado natural que compromete sua evolução e ameaça sua sobrevivência, necessita agregar forças. Só assim, como uma força única, ultrapassa a resistência e os obstáculos naturais. Todavia, "como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de êle empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve em si mesmo?"⁶⁶ A resposta está em uma forma social que proteja toda a força e toda a liberdade daqueles que a compõem.⁶⁷

A fórmula alcançada é definida sob "a alienação total de cada sócio, com todos seus direitos, a tôda a comunidade; pois dando-se cada um todo inteiro, para todos é igual a condição, e sendo ela para todos igual, nenhum se interessa em a tornar aos outros

próprio dever, para atingir o próprio fim, para realizar a própria função de ser racional e livre. Todo o homem é um fim e não um meio para outras pessoas. Em cada indivíduo humano há uma pessoa, emanção de Deus, que é preciso respeitar. Por isso todos são iguais, pessoas constituídas da mesma substância divina, o que já lhes garante, de per si, um 'mínimo de direitos', indispensável à realização da existência racional"(JACQUES, Paulino. *Da Igualdade Perante a Lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 20).

Ainda sobre a relação do Cristianismo e o valor de igualdade, Antônio Carlos Elizalde Osório adverte: "É verdade que o Cristianismo não se realizou até agora numa Cristandade, projetando a realização da igualdade Humana para o 'post-mortem' durante muitos séculos, na alienação escapista ainda hoje viva em muitas de suas linhas. É preciso reconhecer no entanto, a sua eficácia histórica parcial na supressão da escravidão antiga (embora admitindo essa forma mais branda, da servidão da gleba), e o papel de fermento inconsciente de transformação no sentido da Igualdade Humana (OSÓRIO, Antônio Carlos Elizalde. *Justiça Social e Igualdade Humana*. In *Anais da IX Conferência Nacional dos Advogados*. Florianópolis, 1982. p. 77).

⁶⁵ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Trad. R.L. Viana. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951. p.

11.

⁶⁶ *Idem*. p. 25.

⁶⁷ *Ibidem*.

onerosa”.⁶⁸ Dessa sorte, arremata o autor de *Emílio*: “Cada um, enfim, dando-se a todos, a ninguém se dá, e como em todo o sócio aqiro o mesmo direito, que sôbre mim lhe cedi, ganho o equivalente de tudo quanto perco, e mais forças para conservar o que tenho”.⁶⁹

Para Rousseau há dois modos de desigualdade. A primeira é a desigualdade por natureza, aquela física, da inteligência, da emoção. Esta espécie de desigualdade é inerente aos humanos. A segunda é a desigualdade social, imposta pelos homens. A desigualdade natural não é preponderante e pode ser contornada pela igualdade civil ou social. As desigualdades naturais não autorizam a subsunção de uns em face de outros, nem predeterminam a participação de quem quer que seja a atividades sociais subalternas.⁷⁰

Anacleto de Oliveira Faria, propondo-se a um apanhado geral no que atine ao prisma filosófico, divide o conceito de igualdade em três correntes principais. O primeiro conceito é o nominalista, segundo o qual é rechaçada a igualdade natural ou social, sobressaltando e justificando todas as espécies de discriminações e diferenças. O segundo enfoque é o idealista, que prega a igualdade social absoluta, conquanto admita as desigualdades naturais. O terceiro diz-se realista, baseado na proporcionalidade; reconhecendo a igualdade, porém afastando a forma absoluta, tanto natural quanto social.⁷¹

⁶⁸ *Idem.* p. 26.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Eis as palavras de Rousseau: “Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das fôrças do corpo e das qualidades de espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo de outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles” (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sôbre a origem da desigualdade*. Trad. Maria Lacerda de Moura. Rio de Janeiro: Athena. p.78).

⁷¹ Cotejando a linha realista com as demais, averba Anacleto de Oliveira Faria: “A terceira posição, ocupada pelos partidários do realismo, acha-se a meio-termo dos extremos nominalistas e idealistas. Para o realismo, existem homens singularmente considerados, como outrossim, existe a humanidade. Consoante os defensores desta posição, a unidade ou igualdade de natureza entre os homens não é uma simples palavra, nem a exigência lógica de uma espécie abstrata (...) Contra o nominalismo, acentua o realismo a existência da humanidade – “a unidade do gênero humano”; contra o idealismo, ressalta o realismo, a existência, no mundo de diversidades, quer naturais, quer sociais, entre os homens” (FARIA, Anacleto de Oliveira. *O Princípio da Igualdade Jurídica*. Op. cit. p. 43).

E adiante precisa o conceito realista: “Pelo que acima ficou exposto, segue-se a conclusão de que o conceito de igualdade não pode ser absoluto (como pretendiam os idealistas), mas se apresenta como sendo proporcional. Proporcional, em primeiro lugar, porque varia de acordo com as exigências precípuas do ser humano. Como acima se afiançou, no que tange aos direitos fundamentais da pessoa, mister se faz seja absoluta a igualdade; entretanto, à medida que descemos na hierarquia desses direitos, surgem normais, as desigualdades, quer naturais, quer sociais. Proporcional, também, porque longe de ser algo imutável, a verdadeira igualdade, concernindo a homens, singularmente considerados, deve levar em conta as

A proporcionalidade enfrenta as desigualdades. Já *prima facie* referencia-se a velha máxima aristotélica, fundamentada na precisão das diferenças e em seu correspondente tratamento diferenciado. Noutra ponta, a igualdade proporcional, dada a força das desigualdades que se espalham por todos os cantos, é limitada e contornada pelos traços comuns e primeiros do gênero humano, denominados Direitos Humanos.⁷²

Ferrajoli propõe uma revisão terminológica mediante a qual as diversidades inerentes à natureza humana, como, por exemplo, sexo, idade, raça, são denominadas *diferenças* e aquelas diversidades de ordem econômica e social são cunhadas como *desigualdades*. Destarte, o professor garantista segue prescrevendo que ambas devem ser reconhecidas, de modo que as primeiras devem ser respeitadas e as segundas removidas ou compensadas na medida do possível. Desse modo, elucidando o fundamento da igualdade, pontifica: “O valor da igualdade, segundo esta primeira aceção, consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como todas as demais”.⁷³

Péricles Prade, tecendo comentários ao aspecto material da igualdade, assevera que “o que interessa, quanto ao assunto aqui enfocado, é a segunda hipótese, ou seja, a pertinente à expressão de um juízo de valor fundado na circunstância de que as diferenças não têm lastro de impedir o exercício da participação social, em havendo *igual capacidade* para usufruir as conquistas da humanidade”.⁷⁴

Afonso Arinos, no mesmo diapasão, aduz: “A idéia de igualdade jurídica deve ser fundada não no conceito de igualdade natural entre os homens, mas no reconhecimento da universalidade do homem”.⁷⁵

diversidades entre os mesmos verificadas. Com efeito, o tratamento igual a pessoas que ocupam situações diversas constituiria autêntica iniquidade” (*Idem*. p. 45).

⁷² João Baptista Herkenhoff conceitua-os: “Por *direitos humanos* ou *direitos do homem* são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir” (HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. v. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30).

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e Razón*. Op. cit. p. 906. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁷⁴ PRADE, Péricles. Discriminação da Mulher e o Princípio da Igualdade. In: *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 102.

⁷⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1968. p. 79.

Já Fábio Konder Comparato enfatiza: “A igualdade perante a lei, muito longe de representar o domínio da forma abstrata sobre as exigências vitais, a hipocrisia da uniformização sobre a autenticidade das diferenças criadoras, é a verdadeira garantia para a evolução harmônica da humanidade, cuja grande riqueza, como bem disse Teilhard de Chardin, é feita pela unidade de suas diferenças”.⁷⁶

As desigualdades naturais e sociais fazem parte da realidade e, por isto, delas não se pode fugir. Na mais tênue hipótese, sob pena de se desprezar a justiça, deve-se amenizá-las, garantindo a todos a plenitude da dignidade humana. Isto implica oferecer condições para que cada homem evolua de acordo com seus méritos. A oportunidade, uma só que seja, é a primeira expressão da igualdade.⁷⁷

A antigüidade foi contraditória ao pregar a igualdade e ao sustentar o regime escravocrata. A Idade Média, estribada no catolicismo, mantinha a incongruência feudal. O limiar da modernidade, na esteira das monarquias absolutas, ensejava toda a sorte de privilégios à casta dos nobres e ao clero. No entanto, contemporaneamente, apesar de vencida a institucionalização da Sociedade estamental, atravessa-se o mais gravoso período de exclusão, de flagrante atentado à igualdade.

Hoje não se fala mais em escravos ou servos, mas em excluídos. Pessoas sem utilidade alguma, postas à margem da Sociedade. Não lhes é dada oportunidade. A desigualdade, quer natural ou social, a cada dia aprofunda-se mais. Os homens declaram a igualdade e praticam a desigualdade.

Não é crível que essa situação vexatória seja da natureza humana. Não se pode curvar às rasgadas injustiças oriundas do fracasso prático da igualdade. Mister é reconhecer as imperfeições que, muito mais do que sociais ou naturais, dominam a razão

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 60.

⁷⁷ Larenz caminha nessa direção: “El principio de la nivelación social reclama la creación de una ‘igualdad de oportunidades’, en cuanto ésta depende de factores exteriores, sujetos a la influencia de la política social. No demanda, en cambio, que todos los hombres, con independencia de cómo quieran aprovechar sus oportunidades, alcancen los mismos resultados y lleguen al mismo estándar de vida, a la misma consideración social y a la misma satisfacción de sus necesidades vitales – a partir de un cierto punto” (LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993. p. 148).

Cumprir realçar que a oportunidade é tão-só a primeira manifestação da igualdade. Como percebe Osvaldo Ferreira de Melo, não se trata de critério suficiente. Veja-se: “A igualdade de oportunidades é apresentada hoje como postulado da democracia social. Entretanto como as pessoas têm condições físicas e mentais muito diferenciadas, o nivelamento pretendido para igualar o ponto de partida não pode ser resolvido só pelas oportunidades econômicas e outras oferecidas” (MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Op. cit. p. 46).

humana. O homem é o responsável por seus atos e, por conseqüência, por seus erros. A Sociedade precisa de um objetivo; a igualdade, mais do que isso, é um desafio.

O humano requer a igualdade. Trata-se de uma exigência que lhe é imanente. Por mais diferente que dois homens sejam, sempre serão homens e, como tais, igualmente devem ser considerados.

2 A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO VALOR SOCIAL DA IGUALDADE

Os princípios jurídicos não se referem tão-só a questões de validade ou invalidade. Este é o atributo central das regras jurídicas. Os princípios, por outro lado, geram considerações tocantes à sua importância. Quer-se dizer que, enquanto para se aplicar uma regra investigar-se-á basicamente sua validade, aos princípios, visto que não fornecem respostas definitivas e podem ser ponderados sob o prisma de outros princípios opostos e das condicionantes de fato que informam o caso que se apresenta, é necessário realizar a otimização da importância do *valor* que lhes corresponde, contrapondo-os e combinando-os aos dos demais princípios do ordenamento.

Desta forma, é imperioso à apreensão de um princípio reunir elementos que exponham a importância do valor que o informa, a fim de aplicá-lo sempre e com a maior ênfase possível. É que, ao concretizá-lo, ter-se-á que conjugar argumentos que justifiquem, sob a égide da razoabilidade, a sua adoção em sobreposição a outros. Os princípios, repete-se, representam ao Direito os valores de justiça da Sociedade. Todavia, estes valores não são lineares, mas apresentam-se, por vezes, em relação de tensão e variáveis em face da experiência humana. Em virtude dessa relatividade, não havendo valores absolutos, também não há princípios absolutos, nem, tampouco, qualquer espécie de hierarquia entre eles. Por conseqüência, o princípio será mais ou menos efetivado na proporção do valor que ele representa para a Sociedade.

A igualdade é um tema que sempre inspirou as mais diversas idéias. Constitui um valor que, embora as variações que as acepções históricas e filosóficas lhe

impuseram, se fez a base do que hoje se denomina *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*.⁷⁸ O princípio da isonomia revela exatamente este valor ao Direito.⁷⁹

O valor segundo o qual todos os seres humanos, sem negar as diferenças que os afetam, em sua essência são iguais. Nenhum homem é igual ao outro, mas todos comungam identidade que traduz a dignidade do gênero.

Ferrajoli, aproximando o conceito de *Direitos Fundamentais* e o de igualdade jurídica, preconiza que "a igualdade jurídica, tanto formal como substancial, pode ser definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. Os direitos fundamentais são, com efeito, as técnicas mediante as quais a igualdade resulta em ambos os casos assegurada ou perseguida"⁸⁰. E, adiante, esclarecendo o verdadeiro sentido dessa relação, ressalta: "Em todos os casos, entre igualdade jurídica e direitos fundamentais existe uma relação bi-unívoca: não só a igualdade é tal enquanto constitutiva dos direitos fundamentais, senão que também os direitos são tais enquanto constitutivos da igualdade".⁸¹

Os Direitos Fundamentais, com referência aos Direitos Humanos, retratam a própria significação da igualdade. Todos em essência são iguais e da mesma forma

⁷⁸Embora os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sejam muito próximos, há uma tênue diferença entre ambos.

Antonio E. Perez Luño as percebe: "Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido ás preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico o fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho" (LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed.. Madrid: Tecnos, 1995. p. 47)

⁷⁹ O princípio da isonomia é conceituado como o princípio jurídico que incorpora a amplitude do valor social de igualdade. Neste tópico discorre-se acerca do valor que informa o princípio. Sem embargo, o princípio em si será abordado no tópico seguinte.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e Razón*. Op. cit. p. 907. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁸¹ *Idem*. p. 908. (Tradução livre do autor da presente Dissertação)

⁸¹ Comentando o garantismo de Ferrajoli, o professor Sérgio Cademartori assinala: "De qualquer sorte, a igualdade jurídica, tanto formal como substancial, é definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. As garantias dos direitos de liberdade (ou "direitos de") asseguram a igualdade formal ou política, enquanto as garantias dos direitos sociais (ou "direitos a") possibilitam a igualdade substancial ou social.

Em consequência, o *direito à igualdade* é concebido por Ferrajoli como um metadireito, tanto no que respeita à liberdade, assegurada pelos direitos de liberdade, quanto à fraternidade, pretendida pelos direitos sociais" (CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 166).

devem ser respeitados e tratados. A magnitude desta idéia ceifa privilégios irrazoáveis e, noutra ponta, assegura aos homens sua dignidade.⁸²

A igualdade foi o fundamento das teses que fomentaram a onda revolucionária e reformista que culminou na derrocada do absolutismo. De lá pra cá, como premissa do Estado de Direito, avulta dentre o conceito de Direitos Humanos e, mormente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, celebrada pela Organização das Nações Unidas em 1948.⁸³ Este documento marca um consenso universal de que há

⁸² A igualdade é conceito chave na obra de Dworkin: “El concepto central de mi argumentación no será el de libertad, sino el de igualdad. Doy por sentado que todos aceptamos los siguientes postulados de moralidad política. El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de legar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración. No debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de outro o superior a ella. Tomados en conjunto, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad; pero lo que encuncian es una concepción de la igualdad, no de la libertad como licencia. (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. cit. p. 388-389).

Em virtude destes apontamentos, Juan Castillo Vegas, em artigo intitulado *Puntualizaciones a una propuesta de Dworkin*, sustenta que o professor de Oxford destacou em sua obra o direito à igualdade como o fundamento de todos os demais Direitos Humanos. Não obstante, ressalva que Dworkin deveria situar tal embasamento na dignidade humana. Neste sentido, pontifica o autor:

“Pero podemos ir más allá y preguntar por el fundamento de la dignidad humana y de la igualdad de esta misma dignidad en todas las personas humanas. La dignidad de la persona humana, es decir, su categoría y excelencia en su condición de tal, tiene como causa las facultades o caracteres esenciales del ser humano que son la razón, la voluntad, la libertad y la responsabilidad. Todo ser que reúna estos caracteres o potencias posee la personalidad y se distingue radicalmente de los seres inferiores. Esta es la verdadera causa de la dignidad humana, de la gran dignidad de toda persona como ente o centro inteligente y libre que tiene dominio sobre su propio ser y sobre su destino personal

La igualdad en la dignidad y, por tanto, en los derechos de todos los seres humanos tiene como causa o fundamento la igualdad en la esencia humana racional y libre en todos los hombres. Cuando hablamos en Derecho de la universalidad y de la igualdad del respecto incondicionado que es debido a toda persona, no significa que no tenga un fundamento racional y libre, sino que no debe ponerse condiciones dependientes de caracteres accidentales de las personas como son los políticos, económicos, sociales, culturales, etc. La unidad de esencia y de especie de todos los seres humanos fundamenta la dignidad común a todos ellos y la igualdad de los derechos humanos que les corresponden” (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 68-69).

⁸³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas é de grande repercussão e valia. Em todo o seu texto é remansosa a inspiração no valor de igualdade. O primeiro parágrafo do preâmbulo já dispõe: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus *direitos iguais* e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo” (Grifo acrescido). Em sequência o artigo 1 prescreve que “todos os seres humanos nascem livres e iguais”. O artigo 2, por sua vez, estabelece que “toda pessoa tem todos os direitos e liberdades proclamados nesta Declaração, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição”. Na mesma linha, o artigo 7 determina que “todos são iguais perante a lei e têm, sem distinção, direito de igual proteção da lei”. Em suma, transparece que a igualdade perpassa todo o documento, sendo lícito afirmar que é o valor precípua. Todos são humanos e, por isso, todos devem ser tratados com a igualdade que respeita esta condição.

certos Direitos que se sobressaem em relação aos demais, já que são condições ou pressupostos à própria definição humana.⁸⁴ Por isso estes Direitos são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Em síntese, deles não se pode olvidar, em hipótese alguma.

Os Direitos Humanos, após o reconhecimento universal, passaram a ser incluídos em quase todas as constituições ocidentais modernas dentro da seção dos *Direitos Fundamentais*. Como sabido, a Constituição, por si só, revela as normas magnas, supremas no contexto jurídico de determinada Sociedade. Em tributo ao seu caráter basilar, algumas dessas normas constitucionais foram ressaltadas em detrimento das demais, dado que, como se deduz do próprio nome, são fundamentais ao ordenamento. A qualidade de fundamental faz com que estes Direitos recebam maior garantia e segurança constitucional, sendo imutáveis ou de mudança dificultada e, por consequência, vinculando todo o arcabouço jurídico à sua efetividade e aplicação.

Sucedem que estes Direitos Fundamentais seguem uma linha de construção lógica. Todos eles, e aí se aproximam do conceito de princípios, descendem dos valores básicos e abrangentes que são essenciais ao homem para o desenvolvimento de uma Sociedade justa.

Dentre os valores enfatiza-se o da igualdade que, em sua forma jurídica corporificada no princípio da isonomia, é normativamente posta na frente de todos os outros Direitos Fundamentais.

É isso que ocorre no Brasil, dado que o valor jurídico da igualdade (isonomia), encartado na atual Carta Magna, num título que encerra uma série de Direitos considerados como fundamentais, no capítulo concernente aos direitos e deveres

⁸⁴ Norberto Bobbio confere proeminência à Declaração da Organização das Nações Unidas, atribuindo-lhe, também, com remissão ao consenso que nele é expresso, o *status* de fundamento dos Direitos Humanos. Veja-se: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26).

Infelizmente o referido consenso não se faz presente na *praxis*. Teoricamente os Direitos Humanos e a igualdade são reconhecidos e declarados em diplomas normativos, contudo na prática ambos vêm sendo diuturnamente violados.

Nesse sentido, Norberto Bobbio adverte: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-lo, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (*Idem*. p. 25).

individuais e coletivos, precisamente no *caput* de seu único artigo (5º), está assegurado em posição de destaque em face dos demais preceitos que vêm abaixo dele.

A igualdade como valor fundamental da ordem jurídica consubstanciada no princípio da isonomia, confundida com a idéia de Direitos Humanos, abrigada constitucionalmente na qualidade de Direito Fundamental e, ainda, elevada dentre todos os demais Direitos que assim o são definidos, é dos preceitos normativos de maior importância.⁸⁵ Não se quer dizer, repita-se, que seja um conceito absoluto. Entretanto, ao aplicá-la, envolvendo-a no processo hermenêutico de ponderação, que é típico aos princípios jurídicos, o cientista do Direito deverá tomá-la na maior amplitude possível, sempre almejando sua concretização.

3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Em que pese o reconhecimento da primordialidade do valor de igualdade à condição humana, não há consenso a respeito de seu conteúdo. Longe disto, em virtude da íntima ligação do tema à natureza humana, compreendê-lo é, de forma indireta, captar a essência do homem.

Afora inúmeros aspectos e prismas analisados, surgiu na obra de Rousseau o conceito de igualdade civil. O autor da obra *Contrato Social*, reconhecendo e minimizando as desigualdades que regem a natureza do homem, prioriza a igualdade

⁸⁵ Apesar de não se concordar com a idéia de hierarquização de princípios, José Souto Maior Borges a propõe, arguindo a supremacia do princípio isonômico em conjunto com o princípio da legalidade. Confira-se: “Nota-se que, na linguagem-objeto do texto constitucional (art. 5º, *caput* e item I) a isonomia, tal como relativamente à CF de 1946 anotara Francisco Campos, vem em 1º lugar no elenco dos direitos e garantias constitucionais, não só isso porém. A igualdade tem dupla primazia ‘topográfica’: está no *caput* do art. 5º e no seu item I. Mas a isonomia não é a rigor necessariamente descritível, na metalinguagem doutrinária, como um princípio diverso da legalidade (art. 5º, II). Somos isonômicos diante e na lei, não perante atos infralegais. Pobre direito seria a isonomia se rebaixada e alojada em atos normativos inferiores (portarias, instruções normativas, decretos etc.). Uma degradação do princípio na sua fundamental dignidade de questionamento. Legalidade e isonomia: o mesmo, o princípio dos princípios constitucionais, no elenco dos direitos e das garantias individuais” (BORGES, José Souto Maior. *Pro-Dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais*. In *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 146).

dentro do corpo social. O homem poderia ser diferente de todos os demais; entretanto, aos olhos da Sociedade, sustenta a mesma posição e qualidade.⁸⁶

Essa teoria deu azo à construção do conceito de isonomia, que liga o valor social da igualdade ao sistema jurídico. Neste talante, com o escopo de contornar as desigualdades inerentes à espécie, importa que a lei tenha a todos sob o mesmo abrigo.

Foi em França, onde a bandeira revolucionária insculpiu os propósitos de *égalité, liberté, fraternité*, que a isonomia ganhou corpo e difusão.⁸⁷ Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à Constituição de 1791, tem-se erigida a igualdade de todos perante a lei, abolindo os privilégios de sangue. Daí em diante o princípio da isonomia passou a ser um dos cânones da luta pelos Direitos Humanos, fazendo parte do constitucionalismo ocidental.

Desse modo, entende-se por isonomia o instrumento que traduz principiologicamente ao Direito o valor precípua da igualdade humana. *É a norma jurídica que recebe e incorpora o valor da igualdade entre os homens.*

Muito embora a dilatada apreensão que se dispensa ao princípio da isonomia, os primeiros passos da concretização jurídica da igualdade restringia a sua incidência ao controle da atividade administrativa e judiciária. Aqueles, imbuídos pela Sociedade e, mormente na forma democrática, eleitos pelo povo para elaborar as leis não estavam restritos a qualquer princípio. A isonomia, inicialmente, só vinculava quem deveria aplicar as leis, não quem deveria fazê-las.⁸⁸

⁸⁶ Eis o pensamento de Rousseau: “Já disse o que é a liberdade civil; quanto à igualdade, não se tenha por sua voz, que os graus de riqueza e poder sejam absolutamente os mesmos; mas que a respeito da potência esteja ela salva de toda a violência, e nunca se exerça, senão em virtude do pósto, e das leis; e quanto à riqueza entendo que nenhum cidadão seja assaz opulento, que possa comprar outro, e nenhum tão pobre, que seja constringido a vender-se; isto supõe da parte dos grandes, moderação nos bens e no crédito, e de parte dos pequenos moderação na avaréza e cobiça.

Essa igualdade, dizem, é uma quimera de especulação, que não pode existir em prática. Se o abuso é porém inevitável, segue-se não será necessário ao menos regulá-lo? É precisamente porque a força das cousas tende sempre a apagar a igualdade, que a força da legislação deve sempre tender a conservá-la” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Op. cit. p. 74).

⁸⁷ Ressalve-se, contudo, que a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América do Norte é o primeiro documento com expressão normativa a prescrever “que todos os homens foram criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, em cujo número estão a vida, a liberdade e o desejo de bem-estar”.

⁸⁸ Bonavides, valendo-se dos ensinamentos de Anschütz e vislumbrando historicamente as diversas concepções da isonomia, assinala: “Substancialmente, a igualdade nesta fase se resume em igualdade ‘perante’ a lei, não igualdade ‘através’ da lei, não igualdade ‘feita’ pela lei. Reinava, então, o entendimento de que o ‘perante a lei’ do princípio da igualdade dizia unicamente com os órgãos aplicadores do Direito; não vinculava o legislador, sendo a regra genérica abreviadamente formulada por Anschütz, constitucionalista weimariano, nos seguintes termos: “as leis devem ser cumpridas sem considerações de pessoa” (BONAVIDES, Paulo. *A Isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal*. In *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 99).

A consequência é que o princípio não gozava de sua plenitude. Os homens eram iguais se e quando a lei entendesse que assim o fossem. Tendo em vista que os legisladores foram eleitos pelo povo, sendo os responsáveis pela inserção do preceito isonômico no corpo do ordenamento jurídico, não estavam por ele cingidos. O princípio da isonomia foi incorporado ao princípio da legalidade. Aqueles que deveriam aplicar as leis estavam adstritos a concretizar com exatidão o conteúdo delas sem considerar-lhes o mérito.

Nos Estados Unidos, nação que primeiro estipulou o preceito normativamente, é que a isonomia passou a vincular todos os poderes. Autores remetem-se à jurisprudência norte-americana que consolidou e deu amplitude ao Poder Judiciário, surtindo efeitos, também, no Poder Legislativo.⁸⁹ A isonomia galga dignidade axiológica de elevado extrato, uma vez que todos os órgãos públicos são vinculados a ela.⁹⁰

⁸⁹ Carlos Roberto Siqueira de Castro, antes de colacionar vários arestos provenientes dos Estados Unidos da América do Norte, comenta: “O grande papel contemporâneo da *equal protection of the laws* no direito norte-americano, conforme prevista nas 5^o e 14^o Emendas à Constituição dos Estados Unidos, é justamente o de impedir o abuso do poder normativo governamental, isto em todas as suas exteriorizações, de modo a repelir os males da irracionalidade e irrazoabilidade, em suma, do destempero legislativo, de que não está livre a atividade normativa levada a efeito nas gigantescas burocracias modernas” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 71).

⁹⁰ Seabra Fagundes é um dos precursores, no âmbito nacional, da doutrina que estende o controle da igualdade jurídica sobre os órgãos legiferantes. Eis o seu escólio: “Ainda quando o princípio da igualdade jurídica possa parecer, na literalidade da sua enunciação pela Constituição da República (Todos são iguais perante a lei, art. 141, § 1^o), apenas endereçado ao aplicador das normas legislativas – o administrador ou o juiz – o certo é que, pelas razões superiores que o inspiram e pelas finalidades a que se destina, é endereçado, também, ao legislador. Para melhor compreender a exatidão dessa verdade, basta atentar em que o cânon da igualdade perderia por inteiro a sua significação, como princípio expresso nas Cartas Políticas dos Estados democráticos, se o Poder Legislativo o pudesse desconhecer. As desigualdades não nasceriam eventualmente de atos administrativos ou de sentenças, mas se multiplicariam a critério do órgão legiferante, exatamente aquele que, pelo largo alcance dos seus atos quanto às pessoas, maior número de situações pode afetar com tratamento discriminatório (FAGUNDES, Seabra. *O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955. p. 3.)

Bandeira de Mello segue as lições de Seabra Fagundes: “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se revelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 9).

E adiante completa: “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo o modo assimilado pelo sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (*Idem*. p. 10).

Não há motivo plausível para se privar o Legislativo do respeito à isonomia. *Ad argumentandum tantum*, se é correto afirmar que o mesmo não tem propensão a ofendê-lo, com mais ênfase deveria se dispor ao controle. O arrazoado restritivo cai por terra em frente à supremacia principiológica no campo do Direito. A igualdade *perante* a lei pressupõe que haja a igualdade *na* lei. Sem isso a hermenêutica seria ilógica e irrazoável. A ordem jurídica veda discriminações infundadas, não importando de onde provenham.

Ademais, haja vista que a isonomia abraça também o Poder Legislativo, vem a lume a questão de quais as discriminações são toleráveis pelo Direito. As leis nada mais fazem do que discriminar situações em detrimento de outras. Para reger a Sociedade, algumas condutas e alguns grupos inexoravelmente serão diferenciados. Por isso, Llorente afirma “que é próprio do Direito estabelecer diferenças”.⁹¹

Neste sentido, Siqueira de Castro pondera: “É errôneo supor que a regra constitucional da isonomia impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Isto porque o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas, bens e valores segundo toda a sorte de critérios fáticos”.⁹² E adiante: “Aliás, se tudo e todos fossem iguais perante a lei, de modo absoluto chegar-se-ia à conclusão absurda de que a lei não poderia classificar, portanto estabelecer valorações fático-jurídicas, tendo de tratar a tudo e a todos da mesma maneira, o que importaria num tremendo cerceamento do exercício do poder normativo do Estado”.⁹³

Logo, a fim de se saber quais as diferenças são toleráveis e quais não são, imediatamente é resgatada a máxima aristotélica, assaz lembrada e não poucas vezes ignorada, que propugna tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Este é o ponto de partida que se infere de todas as aplicações isonômicas. Entretanto, a fórmula que provém da antigüidade não está pronta, já que omite a qualificação daqueles que estão em desigualdade e em qual proporção se autoriza o discrimine tendente a igualá-los.

⁹¹ LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Op. cit. p. 611. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁹² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Op. cit. p. 44.

⁹³ *Idem*. p. 47-48

Celso Antônio Bandeira de Mello oferece a seguinte questão: “A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma; qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia”.⁹⁴

Alexy, procurando melhor compreender e concretizar a conhecida proposição acerca da justiça distributiva, para precisar o entendimento a respeito da dicção isonômica, quanto à primeira parte, objetivamente, traduz mediante o enunciado: “Se não há razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”.⁹⁵ Por outro lado, a segunda parte é estruturada sob o seguinte prisma: “Se há razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.⁹⁶ Ambas as formas dependem de uma razão suficiente, que, por sua vez, repousa num problema de valoração. Portanto, conclui o constitucionalista alemão: “A assimetria entre a norma de igualdade de tratamento e desigualdade de tratamento tem como consequência que a máxima geral de igualdade pode ser interpretada no sentido de um *princípio de igualdade* que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”.⁹⁷

No entanto, admitindo ainda não responder à questão, ressalva: “A interpretação da máxima da igualdade como regra de carga da argumentação pode estruturar um pouco mais o problema da valoração, porém não solucioná-lo. A máxima da igualdade não dá resposta à questão de se saber o que é uma razão suficiente para a permissão ou a obrigatoriedade de uma diferenciação”.⁹⁸

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Op. cit. p. 11.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 395. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁹⁶ *Idem*. p. 397. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁹⁷ *Idem*. p. 398. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁹⁸ *Idem*. p. 398. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

A solução que permite vislumbrar e delinear a correta apreensão de uma razão suficiente de igualdade ou desigualdade está na teoria acerca dos princípios. Para se concretizar o princípio isonômico, deve-se valer do processo de ponderação levado a termo pela razoabilidade, tendo em vista as condicionantes de fato de cada caso. Os princípios não fornecem respostas prontas, e a atividade do cientista é ampliada. Não há critério preestabelecido, o que força o intérprete a investigar caso a caso a plausibilidade das razões que ensejam o tratamento diferenciado.

Convém salientar, em termos gerais, que um tratamento desigual sempre deverá guardar correspondência a uma desigualdade de fato. Dela, aliás, não se pode divorciar, uma vez que, para ser razoável, o tratamento desigual deve ser respaldado e, por outro lado, deve respaldar uma situação de fato deveras desigual.

Alexy, procurando solucionar a questão, salienta que, para a isonomia se compatibilizar ao tratamento desigual, é necessário que o mesmo não seja revestido de arbitrariedade.⁹⁹ Para tanto, deve haver uma razão plausível que justifique este tratamento. Esta não é inarredavelmente a melhor ou a mais justa; entretanto deve ser, repita-se, plausível.

O espanhol Llorente, vislumbrando a similaridade hermenêutica da doutrina e da jurisprudência para elencar os critérios que autorizam as discriminações legais, explana: “Os termos com os quais se intenta explicar qual é este critério são mais ou menos coincidentes em todas as doutrinas ocidentais. Os americanos falam de *reasonableness*, os italianos, de *raggionevolezza*, e nós, no Tribunal Constitucional, temos falado mui freqüentemente de razoabilidade, de que as diferenças devem ser razoadas e razoáveis; os alemães falam, sobretudo, da interdição da arbitrariedade”.¹⁰⁰

A isonomia, que é um princípio, sofre as mesmas incertezas hermenêuticas que fizeram com que a tradicional dogmática jurídica desprezasse sua magnitude normativa. Na esteira dos ensinamentos de Dworkin,¹⁰¹ não se pode listar exhaustivamente as exceções a um princípio, bem como, *mutatis mutandis*, no caso em tela, não é possível circunscrever as razões que autorizam, em nome da isonomia, um tratamento legal diferenciado. O único critério relevante, que se aplica a todos os casos, é que a discriminação há de retratar uma desigualdade de fato plausível à sua adoção. Esta

⁹⁹ *Idem.* p. 400. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

¹⁰⁰ LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del poder. Estudios sobre la Constitución.* Op. cit. p. 646. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

¹⁰¹ Confira-se capítulo primeiro.

plausibilidade é o que de forma geral se denomina razoabilidade, cujo sentido, em última instância, requer a correspondência entre a lei e os valores sociais, ou, nos dizeres de Llorente, “a consciência jurídica da comunidade”.¹⁰²

A razoabilidade é conceito essencial ao Direito. Através dela se instrumentaliza a ponderação dos valores principiológicos. Seguindo esta linha, enquadrando a igualdade ao jurídico mediante o princípio da isonomia, não é estranho apontar a razoabilidade como critério e fator determinantes. Logo, a lei não pode impor discriminações, salvo se razoáveis aos demais valores sociais.

4 Os PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA JUSTIÇA SOCIAL

Apesar da lapidar amplitude e da extrema capacidade de vinculação atribuída ao conceito isonômico - introduzindo o valor social da igualdade ao Direito - a isonomia, em sua primeira fase, se delineou sob o aspecto negativo. Ou seja, o poder público deveria tratar a todos da mesma forma. Ele deveria abster-se, tomando, além de ilegítimo, ilegal qualquer privilégio concedido a seus cidadãos.

A isonomia cunhada pela Revolução Francesa de 1789 serviu como luva apertada ao ideário liberal que lhe informava a época. Assim ergueu-se a igualdade

¹⁰² LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Op. cit. p. 647. (Tradução livre do autor da presente Dissertação).

Bandeira de Mello delimita hipóteses em que se justifica o tratamento desigual. Este, aliás, é o objeto central de seu estudo monográfico. Como é inviável transcrever todo arrazoado, traz-se à tona suas conclusões finais: “Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II - A norma adota como critério de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fato ‘tempo’ - que não descansa no objeto - como critério diferencial. III - a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V- A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimenes*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via

jurídica, que agasalhava as pretensões da emergente burguesia. Ela foi jungida à abolição dos privilégios que impediam o pleno desenvolvimento do capital.

A Sociedade francesa que se construiu após a Revolução traduziu a prevalência e o poder dos burgueses. A isonomia não reduziu as desigualdades de fato, não estreitou as relações entre comandantes e comandados, nem, tampouco, conferiu dignidade ao campesinato, porém assegurou a expansão da classe detentora do poder. A igualdade jurídica, exclusivamente formal, legitimava o *status quo*, já que desconsiderava a desigualdade que imperava e impera no mundo dos fatos.

A isonomia autorizava a omissão do Estado a uma atuação concreta tendente ao equilíbrio social. Todos eram tratados sob a mesma ótica e, portanto, se havia exploração econômica e dicotomia social, tais fatos passavam à margem da esfera pública. O princípio, propugnando tomar todos os homens na mesma conta e pela não intervenção do Estado para dirimir as desigualdades, acaba por reforçá-la.¹⁰³

Nessa perspectiva, a isonomia desautorizava ações tendentes a equilibrar as interações sociais. As profundas diferenças sociais não podiam ser combatidas, pois, para tanto, é necessário tratar-se desigualmente os desiguais. Este entendimento a respeito da isonomia pode ser assinalado como, no mínimo, incompleto, haja vista que isoladamente inverte o valor social de igualdade que o inspirou.

Não se quer dizer, com isso, que esse aspecto da isonomia deva ser desprezado. Cumpre assinalar que a noção negativa, embora não seja o bastante, é imprescindível para o desenvolvimento de uma Sociedade que pretende a igualdade. Mesmo sem abranger e almejar suprimir as desigualdades de fato, a significação vestibular do preceito isonômico é de imensurável procedência. Sem ela, decreta-se a impossibilidade fática de se produzir igualdade. É, em outras palavras, o pressuposto para se tolherem as desigualdades de fato, contemplando a justiça social. Se a própria lei já de antemão institucionaliza a desigualdade, é mais difícil vencê-la. O problema não está no

implícita” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Op. cit. p. 47-48).

¹⁰³ Esta concepção que restringia a igualdade ao aspecto formal foi transplantada ao Brasil. Francisco Campos, a par da amplitude que dá ao princípio, deixa passar o ideário liberal que orientou e orienta boa parte da doutrina e da jurisprudência nacional. Com efeito: “O princípio não tem, portanto, como foco de incidência um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou que sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e

entendimento negativo acerca da isonomia, mas no modo absoluto e isolado de interpretá-la. O princípio indica que o Direito, em regra, deve tratar a todos da mesma forma, salvo se para atenuar ou corrigir as desigualdades.

Dentro desse quadro foi valiosa a ponderação de Aristóteles no sentido de se encarar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Apesar de não suficiente, insiste-se, este foi o primeiro passo para o entendimento no tocante à isonomia. Aqueles que estavam na mesma condição deveriam receber o mesmo tratamento.

No entanto, a introdução desse elemento não teve o toque de afastar as injustiças e distinções sociais. Os ricos, por serem iguais, eram tratados e privilegiados como ricos. Os pobres, por sua vez, eram tratados e discriminados como pobres e ponto final. Siqueira Castro, sobre este particular, anota que, “respeitado que seja o símile, válido será o discrimine”.¹⁰⁴ Por este prisma, uma lei ou qualquer outro ato público não pode prescrever as mesmas condições aos desiguais, todavia nada lhe impedia que, respeitando as diferenças, as acentue ainda mais.¹⁰⁵

A isonomia necessitava ainda apreender e consolidar seu inteiro teor. Como um princípio jurídico originado do valor social precípua de igualdade entre os homens, não lhe é próprio se restringir tão-somente à parcimônia liberal. Muito mais do que vedar discriminações, o preceito isonômico, conforme a suprema normatividade dos princípios jurídicos, exige uma atitude positiva a fim de cortar as arestas das desigualdades.

Os princípios jurídicos são o ápice do ordenamento, vinculando todo o aparato jurídico e político de uma determinada Sociedade. E assim o são porque

a ordem jurídica.” (CAMPOS, Francisco. *Igualdade de todos perante a lei. Revista de Direito Administrativo*. vol. X. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1947).

¹⁰⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Op. cit. p. 67.

Neste passo, Siqueira Castro, novamente, observa: “O grande dilema de que padece o princípio da isonomia, em sua formulação liberal burguesa, reside na impotência virtual que o mesmo apresenta para eliminar ou diminuir, a pretexto da exigência constitucional, as desigualdades materiais entre os homens. Tudo porque, como procuramos demonstrar anteriormente, sendo tal princípio desconstituído de conteúdo concreto, seu elemento teleológico cinge-se a exigir igual tratamento normativo para todos quantos estejam em idêntica situação de fato, nada aduzindo acerca do grau de justiça e moralidade das relações humanas no contexto social” (*Idem*. p. 52).

¹⁰⁵ Llorente, desta vez comentando os ensinamentos de Aristóteles, pondera: “Sobre todo, y ello es lo que aquí sobre todo importa, no se deriva de ella ninguna exigencia de trato igual a todos los hombres simplemente en cuanto hombres; ninguna afirmación de igualdad substancial de lo humano que prohíba establecer entre los hombres, sea cual sea la finalidad perseguida, diferencia alguna o, lo que es lo mismo, que ordene tratar a todos los hombres por igual. Aristóteles no es, seguramente, un teórico de las diferencias entre los hombres, pero tampoco, en modo alguno, un negador de su posibilidad” (LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Op. cit. p. 616).

traduzem axiologicamente os valores sociais no âmbito deontológico do Direito. Portanto, é condição *sine qua non* à sua plena normatividade corresponder aos valores sociais que os inspiram.

Bem se vê que o princípio da isonomia revela o valor social que liga a igualdade ao Direito. E, neste contexto, o conteúdo do princípio não se reduz à vedação de discriminações legais. A igualdade jurídica reclama a atuação no mundo dos fatos, dirimindo as desigualdades materiais. A Sociedade não espera tão-somente que o poder público vede privilégios, mas que atenuie a desigualdade de fato.¹⁰⁶

Na atual Constituição brasileira, a isonomia estende-se à obrigação do Estado em amenizar as diferenças sociais. Já no preâmbulo, o constituinte enunciou como objetivo nacional “assegurar o exercício dos *direitos sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna”.¹⁰⁷ Por sua vez, o artigo 3º, ainda listando os objetivos fundamentais da República, dentre eles elenca: “I. construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (...) III. erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*; IV. promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁰⁸ Por fim, além de outras manifestações isonômicas especiais ou indiretas, o artigo 5º, ao dispor acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu *caput* é claríssimo ao determinar que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes* (...)”.¹⁰⁹

Percebe-se que dentre os valores que serviram de pedestal ao constituinte estão a *igualdade* e a *justiça social*. É latente a remissão aos mesmos. Aliás, é realizada repetidas vezes para acentuar a posição segundo a qual o Brasil, por expressão

¹⁰⁶ Para Meirelles Teixeira há as desigualdades legítimas, fundadas nos dotes do talento e, em contraposição, as desigualdades artificiais, criadas pela injustiça social. Desta feita, aponta: “Ora, é evidente que não se pode ser a mesma a posição do Estado em face dessas *duas ordens ou espécies de desigualdades*, pois as primeiras devem ser reconhecidas, amparadas e mesmo estimuladas, ao passo que as segundas devem ser combatidas, seja suprimindo-se as suas causas (reformas sociais e políticas, política geral do Estado), seja amparando-se os mais fracos, ou ainda atenuando-se ou mesmo suprimindo-se as situações ilegítimas de desigualdade (supressão de privilégios, de distinções injustas)” (TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. (Organizado e atualizado por Maria Garcia). São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 729).

¹⁰⁷ Grifo acrescido.

¹⁰⁸ Grifo acrescido.

¹⁰⁹ Grifo acrescido.

constitucional, busca a isonomia através da justiça social. Ou seja, isonomia não apenas formal, mas garantindo a todos a dignidade humana, tolhendo a dicotomia social.

O significado da justiça social encontra-se muito próximo ao atribuído à isonomia. Revestem-se um e outro da finalidade de se minimizar as desigualdades. O valor que os informa é o mesmo: fazer com que cada homem tenha preservada e respeitada sua dignidade. Justiça social visa a erradicar a pobreza, a miséria, a conferir oportunidades ao desenvolvimento sadio; traduz, também, tudo o que se espera da igualdade. Os dois princípios se completam, não sendo razoável apartá-los juridicamente.

Essa linha de pensamento é facilmente contextualizada pelo conceito de rede principiológica, em que todos os princípios integram-se, traduzindo os valores sociais no campo do Direito. Ora, mediante a interpretação sistêmica dos princípios jurídicos e cientes que a isonomia e a justiça social são salientados na novel Constituição, combinando-os, conclui-se que a isonomia é alcançada através da justiça social e assim reciprocamente. Os dois princípios estão diretamente ligados. Um informa o outro e ambos se completam.

Deduz-se, sem receios, que, a partir do texto constitucional de 1988, o conceito de justiça social faz parte do conceito de isonomia. Este princípio já não expressa o dever jurídico de se abster, forçando e contribuindo, à guisa formalista, ao incremento das desigualdades fáticas. Mas, a isonomia impõe ao Estado diminuir as desigualdades, já que junto a ela reside o princípio da justiça social.

5 DIMENSÃO NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No primeiro capítulo explanou-se que os princípios se apresentam ao jurídico como *termo referencial* e como *norma*.¹¹⁰ Na qualidade referencial, a isonomia é facilmente contextualizada. Sempre indicará, a todas as esferas das relações jurídicas e políticas, o corte das arestas da desigualdade. O princípio constitui-se numa orientação, numa razão que aponta um sentido a ser adotado, aprumando-se como referência a todo ato que vise a vitalizar o valor da igualdade.

¹¹⁰ Confira-se p. 20.

Todavia, no âmbito puramente normativo, a amplitude do princípio isonômico revela traços de alta indagação jurídica. É que, dentre os efeitos típicos das normas, confere-se direitos subjetivos, obrigando o Estado a tomar posições e atribuindo aos particulares o poder de exigi-las. Nesta ordem, resta precisar quais as implicações que recaem na esfera jurídica de cada qual, delineando como o Estado deve proceder e o que dele pode ser exigido em homenagem a tão relevante princípio.

É manifesto que a isonomia, conduzindo o valor de igualdade ao Direito, não se reduz ao aspecto meramente negativo. Porém, afora proibir distinções legislativas infundadas, exige uma atuação concreta do Estado a fim de coibir as desigualdades materiais. Inere-se, neste contexto, pretensa contraposição entre a igualdade de cunho *negativo* em relação à igualdade que objetive uma atuação *positiva*. Se a igualdade negativa determina tratar a todos da mesma forma e a igualdade positiva requer uma atuação diferenciada para tolher as desigualdades, surge uma tensão entre as duas proposições.¹¹¹

Exordialmente emerge o aspecto negativo da isonomia, impedindo a concessão de favores ou a discriminação infundada. Segundo essa linha, como primeira acepção e considerando-a uma regra que comporta exceções, todos têm o direito, podendo, portanto, exigir, serem eles tratados da mesma forma. Entretanto, precisando-se o aspecto negativo, tão-só tem direito à igualdade quem está em posição de igualdade.

A esta condição de potestatividade agrega-se, sob pena de se ferir mortalmente os valores originais que retratam a construção da isonomia, a necessidade de se tratar desigualmente os desiguais, alcançando-se o aspecto positivo do preceito. Para tanto, como anteriormente assinalado, o tratamento desigual deve corresponder a uma desigualdade de fato a ser amparada pela razoabilidade.¹¹²

¹¹¹ Ribeiro Lopes, fazendo transparecer este pretenso conflito, prescreve: "Já é tradicional o adágio de que a igualdade perante a lei não supera a desigualdade perante a vida e que a primeira é formal revelando, portanto, a dispensa de tratamento igualitário também formal aos homens que, na essência, em que pese a Rousseau, permanecem desiguais. A crueldade embutida no raciocínio, que de resto guarda a virtude da honestidade, não é comparável com a crueldade emergente da falsa incidência isonômica da própria lei" (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 52).

¹¹² Quanto a este aspecto do princípio isonômico, Paulino Jacques leciona: "Assim, o postulado jurídico igualitário contém uma norma de direito objetivo, obrigando, sobretudo, o Estado, o supremo regulador das relações jurídicas. Por isso envolve uma obrigação negativa para o poder público - a de não fazer leis desigualitárias, nem conferir privilégios, nem instituir jurisdições excepcionais. Mas a essa obrigação negativa estatal corresponde um direito positivo individual - o de tratamento igual, de vantagens universais e de foro comum. Então, a pessoa apresenta-se como sujeito ativo do direito de igualdade, e o Estado, como sujeito passivo. O poder público, o Estado em ação, fica adstrito, por isso mesmo, a respeitar o direito de igualdade dos súditos, o qual se transforma num verdadeiro direito subjetivo.

É claro que o princípio se afeiçoa aos atos do Estado que, percebendo as desigualdades de fato, procura ceifá-las mediante um tratamento desigual. Como exemplo, não há de se contestar, com pedestal no princípio da isonomia, lei que conceda insenção fiscal às pessoas de baixa renda e, que, em contrapartida, majore os tributos daqueles afortunados, com polpudo patrimônio.

Ainda que não haja maiores restrições em aceitar uma lei ou qualquer outro ato estatal com tal teor, é difícilimo estabelecer com exatidão os casos em que os particulares podem exigir do Estado um tratamento diferenciado. Ou seja: em quais situações, sem que haja uma lei ou qualquer outro ato do Estado reconhecendo e autorizando-o, poderá o particular invocar o princípio da isonomia a fim de requerer um tratamento diferenciado?

Desta questão cuida Alexy, vislumbrando a tensão entre os aspectos *negativo* e *positivo* da isonomia, o que designa como *igualdade de Direito* e *igualdade fática*, correspondente ao *paradoxo da igualdade*. Segundo suas lições, ao abordar um princípio amplo como a igualdade, não se enfrenta somente sua relação com outros princípios, mas tem-se que solucionar uma parte considerável dos problemas dentro de seu próprio espectro, definido como a *máxima da igualdade*. A igualdade jurídica, na maior amplitude do conceito, o que se define como isonomia, rege uma espécie de tensão interna entre a *igualdade de Direito (negativa)* e a *igualdade de fato (positiva)*.¹¹³

Qualquer pessoa pode invocar o direito de igualdade, tal como êle é entendido, pela doutrina e a jurisprudência, para fazê-lo valer perante os tribunais, tôda vez que se lhe tenha negado o tratamento merecido. Pouco importa que não haja uma ação específica para isso, nem uma garantia expressa na Constituição, como notou Rui Barbosa, porque, se a igualdade legal é, realmente, um direito subjetivo, como não padece dúvida que o seja, tem ela uma ação genérica para fazer-se valer, eis que não há direito sem ação que o assegure. O *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação rescisória e outros *remedium juris*, poderão vir em socorro do direito de igualdade legal, consoante a natureza da lesão sofrida pelo seu titular. Todas as pessoas das mesmas condições que se encontrarem em idênticas circunstâncias, hão de ser tratadas igualmente, isto é, terão os mesmos direitos civis e políticos, poderão invocar os mesmos preceitos legais e comparecerão diante dos mesmos juízos, pois, se assim não acontecer, lhes assistirá ação para compeliem o Estado, ou quem quer que lhes haja negado tratamento igual, a reconhecer o seu direito de igualdade" (JACQUES, Paulino. *Da Igualdade Perante a Lei*. Op. cit. p. 225-226).

¹¹³ O próprio Alexy averba: "Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*. Por otra parte, debido a la desigualdad fática de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza. Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un *principio de la igualdad de iure* como así también un *principio de la igualdad de hecho*, se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y vice versa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una 'paradoja de la igualdad'. Quien parte de un tal principio amplio de igualdad se enfrenta no sólo com el muchas vezes analizado problema de la relación entre libertad e igualdad, sino que tiene que solucionar una parte considerable de los problemas de la igualdad ya dentro del marco de la máxima de igualdad" (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 404).

Envolto pela complexidade do tema, a *priori* Alexy aduz que se pode evitar o aparente conflito se fosse possível renunciar a um dos dois aspectos. Ou seja, já que as duas proposições pretensamente são contrárias, despreza-se uma delas. Desde logo afasta a possibilidade de se renunciar ao aspecto negativo da isonomia, importando apreciar as condições de normatividade do aspecto positivo.¹¹⁴

Destarte, seguindo a linha aristotélica, a fórmula para apreender o sentido positivo da isonomia tem supedâneo na proposição segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Como visto acima, de acordo com o escólio de Alexy, a primeira parte, concernente ao tratamento igual, é apreendida ante ao enunciado: “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”.¹¹⁵ E a segunda parte: “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.¹¹⁶ Neste passo, o enquadramento da igualdade de fato (positiva), cumpre seu papel normativo na qualidade de *razão suficiente*, tanto para um tratamento igual, quanto para um tratamento desigual.¹¹⁷

¹¹⁴ De antemão Alexy ressalva que o princípio da igualdade de direito (negativo) não pode ser renunciado, de modo que (a) não há dúvida que seja um elemento do direito constitucional; (b) é respaldado pela jurisprudência; (c) e, que, ao argumento de ordem prática, a igualdade de direito, em virtude de se referir somente ao ato de tratamento e não às conseqüências, pode ser aplicada com maior facilidade e certeza.

Quanto à aplicação com maior facilidade e certeza, o autor supracitado oferece o exemplo no qual um pai presenteia seus filhos com duas bolas iguais. Desse modo, quanto ao ato, o pai satisfaz plenamente seus filhos (deu o mesmo presente a ambos). Noutra ponta, é muito difícil julgar a igualdade entre ambos em torno das conseqüências. Se um filho ficou feliz com o presente e o outro decepcionado, não se criou nenhuma igualdade quanto às conseqüências (*Idem*. p. 405).

Bonavides é contra a renúncia de qualquer elemento da igualdade. Desta forma, salienta: “Ambas as soluções propostas seriam, todavia, funestas para a justiça, para o cidadão: uma destroçaria o Estado de Direito, sendo, portanto, inconcebível, pela natureza do retrocesso e do abalo que ocasionará. O princípio da isonomia como regra geral está em todas as Constituições democráticas e, além disso, o critério de qualificação de ‘arbitrio’ cada vez mais se infere de decisões que ofendam a tábua de valores fundamentais e princípios básicos da organização social); a outra faria inexecutável o Estado social, inadmissível fora da concretização de um programa jurídico guiado para a igualdade fática” (BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos arts. 39, 1, 135 e 241 da CF. In: *A Constituição Aberta*. Op. cit. p. 108).

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 408. (Tradução livre).

¹¹⁶ *Ibidem*. (Tradução livre).

¹¹⁷ Eis as palavras do próprio Alexy: “Puede ser tanto una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no-derecho definitivo a un determinado tratamiento *de iure* igual; en el segundo, es la razón para un derecho definitivo a un determinado tratamiento *de iure* desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho. El primer caso nos es bien conocido. El principio de la igualdad de hecho juega en él – a menudo bajo el nombre de ‘principio del Estado social’ – el papel de una razón de restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica. El segundo caso es más interesante. En él, el principio de la igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado tratamiento desigual *de iure*, es decir, aquél que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él un derecho subjetivo a la creación de una porción de igualdad fática” (*Idem*. p. 408-409).

As razões suficientes a um tratamento igual apresentam-se como a regra geral. Por sua vez, como corolário, as razões suficientes a um tratamento desigual apresentam-se como exceção, a ser justificada por uma desigualdade de fato e iluminada pela razoabilidade. Daí afirma-se não haver maiores problemas em se fundamentar juridicamente, através da isonomia, um ato estatal que trate de maneira diferenciada pessoas em situação desigual. Todavia o ponto mais delicado é aquele que se refere aos direitos subjetivos que se conferem a estas pessoas, dando-lhes o poder de exigir do Estado uma consideração diferenciada.

Para se operacionalizarem os direitos subjetivos decorrentes do princípio em seu aspecto positivo, Alexy pondera a respeito da existência de outros princípios que se contrapõem a ele. Além da própria igualdade em seu aspecto negativo, o autor contrapõe a ele o princípio da liberdade legislativa e o fato de que, para concretizar ações tendentes a dirimir as desigualdades, há de se enfrentar várias questões não-jurídicas, como a oportunidade social ou, até mesmo, as condições financeiras ao se tomar determinada medida.¹¹⁸

Assim, de modo geral, a igualdade de fato é uma base insegura para o reconhecimento de direitos, porque os pretórios entrariam em questões não judiciárias e teriam que implantar verdadeira política social, extrapolando sua competência. Para efetivar a igualdade de fato, vários critérios vêm à tona como, *verbi gratia*, dinheiro, educação, influência política, talentos e outros, tornando-a um instrumento jurídico de alta insegurança.

Em virtude das objeções que lhe são opostas, o aspecto positivo do princípio da isonomia nem sempre dá azo a direitos subjetivos. Mesmo que teoricamente tal aspecto fosse aceito, na prática seria inviável, pois o Judiciário, como qualquer outro Poder, não tem meios para impor suas sentenças, suprimindo as desigualdades por decreto. É imprescindível uma série de fatores, construídos com o tempo.

Pontes de Miranda lembra que, “para se chegar , no direito, a *maior igualdade* entre os homens, é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos *comuns* a todos. Maior igualdade não se decreta; se bem que se possa decretar a redução de desigualdades artificiais, isto é, fora do homem”.¹¹⁹

¹¹⁸ *Idem*. p. 409-411.

¹¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 671. Tomo IV.

Alexy não afasta a existência de tais direitos subjetivos. Para tanto remete seus leitores à decisão do Tribunal Constitucional germânico, em que se autoriza aos cidadãos de escassos recursos financeiros, visto que não tinham condições de suportar as despesas que lhe eram inerentes, a ingressarem em juízo sem arcarem com as custas processuais. Tal decisão foi fundamentada no princípio da igualdade de fato, já que os desafortunados não compartilhavam a mesma situação dos demais cidadãos e, em razão disto, era a eles frustrado o acesso ao Judiciário.¹²⁰

Sintetizando: não havia nenhum ato estatal autorizando o tratamento desigual; contudo, o Tribunal, com base na isonomia, reconheceu o direito subjetivo daqueles com poucos recursos financeiros a ingressarem em juízo sem pagarem as custas. Aceitou-se, pois, direito subjetivo com base no princípio da isonomia em seu aspecto positivo.

Encerrando sua argumentação, Alexy oferece como parâmetro a ser utilizado pelo Judiciário em questões acerca da igualdade de fato o critério do *mínimo vital*.¹²¹ Este - para não alcançar níveis absolutos, muito baixos - é apontado como o relativo às condições que imperam na Alemanha, o que, *mutatis mutandis*, pode ser adaptado a qualquer outro Estado, orientando-se pelo nível de vida efetivamente existente em cada um deles.

Nos casos em que a desigualdade social atinge situação gravosa e extrema, em que se nega aos cidadãos o mínimo necessário à sua subsistência, aí sim, faltando os elementos indispensáveis à vivência humana digna (fato percebido pela média do padrão social), o Poder Judiciário é autorizado a tomar medidas de concreção positiva. Neste particular, qualquer pessoa tem direito subjetivo à igualdade de fato.

A referência ao *mínimo vital* está muito próxima do conceito de Direitos Humanos, e, via de consequência, de Direitos Fundamentais. Trata-se daquilo que é próprio à condição humana, sem o qual é inconcebível a vivência sadia.

Percebe-se que o princípio da isonomia fecha-se num círculo: baseia-se a igualdade na homogeneidade que marca a essência do gênero e o seu ponto normativo extremo, ou seja, o reconhecimento de direitos subjetivos a um tratamento diferenciado, é autorizado só quando se viola o mínimo vital, aqueles Direitos que correspondem à qualidade humana.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Op. cit. p. 403.

¹²¹ *Idem*. p. 414.

No exemplo carreado, confirma-se a correspondência entre o valor social e o respectivo princípio. O valor que origina o princípio da isonomia decorre da igualdade do gênero humano, que confere a todas as pessoas a igualdade que é própria à sua condição. Por isso, considerando que a possibilidade de reclamar seus direitos perante o Judiciário é um poder com remissão aos Direitos Humanos e Fundamentais, os efeitos dependem do fundamento. Destarte, a amplitude normativa do princípio da isonomia tem fulcro no valor da igualdade entre os homens.

Dessa forma, a perspectiva normativa do princípio da isonomia é, em tudo e por tudo, abrangente. O aspecto negativo obriga o Estado a tratar todas as pessoas de maneira igual, no que tange quer aos encargos, quer aos privilégios.

Entretanto, se o princípio não se atentar para as desigualdades de fato, o seu sentido seria inócuo, pois inverter-se-ia o valor de igualdade que o inspira. Assim, em atenção ao aspecto positivo da isonomia, colhe-se a obrigatoriedade de tomar os iguais de forma igual e, por sua vez, os desiguais de forma desigual. Ainda resta precisar, caso a caso, mediante a razoabilidade, a qualificação das pessoas, a saber, quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como a medida do tratamento diferenciado.

Apesar dessas considerações, quanto às possibilidades normativas do aspecto positivo, não há maiores problemas em aceitar um ato que, para dirimir as desigualdades, conduza a um tratamento diferenciado. Todavia, agiganta-se a questão de se estabelecer em quais condições é conferido aos particulares o direito subjetivo ao tratamento desigual. Nesta senda, vem em socorro o critério do *mínimo vital*, isto é, as condições essenciais para uma vida digna, que, com remissão aos Direitos Humanos e Fundamentais, uma vez desrespeitados, ensejam o poder de exigir do Estado uma atuação suficiente a efetivá-lo.

CAPÍTULO TERCEIRO

LICITAÇÃO PÚBLICA – ASPECTOS CONCEITUAIS DESTACADOS

1. Regime Jurídico da Administração Pública. 2 – Conceito de Licitação Pública: A Tensão entre os Princípios da Eficiência e da Isonomia. 3 – O Princípio da Isonomia como Fator de Legitimação da Licitação Pública. 4. Licitação Pública: Perspectiva Constitucional e Infraconstitucional.

1. REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios, por expressarem ao Direito os valores que imperam no meio social, revelando a aceção acerca da justiça, estão no ápice do sistema jurídico. Eles, em tributo à sua elevada abstração e generalidade, espraiam-se por todos os meandros do Direito, quer na esfera privada quer na pública, atingindo as mais diversas disciplinas.

Neste talante, os entes com personalidade jurídica são definidos e diferenciados por uma rede principiológica especial, já que se manifestam no Direito em relação à qualidade dos interesses que incorporam e representam. Desde que surgiu a Sociedade, conjugando as potencialidades individuais ao escopo de preservação e evolução, as coisas que são comuns a todos, o que se denomina coisa pública, merecem uma atenção especial, um regime jurídico peculiar.

Uma instituição privada, ao efetuar um ato jurídico, revela a subjetividade de suas intenções. Respeitando as normas sociais, ela guarda a liberdade de fazer tudo o que a plenitude de sua vontade pretender. Não há critérios preestabelecidos, pois os seus atos só a ela interessam. Numa empresa privada, *verbi gratia*, os atos serão regidos pelo propósito lucrativo.

Por sua vez, aqueles que representam e zelam pela coisa pública têm como objeto a coisa que pertence a *todos* e, sob este prisma, são pautados pelos interesses gerais do *todo*, denominado *interesse público*. Assim, criou-se a Administração Pública,¹²² que deve concretizar e respaldar; em última instância, o interesse público.

O interesse público não se refere ao interesse da Sociedade apartada dos interesses dos indivíduos que a compõem; todavia, em outro lado, também não concerne à soma dos interesses individuais.¹²³ Além disso, numa Sociedade pluralista, os valores e os interesses são conflitantes, tornando-se difícil precisar qual, afinal de contas, é o interesse público.¹²⁴

Bem se vê que a delimitação precisa do conteúdo do interesse público é difícil. Trata-se de um conceito por demais fluido, que alberga uma série de argumentações e justificações.

A despeito de toda e qualquer noção pertinente do que é ou não é interesse público, o certo é relacioná-lo ao bem comum: aquilo que Miguel Reale define como “a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”.¹²⁵

¹²² Hely Lopes Meirelles oferece o conceito operacional de Administração Pública: “Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed.. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo *et. alii.*. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 59).

¹²³ Nesse sentido alude Rivero: “O interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade considerada uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; ele é, muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo as liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais. A delimitação do que entra no interesse geral varia com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia, o fim continua o mesmo: *a ação administrativa tende à satisfação do interesse geral*” (RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 15).

¹²⁴ Segue-se o raciocínio de Di Pietro: “Não se pode também dizer que o interesse público coincida sempre com o interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, uma vez que os interesses são, em regra, conflitantes. Em um Estado que adota, a partir do preâmbulo da Constituição, a idéia de uma sociedade pluralista, está afirmada a existência de diversidade de opiniões, de ideais, de culturas, de religião, de classes sociais, cada qual com os seus próprios interesses” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 164).

¹²⁵ Na lição de Miguel Reale, “o bem comum, objeto mais alto da virtude justiça, representa, pois, uma ordem proporcional de bens em sociedade, de maneira que o Direito não tem a finalidade exclusiva de realizar a *coexistência das liberdades individuais* (visão parcial da fenomenologia jurídica), mas sim a finalidade de alcançar a *coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos*” (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. Op. cit. p. 311).

Odete Medauar pondera que, “se é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível, associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 157).

Nesse desígnio, a disciplina administrativa, expressando a atividade que rege a coisa pública, com a finalidade de satisfazer o bem comum, é concebida sob uma rede principiológica própria, que lhe confere destaque e proeminência.¹²⁶

É que a atividade administrativa tem objetivos a serem satisfeitos. Não se erigiu todo o complexo arcabouço administrativo, com os vultosos ônus que lhes são inerentes, por efeito de deleite ou capricho político. A Administração Pública não se constitui um fim em si mesmo. Ela é absolutamente imprescindível à realização dos valores eleitos pela Sociedade como expressão da justiça, prestando serviços que são correlatos ao interesse público.

O que se faz administrativamente não é indiferente aos valores que fundam a Sociedade e que se manifestam no Direito através dos princípios jurídicos. A atividade da Administração, e, portanto os serviços por ela prestados, não se definem pura e simplesmente pelo arbítrio do administrador. Os parâmetros do interesse público estão incorporados na rede principiológica, que serve de arrimo ao exercício administrativo.

Para caracterizar a Administração Pública, além do contexto principiológico que inspira toda a ordem jurídica, a doutrina apresenta princípios que lhe são próprios.

Dentre os doutrinadores, Celso Antônio Bandeira de Mello ressaltou dois princípios que evidenciam e servem de bússola a todo o Direito Administrativo, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. O primeiro princípio "proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último"¹²⁷. Lado a lado, servindo de complemento inafastável, "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da

¹²⁶ Dentro do Direito Público, Bandeira de Mello defende a necessidade de se incrementar o estudo a respeito do regime jurídico administrativo, caracterizando-o da seguinte maneira: "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. A farta e excelente bibliografia internacional de Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 25).

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 29.

coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis"¹²⁸.

Há uma espécie de tensão, que é particular ao interesse público e que confere à Administração uma série de privilégios; e, em contraposição, circunscreve a ela o respeito a todos os membros que compõem a coletividade, forçando-a a agir de maneira equânime.

Em se considerando que a Administração Pública tem o dever vocacionado à realização do bem comum - operacionalizando o interesse público manifesto nas necessidades da Sociedade como um todo, em detrimento dos interesses meramente individuais – é a ela garantido uma série de poderes prevaletentes à esfera privada. Para propiciar o bem de todos, o exercício da atividade administrativa demanda atributos e poderes especiais.

Sob outro foco, a Administração Pública não é algo abstrato. Suas decisões são tomadas por homens e mulheres com a mesma moral e com falhas de caráter que marcam a diversidade da espécie. Se a Administração for livre para celebrar seus negócios jurídicos, livre, na verdade, será o funcionário responsável pela efetivação do mesmo. Ora, sabendo que a Administração dispõe acerca dos bens comuns a todos os cidadãos, são necessários critérios e formalidades para a tomada de suas decisões. Nenhuma autoridade administrativa, por maior que sejam os seus méritos, influência ou cargo, pode dispor do interesse que é público. Este diz respeito a todos os membros da Sociedade; logo, não toca a ninguém em particular.

É como professa Cirne Lima, uma vez que "em direito público, designa, também, a palavra *administração* a atividade do que não é senhor absoluto".¹²⁹

Para que a Administração Pública atue, sem seguir a linha dos interesses privados, é necessário que sua atividade seja cingida à normatividade da orientação pública. A lei a *priori* oferece esses parâmetros, edificando o princípio da legalidade. É delimitada a atividade administrativa no que é expresso na lei, obrigando seus agentes a tomarem posições que com ela coadunem. Ademais, há uma série de princípios jurídicos que se encontram acima da lei, guiando a Administração Pública.

Atendendo-se a esse critério, conferem-se garantias às pessoas privadas. Em que pese a importância do interesse público, este não enseja à Administração Pública

¹²⁸ *Idem.* p. 33.

¹²⁹ CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 20.

poderes ilimitados e absolutos. Se, numa face, o interesse público acarreta privilégio, noutra impõe obrigações rígidas, que devem ser cumpridas com esmero.¹³⁰

No encaço da essência do regime administrativo, Rivero conclui que “ as normas do direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de acções sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidas” .¹³¹

García de Enterría e Fernández, percebendo a medida entre os privilégios e as garantias administrativas, anotam o seguinte: "O Direito Administrativo, como Direito próprio e específico das Administrações Públicas, está de fato, pois, em equilíbrio (por suposto, difícil, porém possível) entre privilégios e garantias. Em último termo, todos os problemas jurídicos-administrativos consistem - e isto convém tê-lo presente - em buscar esse equilíbrio, assegurá-lo quando o encontrá-lo e reconstitui-lo quando perdê-lo. Em definitivo, do que se trata é perseguir e obter a pronta e eficaz satisfação do interesse geral, sem prejuízo das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos".¹³²

A atividade administrativa, pois, transplantando a complementaridade entre privilégios públicos e garantias privadas no espectro do interesse público, deve conciliar a isonomia e a eficiência. A Administração subsiste para um fim; e se este não é cumprido, perde-se a razão de sua própria existência. O interesse público, prestigiando os valores sociais, requer resultados e respostas de acordo com padrões de justiça.

A eficiência é uma exigência social de enorme magnitude; é algo que deveria ser intrínseco à Administração Pública, tanto que se alçou ao patamar de princípio constitucional explícito.¹³³

O princípio da eficiência impõe a criação de meios para atingir os fins que lhe são correlatos. De nada adianta dizer que a Administração deve ser eficiente e manter-se uma série de obstáculos para operacionalizar este conceito. Visando a

¹³⁰ Como sustenta Adilson Abreu Dallari “(...) o estudo da história do direito administrativo é exame do caminho percorrido desde uma concepção centrada no poder até o ponto de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas, sempre, tendo como norte a satisfação do interesse público” (DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. nº 141. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 77).

¹³¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Op. cit. p. 42.

¹³² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. 1. v.. Madrid: Civitas, 1977. p. 35. (Tradução livre do autor desta dissertação).

¹³³ Conferir o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Este princípio é inovação trazida pela emenda constitucional nº 19/98.

alcançar a eficiência, inarredavelmente deve haver o aporte instrumental que propicie ao administrador exercer sua função de forma rápida e com mérito.

Segundo averba Hely Lopes Meirelles, “o *princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.¹³⁴

Di Pietro relaciona a eficiência ao elemento teleológico, considerando que ela “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao estado alcançar”.¹³⁵ E, adiante, adverte: “Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança e ao próprio Estado de Direito”.¹³⁶

A Administração Pública, muito embora tenha que ser eficiente, é regida por uma série de princípios de equidade, dado que seu objeto é a coisa pública. Apesar de se despertar a favor da adequação da eficiência à legalidade, para ser preciso, a busca pela excelência não pode olvidar quaisquer princípios decorrentes da indisponibilidade do interesse público, frisando-se o princípio da isonomia. A eficiência só guarda procedência quando se afaz às exigências que tocam ao agente público e às garantias dos cidadãos.¹³⁷

Em atenção ao princípio da isonomia, todos os cidadãos merecem o mesmo tratamento jurídico, salvo se houver razão suficiente para um tratamento desigual.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. cit. p. 90.

Bandeira de Mello, por sua vez, não revela entusiasmo: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 75).

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 73.

¹³⁶ *Idem*. p. 74.

¹³⁷ José Afonso da Silva pontifica: “Isso quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa*, consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 652).

Cesar Luiz Pasold – muito antes do encarte do princípio da eficiência no rol constitucional -, ao analisar a função social do Estado contemporâneo, enfatiza: “A realidade contemporânea, sem dúvida, requer do Estado não somente uma eficiência administrativa, mas e principalmente uma atuação – legitimada dinamicamente – voltada à participação consciente do homem na consecução de seu nobre destino. Isto será feito através da dinâmica social que implica na utilização do instrumento estatal em favor da criação e da realização de condições de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade – com igualdade de possibilidades – para o homem frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social, cultural e econômico” (PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 66).

A Administração Pública, em regra, não pode privilegiar particulares. Todos os cidadãos devem compartilhar as mesmas condições à fruição das benevolências ou a suportar os encargos públicos.

A este preceito une-se uma série de formalidades legais, que logo vinculam a atividade administrativa. Para fazer com que todos tenham o mesmo tratamento, é inevitável que se limite a liberdade do agente administrativo. Vários dispositivos e formalidades emergem para assegurar o respeito à isonomia.

Eis, aqui, o âmago da atividade administrativa. Em consequência de sua finalidade precípua enlaçada ao interesse público, devendo satisfazer ao bem de toda a coletividade, é a ela oportunizada variada gama de privilégios e imposto-outro tanto de formalidades necessárias à garantia de uma ação equânime, ensejando, especificamente, a eficiência e a isonomia.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - A TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA

A Administração Pública não é nem pode ser onipresente. Independentemente de regime político, a coisa pública não absorve todos os tecidos das relações jurídicas. Na tradição capitalista, marcada pelos princípios da livre iniciativa e concorrência, em que se fomenta a atividade privada, a Administração Pública, com o objetivo de concretizar o interesse público, com freqüência efetiva negócios jurídicos com particulares.

Posto que haja tendência política e filosófica pregando a desestatização, diminuindo a atividade administrativa, ainda é o Estado - através da Administração Pública - um dos grandes propulsores da economia nacional. Para satisfazer o interesse público, a Administração atua nas mais diversas áreas, celebrando variada gama de negócios jurídicos. Necessita-se de serviços, compras, alienações e de toda a sorte de negócios jurídicos que possam atentar ao bem comum.

O modo pelo qual a Administração efetiva a maior parte de seus negócios jurídicos é através de contratos administrativos.¹³⁸ A licitação pública - numa primeira aproximação conceitual - é o critério legalmente vinculado pelo qual a Administração oferta a sua proposta e recebe as dos interessados. Constitui-se no pré-requisito que autoriza o ente administrativo a contratar.

A licitação pública não é apenas uma formalidade que deve ser tomada para a realização de um contrato administrativo. Ela tem objetivos muito bem definidos que, por traduzirem sua essência, reúnem-se conceitualmente. Estes elementos guardam relação direta com a tensão entre privilégios e garantias que rege a atividade administrativa, o que, no que tange especialmente à licitação, se revela no âmbito da eficiência e da isonomia.

A Administração, para saciar o interesse público, como visto, precisa celebrar vários negócios jurídicos, firmando contratos com particulares. Desta sorte, o interesse público implica efetivação dos mais vantajosos contratos. Este é o primeiro ponto a ser sublinhado. A licitação tem como um de seus fins precípuos a busca pela Administração das condições negociais que melhor satisfaçam o bem comum. Em outros termos, a licitação visa à obtenção do melhor preço, do melhor produto e do melhor fornecedor.

Eis aqui, na realidade, uma questão de eficiência. O interesse público requer resultados. A Administração existe para oferecer à Sociedade um excelente serviço. Dentro de suas necessidades e conveniências, é preciso qualidade, tanto de pessoal, quanto de equipamento, instalações, fornecimento e de tudo o que lhe estiver correlacionado.

¹³⁸ Juarez Freitas oferece amplo conceito de contrato administrativo: "De plano, convém entender os contratos públicos ou administrativos como aqueles que se aperfeiçoam pela presença da Administração Pública em um dos pólos da avença formal, circunstancialmente dotada das potestades de alteração unilateral, estabelecendo um cogente acordo de vontades ("pacta sunt servanda") relativamente autônomas, marcado pela hierarquização superior dos princípios típicos do regime juspublicista (neste aspecto, aptos a transcender o chamado, com alguma imprecisão, Direito Comum), com objeto necessariamente de utilidade pública (obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões, entre outros possíveis objetos) e de controle alargado no tocante à licitude, observada - quando houver dispêndio - a previsão orçamentária nas condições comutativas e reciprocamente estabelecidas, e, em regra, precedidos de licitação e de extensa competição no encalço de escolher, com a necessária impessoalidade, a proposta mais vantajosa para o interesse público" (FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 168).

Os contratos administrativos serão melhor analisados no quinto capítulo. Não obstante a abrangente definição proposta por Juarez Freitas, a título de conceito operacional adota-se aquele prescrito no parágrafo único do artigo 2º da Lei da Licitação Pública (Lei nº 8.666/93): "Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Seguindo esse raciocínio, o interesse público, abraçado pela eficiência, reclama agilidade para a feitura de seus negócios jurídicos. A atividade administrativa tornou-se por demais complexa, sendo que a Administração Pública é forçada a valer-se de serviços particulares.

Em intervalos a cada dia mais reduzidos, a tecnologia e as exigências sociais se renovam, mantendo a Administração Pública, sob pena de se divorciar do bem comum, em constante estado de aperfeiçoamento e adequação às novas necessidades.

Contudo, para se concretizar a eficiência, é imperioso que o administrador não se atenha a rigores de caráter formal prescindíveis. Quando for necessário celebrar um contrato, o primeiro passo é alcançar o melhor contratante, objetivando qualidade. E, por ilação lógica, deverá ser facultado ao administrador o instrumental apropriado para, desse modo, fazê-lo com agilidade. Qualidade com agilidade é a marca da eficiência.

Reclama-se, com base no princípio da eficiência, maior liberdade ao agente administrativo para entabular negociações. Todavia, com decalque na própria relação de tensão que define a atividade administrativa, é inafastável que se atue, com referência ao interesse público, consoante padrões de equidade.

A garantia de equidade no âmbito das relações jurídicas e na hipótese corrente na licitação pública tem o seu amparo no princípio da isonomia. Daí que se impõe à Administração Pública uma série de formalidades, cujo fim é assegurar aos que pretendam participar do certame as mesmas condições. Logo, há todo um procedimento formal que não pode ser desprezado em nome da eficiência.¹³⁹

¹³⁹ A teor das lições de Hely Lopes Meirelles, o procedimento formal “significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todo os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 26).

Ives Gandra da Silva Martins relaciona a formalidade do certame com o princípio da isonomia. Leia-se: “Sendo procedimento administrativo, a licitação rege-se pelos mesmos princípios que presidem os procedimentos administrativos em geral, exceto um deles: o do informalismo.

Com efeito, enquanto, nos outros tipos de procedimento, o informalismo é considerado em favor do administrado, não podendo a Administração ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações deste, nos procedimentos de caráter concorrencial, como é o caso da licitação, a estreita observância de regras formais é que milita em favor do administrado, uma vez que por meio delas é que se assegura o julgamento objetivo, sobre o qual se assenta a garantia da igualdade entre os concorrentes” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 42).

Transparece a existência de uma tensão principiológica latente no conceito de licitação pública. Enquanto a Administração necessita agilidade e maior grau de liberdade para concluir seus contratos com eficiência, em contrapartida dela é exigida uma série de formalidades que garantam a isonomia.

O cerne da licitação pública está em conciliar esses dois extremos. A virtude não admite que se sacrifique nem um nem outro. A solução para conciliá-los está na teoria dos princípios jurídicos. Ter-se-á que fazer a ponderação dos valores que cada um desses princípios confere ao ordenamento, mediante processo hermenêutico gizado pela razoabilidade.

A eficiência e a isonomia são dois princípios que devem dar-se as mãos para efetuar o elemento teleológico da licitação pública. Mas, não é sempre que haverá absoluta conciliação. Por vezes um precederá o outro, devido à importância de cada qual em relação ao caso fático-jurídico que se apresenta. Não se quer dizer - é bom que fique claro - que se vai abdicar de um dos princípios. Aliás, insista-se, não é dessa maneira que os princípios atuam na ordem jurídica.¹⁴⁰

No entanto, a conjunção da eficiência e da isonomia é questão de alta indagação jurídica.

No que concerne apenas ao princípio da isonomia, vê-se que nada é mais peculiar à lei do que estabelecer discriminações.

A própria atividade administrativa e, por conseqüência, o processo de licitação invariavelmente consagram diferenciações. O agente administrativo, sob o pálio do interesse público, é quem vai definir o que a Administração precisa, em que quantidade, quando e com qual padrão de qualidade. Neste mister fazem-se inúmeras distinções que podem, ou não, afrontar o princípio da isonomia.

Preservar rigorosamente a isonomia como condição de celebração de contratos administrativos é ônus que se impõe à Administração. E, frisa-se, por vezes difícilíssimo de ser alcançado, pois todos os virtuais interessados merecem o mesmo tratamento.

¹⁴⁰ Eros Roberto Grau apreende o eixo central do fenômeno licitatório ao assinalar: “Relembre-se: a licitação é um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da isonomia. Vale dizer: não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da *isonomia*, sacrifique-se o *interesse público*. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do *interesse público* em sacrifício da *isonomia*. Ambos, princípio do *interesse público* e princípio da *isonomia* coexistem, complementando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório (GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995. p 15).

Muito embora se tenha que admitir a existência de diferenciações, convém sublinhar a relevância do preceito isonômico para a licitação pública. Afirma-se que a isonomia faz parte do conceito do certame. Ser considerado da mesma forma que os demais pares o são é Direito Fundamental elencado na Carta Magna Federal e permeia as acepções acerca dos Direitos Humanos. A isonomia deve ser respeitada e acentuada. É lícito assentar que nos lindes licitatórios a isonomia é o princípio mais importante, alçando-se à esfera conceitual do instituto.

Celso Antônio Bandeira de Mello, após enumerar os princípios que informam a licitação pública, destacando o princípio da isonomia em posição ascendente aos demais, defende: “Sem embargo, julgamos que todos descendem do primeiro, pois são requisitos necessários à sua existência ou à fiscalização de sua real ocorrência”.¹⁴¹

Hely Lopes Meirelles também confere proeminência ao princípio: “Por outro lado, visando a propiciar as mesmas oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, a licitação deverá garantir *absoluta igualdade entre os interessados*, princípio maior do qual se originam os demais *princípios da licitação (...)*”.¹⁴²

Carlos Ari Sunfeld sustenta que “a *igualdade* de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva e concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor : utopia)”.¹⁴³

Para Régis Fernandes de Oliveira, “há diversos princípios que dão estrutura ao sistema jurídico-positivo brasileiro. Mas o que vai informar, imediatamente, a licitação, é o da isonomia, hoje já transformado explicitamente em norma”.¹⁴⁴

Licitação é o ato de ofertar algum bem ou negócio jurídico aos virtuais interessados. Seu pressuposto é fazer com que uma série de pessoas, comumente o maior número possível, tomem ciência de uma proposta de compra, venda, alienação ou prestação de serviços. Expressa-se a vontade de realizar um negócio jurídico e se possibilita que os interessados façam suas ofertas.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. 1. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 2-3.

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 26.

¹⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 20

A licitação tanto pode ser privada quanto pública.¹⁴⁴ Não há óbice algum ao fato de um particular vir a ofertar um negócio jurídico, abrindo oportunidade a terceiros, conforme suas conveniências, mediante propostas, e com ele contratar. Cientificamente esta situação jurídica enquadra-se no vocábulo *licitar*. A palavra é herança romana, conforme anota Plácido e Silva, “considerando a *licitatio* como o lançamento, para a venda da coisa e distribuição entre os proprietários dela do maior preço obtido”.¹⁴⁵

Cumpra-se, de mais a mais, que o particular age exclusivamente de acordo com o seu arbítrio. Não há nada que o obrigue a tornar pública a sua oferta e a tratar todos os licitantes da mesma forma. Se um dos licitantes for seu amigo pessoal ou se houver outros interesses estranhos ao daquele determinado negócio, o particular pode desconsiderar quem quer que seja, concedendo privilégios.

Noutro contexto está a licitação pública. Como visto, a Administração Pública é cunhada pela indisponibilidade de seu interesse, devendo seguir conduta equânime, logo, isonômica. Este é o grande diferencial entre a licitação privada e a pública. Em última instância, o conceito de licitação pública essencialmente é obtido em razão da imperiosidade do tratamento isonômico.

Se o princípio da isonomia não é devidamente considerado, não há licitação pública. Trata-se de um elemento inafastável. O desrespeito à isonomia acarreta automaticamente a desconfiguração do interesse público. E é palmar: licitação que não é regida de acordo com o interesse público, perde este caráter, tornando-se privada.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 28.

¹⁴⁵ Este aspecto não vem sendo objeto da devida consideração. Conquanto a Constituição Federal se refira à *licitação pública* (inciso XXI do artigo 37), os demais diplomas infraconstitucionais restringem-se à *licitação* (por exemplo, a Lei n. 8.666/93), sem ressaltar o seu caráter *público*. E desse modo o é pela doutrina. De tão assentado é inviável enumerar aqueles que assim procedem. Ao contrário, dentre aqueles que atentam à importância da natureza *pública*, destacando-a, colhe-se como exemplo Cretella Jr.. Não obstante, a rigor científico, o termo apropriado é *licitação* acompanhado, conforme o caso, do adjetivo *privada* ou *pública*, uma vez que os efeitos jurídicos são diferenciados.

Sem prejuízo científico, sempre que houver remissão à palavra *licitação*, *leia-se licitação pública*.

Cretella Júnior, atento a este particular, leciona: “Se o instituidor do procedimento licitatório é o particular, a licitação se inclui no campo do Direito Privado, se o instituidor do procedimento é o Estado, a licitação é pública. Assim, a licitação classifica-se em licitação privada e licitação pública, ambos procedimentos preliminares, o primeiro dependente da vontade do *dominus*, o segundo sujeito às leis do estado, as quais disciplinam o instituto, colocando-o fora da alçada da *voluntas* do administrador, mas dentro do campo da competência deste” (*Idem*. p. 50).

¹⁴⁶ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 492 (Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves).

O princípio da isonomia é o fundamento conceitual da licitação pública. Sem ele, saliente-se, pode haver qualquer coisa, inclusive licitação privada; mas, em hipótese alguma, licitação pública.

Aliás, se não fosse para garantir o princípio da isonomia seria desnecessária e descabida a exigência de licitação pública. Somente se explica um procedimento administrativo antecedente e condicional à celebração de um contrato administrativo, se este assegura a igualdade de todos os interessados. Caso contrário, bastaria ser feita uma pesquisa de preços, adequando-se às necessidades da Administração. Toda a formalidade que é inerente à licitação pública, só tem sentido, se se respaldar na isonomia.

O princípio da isonomia, por si só, elencado em dispositivo constitucional que não se refere diretamente à Administração, tem a força de obrigá-la a realizar a licitação. A magnitude do princípio é de tal monta, que a própria regra a respeito da licitação pública é dele decorrente. Não há necessidade de outra norma que torne obrigatória a realização de licitação pública para a feitura de contratos administrativos, pois o princípio da isonomia já é o bastante.¹⁴⁷

Outrossim, a isonomia é o viés para se lograr a eficiência. Se não houver possibilidade de que todos os interessados participem do certame, e de que suas propostas sejam consideradas igualmente, por mais zeloso e probo que seja o agente público, não haveria a menor possibilidade de se abraçar todos os possíveis e eventuais contratantes. Garantindo a isonomia, assegura-se a *competitividade* e, queira-se ou não, o oferecimento de propostas variadas e em maior número, que, aumentando o universo de escolha da Administração Pública, dá azo ao acolhimento daquela que realmente seja a melhor, em outros termos, a mais eficiente.

Só há eficiência, havendo isonomia. Privilegiando algum dos licitantes, em regra, em condições igualitárias de competição, ele não seria o melhor. É que a isonomia faz com que todas as propostas sejam apresentadas e examinadas sob o mesmo critério, fazendo com que a Administração Pública identifique realmente a mais eficiente.

¹⁴⁷ De tão fundamental para a licitação pública, Dallari sustenta o seguinte: “O fato é que o princípio da isonomia por ser elementar ao direito administrativo e estar erigido à categoria de princípio constitucional, acabou transformando o próprio instituto da licitação num princípio para a Administração Pública. O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 32.)

Dessa maneira, reunindo os elementos conceituais que foram postos sob análise, percebe-se que a licitação pública é o pré-requisito à efetivação de um contrato administrativo pelo qual a Administração, vinculada à isonomia, persegue o negócio mais vantajoso.

Conquanto já se tenham reunido os elementos primordiais da licitação pública, há, ainda, dois pontos que devem ser abordados para se aparelhar o conceito que contenha o devido apurmo científico.

Primeiramente, muito se discutiu a respeito da natureza jurídica da licitação pública. A doutrina dividia-se em duas correntes principais: há os que definiam a licitação sob as luzes do Direito Financeiro e os que a enquadravam e enquadravam sob os auspícios do Direito Administrativo.¹⁴⁸

Na realidade, esta polêmica perdeu grande parte de seu interesse. É que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, dependendo da conclusão que se adotasse, ampliar-se-ia, ou não, a competência legislativa dos Estados e Municípios sobre o tema. Tudo isto, pois a alínea "c" do inciso XVII do artigo 8º da Carta Magna anterior prescrevia que a União era competente para legislar sobre normas gerais pertinentes ao "orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública". Se a licitação fosse matéria de direito financeiro, os Estados e Municípios teriam apenas competência legislativa supletiva, devendo sempre adequar-se às normas da União. Atualmente a discussão perdeu vitalidade, porque a Constituição vigente estendeu a competência da União para estabelecer também as normas gerais sobre licitação, deixando-a sem efeitos práticos.¹⁴⁹

Não obstante a polêmica relativa à disciplina da licitação pública - que hoje serve tão-somente a fins didáticos -, parece claro que a melhor posição é aquela que a subsume aos lindes administrativos.

Como dito em rápida pincelada, a licitação é um instituto administrativo. Não se trata de questões referentes à despesa e ao custeio dos serviços públicos a serem prestados à Sociedade. Isto guarda referência à oportunidade de se contratar. A licitação é relacionada à exigência administrativa antecedente à formação de um contrato, dispondo sobre uma série de atos e critérios referentes à atividade administrativa.

¹⁴⁸ Dallari lembra que, no Brasil, Hely Lopes Meirelles e Carlos S. de Barros Júnior já enquadraram a licitação dentre os institutos de Direito Financeiro, assinalando que tal posição se deve às funções públicas por eles exercidas (*Idem*. p. 16).

¹⁴⁹ Conferir o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal.

Outra controvérsia que se acendeu no meio jurídico quanto à licitação diz respeito à discrepância doutrinária ao defini-la, ora como ato-condição, ora como procedimento administrativo.¹⁵⁰ A primeira corrente fulcrou-se em classificação de lavra de Léon Dugüit, que divide os atos administrativos em ato-regra, ato-subjetivo e ato-condição.¹⁵¹

Dallari refuta a procedência de tal classificação no que tange à licitação pública. Segundo o seu escólio, “o ato condição atribui a uma pessoa determinada uma situação geral e impessoal”.¹⁵² Ou seja, o ato-regra, que estabelece situações gerais e impessoais, não é sempre aplicável automaticamente. Desse modo, o ato-condição é um ato de atribuição de uma situação jurídica resultante de um ato-regra. Sob essas considerações, pontifica o citado autor que “na licitação ocorre exatamente o contrário. Ela não coloca um indivíduo em uma situação genérica e sim atribui uma situação individual a alguém escolhido dentre um grupo de ofertantes”.¹⁵³

Os partidários da corrente que qualificam a licitação à luz do ato-condição a resumem ao ato que lhe é derradeiro. A licitação pública, portanto, limitar-se-ia à adjudicação, e os atos que lhes são precedentes reduzir-se-iam a atos preliminares e acessórios.

No entanto, aos olhos de boa parte da doutrina, a licitação não se reduz a um ato determinado, mas a uma série encadeada de atos seqüentes, que revelam, a

¹⁵⁰ Dentre os que classificam a licitação como ato-condição, Themístocles Cavalcanti, com decalque em Jêze, argumenta: “Segundo Jêze, a concorrência é um ato condição unilateral de natureza complexa, para cuja conclusão definitiva torna-se necessária a prática de muitos atos. Esta parece ser a boa doutrina que justifica as conclusões a que acima chegamos” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. v. 1. 5. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 355).

Definindo a licitação como procedimento administrativo Dallari destaca, dentre outros, Sayagues Laso, Bartolomé, Fiorini, Guillermo, Altamira e Miguel Marienhoff; e, no âmbito nacional, Seabra Fagundes, Fernandes Mendes de Lameida, Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba e José Afonso da Silva entre outros (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 26).

¹⁵¹ Cretella Jr. explana a respeito da classificação do administrativista francês: “O ato-regra tem caráter objetivo geral. Cria situações regulamentares, que não tocam diretamente na situação de um ou de alguns indivíduos determinados: regem indistintamente todos os membros do agrupamento. Assim, a lei, o regulamento, os atos constitutivos de sociedade, os estatutos de sociedade anônima. O ato-condição é, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo. O seu efeito consiste em investir indivíduos em uma situação jurídica geral, preexistente, na aplicação de certas disposições legais a um indivíduo determinado. Assim, o casamento, o reconhecimento de um filho natural. O ato-subjetivo cria situações jurídicas estritamente individuais, contrapondo-se ao ato regra. Assim, o contrato individual de trabalho. (CRETELLA, J. Jr. *Tratado de Direito Administrativo*. 2.v.. São Paulo: Forense, 1966. p.39-40)

¹⁵² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 25.

¹⁵³ *Idem*. p. 26.

rigor, um procedimento administrativo.¹⁵⁴ Logo, a licitação pública também não seria um ato-condição pelo singelo motivo de não ser um ato e sim um conjunto deles.

Sundfeld leciona que “a licitação é um procedimento administrativo, isto é, um encadeamento necessário e ordenado de atos e fatos, destinados à formação do ato administrativo final (no caso, a adjudicação em favor do vencedor). Assim a licitação não é um ato, mas um conjunto deles”.¹⁵⁵

Bandeira de Mello, por sua vez, sustenta que “a licitação é um procedimento administrativo, é dizer: uma sucessão itinerária e encadeada de atos sucessivos que, embora tenha cada um finalidade específica, tendem todos a um resultado final e conclusivo em função do qual se entrosam e harmonizam”.¹⁵⁶

Cretella Jr. também acredita ser a licitação um procedimento administrativo, “porque a licitação se apresenta não só como ordem, mas também como método, destinado a investigar se ocorrem os requisitos de existência daquilo que foi fixado pela Administração”.¹⁵⁷

Depreende-se de tudo quanto até agora foi exposto, no esforço de agregar os elementos adequados e suficientes à conceituação do instituto, que a licitação pública é o procedimento condicional à celebração de um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública oferta um negócio jurídico, visando a obter a proposta que lhe seja mais vantajosa (eficiência), garantindo o mesmo tratamento a todos os interessados (isonomia).

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A legitimidade, a rigor, está vinculada à aceitação e ao apoio que determinado grupo social confere às relações de poder que lhe permeiam. Como observa Sérgio Cademartori, “o poder nunca se apóia exclusivamente na força. É impensável uma

¹⁵⁴ Neste sentido é o apontamento de Régis de Oliveira: “Alguns autores pretendem entrever na licitação o que se denomina ato-condição. A nosso ver, a licitação nunca poderá assim ser qualificada, de vez que é rótulo dado a uma espécie de ato. O edital poderá ser ato-regra, pois é um ato específico. A licitação, como um todo, nunca” (OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Licitação*. Op. cit. p. 31).

¹⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 15.

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 404.

relação política que descansa exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma justificação para o mesmo".¹⁵⁸

Segundo Cesar Luiz Pasold: "A legitimidade, na sua condição de categoria da teoria política, tem sido compreendida como uma relação de correspondência entre algo e seus destinatários, sob um aporte axiológico, portanto ressaltando os valores em questão numa relação de poder".¹⁵⁹

Sob os auspícios do Direito, José Eduardo Faria anota que "a primeira idéia que se tem de legitimidade é que tal noção pressupõe um valor, um elemento pelo qual os sistemas jurídicos se revestem de um componente mínimo de autoridade, que os tornam aceitos independentemente do uso da força".¹⁶⁰ Vê-se, assim, que, a teor da lição de Cesar Luiz Pasold, "o Direito deve estar em correlação, dinamicamente, com os anseios e os valores da sociedade".¹⁶¹ Em síntese, tão legítima será a ordem jurídica, quanto mais corresponder aos valores sociais e, por consequência, ao interesse público.

A Sociedade é um complexo que envolve valores plurais na busca de uma finalidade que é comum. Desta forma, todo o agrupamento social guarda, mesmo que tácita, implícita e sem qualquer espécie de consenso, um ponto teleológico e axiológico de intensa determinação política e jurídica, revelando os valores sociais que dizem respeito ao interesse que é público.

O interesse do conjunto social é o fundamento para a construção legislativa e sua concretização. Portanto, todo o arcabouço público é voltado à Sociedade, que deve respaldá-lo.

É que a Sociedade, por uma questão de sobrevivência e para assegurar a justiça, necessita de organização, previsibilidade e segurança. Para tais misteres, foram elaborados os mais diversos modos de repartição de funções, até que culminassem modernamente na teoria da divisão de poderes.

Eis, conforme o *Espírito das Leis* de Montesquieu, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, três poderes pretensamente harmônicos que se controlam

¹⁵⁷ CRETILLA, J. Jr. *Das Licitações Públicas*. Op. cit. p. 55.

¹⁵⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Op. cit. p. 91.

¹⁵⁹ PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1986. p. 20.

¹⁶⁰ FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 80-81.

¹⁶¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*. Op. Cit. p. 29.

mediante a técnica de pesos e contrapesos.¹⁶² De todos estes poderes, e aí com amparo em Locke,¹⁶³ o Legislativo seria o de maior força e respaldo social, pois os seus membros são escolhidos e legitimados pela vontade popular e atuam em colegiado. Aqueles, portanto, deveriam retratar o interesse público mediante a orientação democrática proporcionada pelo sufrágio. Em tal poder assentar-se-ia o apogeu da legitimidade, já que é a Sociedade quem escolhe os seus membros.

E desta idéia decorre o princípio da legalidade, vinculando os demais poderes e, indiretamente, a atividade administrativa ao disposto na lei. O princípio nasceu com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos, cingindo o exercício do poder público aos ditames da lei. Minimizam-se ou se impedem tendências autoritárias, fazendo com que todo o aparato administrativo seja regido pelo legalismo. Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a legalidade seria uma legitimidade objetivamente garantida”.¹⁶⁴

O plano exordial desta construção política e jurídica segue linear lógica dedutiva: dentre os poderes públicos, o Legislativo é o que tem os seus membros escolhidos pela Sociedade e atuam em colegiado; se é a Sociedade quem os escolhe, seus membros carregam consigo o acervo ideológico, os valores, logo, o interesse público. Considerando que o Legislativo está atrelado ao interesse público, estará ele

¹⁶² Leia-se as palavras de Montesquieu: “Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues Brasília: UnB, 1995. p. 118). E adiante, após esmiuçar as ingerências de cada um dos poderes sobre os outros, dá o sentido do ideal de *pesos e contrapesos*: “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder judiciário. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (*Idem*. p. 123).

¹⁶³ Para o modelo teórico de Locke a vocação natural da Sociedade é almejar sua preservação. Nesta perspectiva, “a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo” (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed.. Trad. Anoar Aux e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1979. p. 86 (Coleção Os Pensadores). “O poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros” (*Idem*. p. 96). Noutra ponta, aduz que, “como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativos e executivos ficam freqüentemente separados” (*Ibidem*). Por fim, arremata apontando o poder federativo que zela pelas relações internacionais (*Ibidem*).

¹⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 4.

legitimado e, nessa linha, apresenta-se como o canal para que os poderes públicos obtenham legitimidade, por fim vinculando-os.

Dentro dos contornos da disciplina administrativa, a legalidade foi erigida à esfera jurídica com a qualidade de princípio constitucional. E, valioso é dizer, com determinação rígida, uma vez que, como acentua Hely Lopes Meirelles, "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público, significa 'deve fazer assim'"¹⁶⁵

Conquanto a lei seja realmente elaborada por pessoas eleitas pela Sociedade, com a crescente complexidade das relações sociais, políticas e jurídicas, a legalidade sofre flagrante crise de legitimidade.¹⁶⁶ E, no teor da expressão do professor e magistrado Volnei Ivo Carlin, restringir a legitimidade ao aspecto legal é ceder ao *ultrapositivismo*.¹⁶⁷

É que as leis, abstratas e genéricas, precisam ser aplicadas para surtir efeitos no mundo dos fatos. Não resta a menor dúvida de que a hermenêutica é fator imprescindível para a compreensão do interesse público. O âmago do direito não está na lei, mas no processo de concretização e transformação do enunciado em uma situação de fato real e viva

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. Op. cit. p. 82.

¹⁶⁶ Confira-se os apontamentos de Odete Medauar: "Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na idéia genérica da legalidade. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados, de modo sucinto. A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado *legalismo* ou *legalidade formal* pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas, por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento; formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maioria parlamentares, em geral controladas pelo Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor direto (p. ex. ao editar medias provisórias), como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Op. cit. p. 138).

¹⁶⁷ O professor Volnei Ivo Carlin, comentando a legitimidade dos magistrados e, portanto, fazendo transparecer que o problema não atinge tão-somente a esfera administrativa, *mutatis mutandis*, anota o seguinte: "O princípio adotado na maioria dos países, inclusive no Brasil, de que a legitimidade do juiz provém da lei que está encarregado de aplicar, bem como a célebre fórmula, de que ele é 'a boca da lei', vêm sendo passíveis de contestação, em face de seu contexto ultrapositivista. O juiz não deve jamais perder de vista que ele adquire sua legitimidade não só da Constituição e das leis, mas também da qualidade do serviço que ele presta e, pois, de sua competência. É sob este ângulo que ele deve trazer sua reflexão ética, calcada na satisfação do seu *métier* e na confiança transmitida ao público pelas informações da mídia. É a confiança do jurisdicionado que o autoriza ao exercício do poder de julgar, o crédito de confiança que legitima a missão do juiz. O jurisdicionado não deve ter motivos para duvidar da eficácia da função jurisdicional" (CARLIN, Volnei Ivo. 2. ed. *Deontologia Jurídica. Ética e Justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 107).

Além disso, a presunção de que os legisladores eleitos pela Sociedade representam e encarnam o interesse que lhes é correspondente não pode ser tomada de forma absoluta. Muito pelo contrário, porque os legisladores são atraídos por grupos que detêm o poder econômico, apartam-se da orientação axiológica de sua base eleitoral. Este divórcio é acentuado em democracias incipientes e frágeis, com parca tradição pluralista, tal qual a dos países em desenvolvimento e, dentro desse contexto, o Brasil. Nesses Estados, a política adquire adorno eminentemente paternalista, e o controle da atividade legislativa é por demais reduzido.

A pena sociológica de Max Weber foi o instrumento que vislumbrou as formas de fundamentar as relações de dominação através da legitimidade, destacando o aspecto subjetivo, como o emocional, o racional e o religioso, e, doutro lado, o aspecto objetivo, como a convenção e a lei. Dentre esses caminhos, a legitimidade exalça a legalidade, no intuito de abranger todo o corpo social, uma vez que “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”.¹⁶⁸ Assim, “obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer”.¹⁶⁹

Firma-se a bandeira da lei no pretenso pluralismo e no respaldo social que lhe é pressuposto, imputando a ela o papel de legitimar os atos do poder público e, por sua vez, da Administração. Todavia, a lei não tem o condão de lançar efetiva legitimidade. Esta só se alcança mediante, repita-se, a aprovação, a aceitação e o respaldo da Sociedade. Um enunciado abstrato e genérico, elaborado por um colegiado eleito pelo sufrágio, não é a fórmula definitiva da legitimidade. As relações humanas comportam um aprofundamento deste conceito.

O legislador não é uma divindade, já que a aclamação eleitoral não lhes autoriza a arbitrariedade. Todos os que exercem atividade *pública* são pautados pelo interesse *público*, devendo atentar para os valores sociais e o bem comum. Esta concepção axiológica, como analisado no primeiro capítulo, foi introduzida na órbita

¹⁶⁸ COHN, Gabriel (org.). *Sociologia*. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979. p. 128.

¹⁶⁹ *Idem*. p. 118.

Em seguida, complementa Weber: “Toda forma de dominação estamental baseada numa aproximação mais ou menos fixa do poder de administração encontra-se, relativamente ao patriarcalismo, mais próxima da dominação legal, pois reveste, em virtude das garantias que cercam as competências dos privilegiados, o caráter de um ‘fundamento jurídico’ de tipo especial (consequência da ‘divisão de poderes’ estamental), que falta às configurações de caráter patriarcal, com suas administrações totalmente dependentes do arbítrio do senhor” (*Idem*. p. 134).

jurídica sob a proteção dos princípios. A lei não é, por si só, um instrumento de legitimidade. Ela só o será se e quando retratar os valores sociais que, como visto, estão deontologicamente elencados nos princípios jurídicos.

Dentre os princípios ressalte-se a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública não será legítima tão-somente por seguir a lei, até porque a própria lei, em última instância, tem como fonte de legitimidade os princípios e, com prevalência, o interesse público.¹⁷⁰ A legalidade não exaure a legitimidade que a atividade administrativa pleiteia em face da Sociedade.

A legitimidade não pode ser podada pela formalidade da lei, porque, acima de tudo, deve ser ressaltada a materialidade dos atos e das condutas.

No contexto da Administração Pública, impõe-se a conjugação de vários elementos principiológicos, tais quais a isonomia. Tomando-se na devida conta que este princípio está previsto em lei, ele é um fator de concreção da legalidade e da legitimidade. Trata-se de uma condição de caráter dúplice. Não se quer dizer, esclareça-se, que todo e qualquer ato que respeite a isonomia seja legítimo e legal, mas, para tanto, é inarredável que o seja. A isonomia não é fator suficiente, porém condição essencial a ambos.

Se a isonomia é fundamental para a legalidade e para a legitimidade da Administração Pública, por via de consequência o será da licitação pública. Como visto, o conceito de licitação pública fulcra-se na busca do melhor contrato e na igual oportunidade para que todos ofereçam suas propostas e assim sejam consideradas.

Além de prevista no conceito de licitação pública e em lei, da eficácia da isonomia depende a legitimidade do certame. O valor que perpassa a Sociedade não condiz com privilégios a apadrinhados, confiando ao sabor particular a feitura de contratos da Administração Pública.

Licitação pública só se configura com isonomia e só por este caminho é respaldada pela Sociedade, tomando-se legítima. É palmar que o tratamento diferenciado àqueles que demonstrem as condições suficientes para contratarem com a Administração constitui ofensa ao preceito que reclama equidade. Não há meio para o interesse público harmonizar-se às discriminações que se utilizam daquilo que a todos pertence para fomentar o lucro de empresas particulares favorecidas por agentes da administração.

Todavia, recentemente, críticas são lançadas à licitação pública, apontando as formalidades decorrentes da isonomia como um elemento de entrave para a realização

de contratos administrativos, já que impõem excessivo ônus ao erário, frustrando o princípio da eficiência. Pede-se liberdade ao agente administrativo para então celebrar o melhor negócio.¹⁷¹

Ao refutar tal argumento - que desnatura o próprio conceito de licitação pública - convém lembrar da fragilidade institucional brasileira. A democracia é incipiente, uma vez que a pressão e o controle popular ainda são tímidos. Os escândalos de ordem pública - como é notório - são noticiados quase que diariamente pela imprensa e, dentre esses casos, inúmeros envolvem superfaturamento de contratos administrativos ocasionados por irregularidades no procedimento licitatório.

¹⁷⁰ Os princípios jurídicos apresentam-se como fator de *legitimação* do Direito, cujo produto final é conferir a ele *legitimidade*. Portanto não se pode confundir os dois conceitos, nem tampouco falar-se de *princípio da legitimidade*, pois os princípios são o meio para obtê-la.

¹⁷¹ Os autores não fazem tal crítica diretamente, porém de suas idéias depreende-se a intenção de conferir maior liberdade e agilidade aos agentes administrativos, abrandando os rigores provenientes do princípio da isonomia.

Embora a constatação do fato seja procedente, Rigolin e Bottino caminham neste sentido: "Revelam-se as licitações, sobretudo as de maior monta, regra geral, sob o ponto de vista econômico-financeiro, um *péssimo negócio*, às vezes o pior imaginável, à Administração, e um só exemplo, fictício, de comuníssima licitação bem ilustrará o que se afirma. Suponha-se que a Administração deseje adquirir caminhões para os seus serviços, em operação enquadrada na modalidade 'tomada de preços'. Perderá então, já de início, quinze dias com a só publicação do edital; considerando-se que as fases do procedimento poderão, facilmente, consumir mais um mês, temos que da publicação do edital até a adjudicação do objeto à vencedora - o que ainda pode estar longe da contratação! - consumiram-se quarenta e cinco dias.

Sabendo-se que os preços dos veículos vieram ultimamente subindo mais que a inflação oficial, facilmente se conclui que a Administração, naquele exemplo, poderá ser obrigada, quando contratar, a pagar *metade* do preço vigente quando publicado o edital *a mais*, pelos caminhões! Sim, porque os proponentes, conhecendo a demora do procedimento e prevendo a subida de seus preços, seguramente terão cotado metade a mais que o valor que pediriam à vista (ou, de outro modo, irão à concordata com três ou quatro operações semelhantes...)!

Com, entretanto, a profunda e essencial desconfiança que a lei demonstra nutrir pelos servidores responsáveis pela licitação, e com as inúmeras dificuldades que lhes impõe, esse será o tipo de 'proposta mais vantajosa' que o sagrado erário terá obtido, sob o manto moralizador e protetivo da lei!" (RIGOLIN, Ivan Barbosa, BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20-21).

Não obstante isso, adiante asseveram: "A intenção da lei, por outro lado, é evidentemente salutar, fixando a todo tempo mínimos e máximos, e regras mais ou menos apertadas; o que compete às Administrações locais, sobretudo as menos providas de recurso material e mesmo humano, é, observando os mínimos legais, haver-se de forma mais célere e econômica que lhe seja possível, o que lhe significa, em uma palavra, a forma mais *inteligente de atuar*" (*Ibidem*).

Na mesma linha, Antônio Carlos Cintra do Amaral não inclui dentre os objetivos da licitação pública a isonomia e a probidade administrativa, sublinhando: "A experiência brasileira demonstra exatamente isso e é comum ver-se a Administração Pública contratar em condições financeiras mais desfavoráveis freqüentemente pelo fato de preocupar-se com a garantia do tratamento isonômico e com o cumprimento das formalidades cuja observância é indispensável a esse tratamento" (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 93).

Todavia, em seguida ressalva: "Não se conclua, das afirmações acima, que sou contrário à realização de licitações públicas. Quero apenas acentuar duas noções: a) no direito brasileiro, as contratações de obras e serviços, bem como a aquisição ou alienação de bens, devem, em regra, ser precedidas de licitação; e b) somente a ingenuidade, ou o desconhecimento total da matéria, permite que se afirme ser a licitação pública,

A Administração Pública nacional movimentava vultoso montante pecuniário mediante a celebração de contratos administrativos, atraindo a cobiça de corruptos e corruptores. O fato é que tradicionalmente tais avenças são questionadas, implicando perda de legitimidade.

Assim, o princípio da isonomia, predeterminando formas rígidas ao certame, é imprescindível para a aceitação social, haja vista que serve de garantia à imparcialidade e à equidade. Se, com todo o rigor, se viola as normas, reclamar maior liberdade beira o absurdo.

Ademais, as formalidades de um procedimento público não são a causa de seu insucesso. Se várias licitações fracassam, é porque são mal conduzidas. Preparando os agentes administrativos, fazendo-os conhecer com profundidade a principiologia e as regras da licitação, não há dúvida de que o interesse público será plenamente satisfeito.

Como assinala Carlos Pinto Coelho Motta, "a partir de observação e análise feitas no âmbito organizacional, e no nível dos participantes do processo, detectam-se alguns problemas que, aparentemente, constituem inconvenientes do próprio instituto da licitação. No entanto, se observamos com mais rigor, são apenas as características de processos mal gerenciados".¹⁷²

E Dallari enfatiza que "a licitação não é um mal, não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos. Não se pode confundir a licitação com a patologia da licitação. Não se pode confundir a licitação com o mal uso que dela se tem feito".¹⁷³

Não se quer dizer que o procedimento licitatório, tal qual previsto em lei, não mereça reformas. Muito pelo contrário, há, em todo o texto, detalhes e formalidades despiciendas, que efetivamente entravam o procedimento e violam o princípio da eficiência. Aí vêm a lançar, novamente, a razoabilidade: há de se separar as disposições inúteis daquelas que são imprescindíveis para garantir o tratamento isonômico.

O que se defende neste trabalho são as formalidades vinculadas à garantia do princípio da isonomia. Estas não são a causa do insucesso do procedimento licitatório, mas condição essencial para sua legitimidade. Deve-se afastar percepções distorcidas do

pelo simples fato de adotada, garantidora da isonomia, do melhor resultado econômico-financeiro e da moralidade e eficiência administrativas" (Idem. p. 94).

¹⁷² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia na Licitação e Contratos Administrativos*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 32.

¹⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 13.

princípio da eficiência, que tomam toda e qualquer formalidade administrativa de cambulhada, pregando veemente flexibilização.

A percepção isolada e absoluta do princípio a eficiência, sem apreender a relação entre as prerrogativas e as garantias que caracterizam o regime jurídico-administrativo e, por ilação, a licitação pública, é extramamente perigosa. Precisa-se reconhecer a variedade de discursos que se espraiam pelo debate político e jurídico, cuja remissão a eficiência, muitas vezes, não passa de recurso a enfraquecer as garantias conquistadas pelos cidadãos.

Enfim, a licitação é legitimada preponderantemente pela isonomia. Ao seu lado, reacentue-se, está a eficiência, que reclama a realização do melhor contrato e a satisfação das necessidades da Administração Pública. Por isso, o interesse do órgão administrativo e os resultados que lhe são exigidos, para se conjugarem ao interesse público, não podem se privar da conformação à isonomia. Devem-se adequar os fins aos meios.

Eficiência e isonomia não são proposições discrepantes. Nos meandros da licitação pública, são duas faces gêmeas da legalidade e, acima de tudo, da legitimação do procedimento.

4 LICITAÇÃO PÚBLICA: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Ao discorrer acerca da licitação pública, ter-se-á que enfrentar a questão constitucional. É que, além das regras e dos princípios jurídicos fundamentais, a Constituição brasileira, por ser analítica, insere em seu texto uma série de matérias que, na realidade, estariam fora daqueles preceitos básicos da Sociedade.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Walter Ceneviva, tratando dos tipos de Constituições escritas, classifica: “A Constituição escrita pode ser, quanto ao conteúdo, analítica ou sintética: a) *analítica* – busca (geralmente sem êxito) enfrentar todas as hipóteses do universo jurídico atingido, o que a leva a incluir matérias de típico caráter não constitucional. Pode enfraquecer a democracia, por facilitar a inversão da ordem constitucional. Foi a opção brasileira de 1988; b) *sintética* – abre espaço à exegese jurisprudencial, como se constata com a Constituição americana, que sofreu alterações em seus duzentos anos de existência. Esse tipo refere apenas a estrutura fundamental do Estado e permite fácil alteração da lei ordinária, com vantagem e desvantagem, pondo em questão,

Incluída nestas matérias, que *a priori* não seriam questões constitucionais, encontra-se a licitação pública, disposta nuclearmente no capítulo da Administração Pública.

Antes de adentrar-se na análise da licitação pública perante a Carta Magna, é cientificamente prudente definir, mesmo que superficialmente, o que é a Constituição e qual é o seu papel moderno em face da ordem jurídica e social.

O tema é relevante e complexo, despertando a investigação científica. O primeiro passo para se apreender o conceito é esclarecer que toda Sociedade, para se formar, se vale de uma Constituição. Este conceito vestibular relaciona-se à forma básica de organização e, como o próprio nome revela, de constituição ou estruturação de uma Sociedade. Nos dizeres de José Afonso da Silva, a Constituição é "a organização de seus elementos essenciais",¹⁷⁵ ou o "modo de ser do Estado".¹⁷⁶

Por isso, a Constituição deve refletir os valores sociais que a erigiram. Em razão deste enlace, autores como Lassale restringem-na aos *fatores reais de poder*.¹⁷⁷ Em outros termos, a Constituição perde completamente seu sentido se não refletir esses fatores reais, tomando-se meras *folhas de papel*.¹⁷⁸

Em contrapartida a esta noção, Hesse levantou a bandeira da *vontade de Constituição*,¹⁷⁹ que coexiste numa relação de tensão com a *vontade de poder*.¹⁸⁰ Parte do pressuposto que, muito embora não se deva abandonar os fatores de poder, sob pena de ineficácia, não se pode desprezar a normatividade, dado que, ao contrário, o ordenamento jurídico não teria mais importância.

permanente e aberta, a constitucionalidade do ordenamento inferior" (CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 13-14).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera: "As Cartas Políticas de um povo devem ter por alicerce duas vigas mestras. Uma que chamaremos racional, que lhe dá o cunho idealista, e traça as linhas gerais; a outra, que denominaremos nacional, formada da história do seu povo, revivendo, portanto, através do presente as suas tradições, e adaptando os princípios universais às condições particulares e originais da sua realidade" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 39-40).

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 39.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Eis as palavras do próprio Lassale: "os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores que imperam na realidade social; eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar" (LASSALE, Fernand. *A Essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998. p. 69).

¹⁷⁸ *Idem*. p. 37.

¹⁷⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1991. p. 19.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

O critério para solucionar tamanha discrepância teórica é o da compreensão do papel dos princípios jurídicos em uma Constituição. É que estes incorporam os valores sociais, algo próximo do que Lassale define como fatores reais de poder e, além disso, permitem, em decorrência de seu elevado grau de abstração e de generalidade, uma adequação hermenêutica às mutações históricas.

Procede a idéia de Canotilho ao definir a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.¹⁸¹ Ocorre que os preceitos constitucionais, que em tese deveriam referir-se às normas precípua da Sociedade, estão sempre abertos, como condição inexorável de perpetuação e adaptação constitucional. Aí ganha relevo a função sistêmica e integrativa dos princípios jurídicos.

Destarte, levando-se em conta que a maior parte dos princípios jurídicos estão previstos na Constituição, ela, como averba José Eduardo Faria, “é considerada como uma norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico (...)”.¹⁸² A Carta Magna é o melhor canal para o fluxo e o refluxo social no sistema jurídico. Para que a normatividade ganhe eficácia, reunindo-se num só elemento, é imperioso que o Direito Constitucional cumpra seu papel social, respaldando os valores que dela advém (da Sociedade).

Agregue-se que, no Brasil, a Constituição é a norma jurídica suprema da Sociedade e do Estado, classificando-se como rígida. Ou seja, a modificação de uma norma constitucional é dificultada, necessitando de quorum qualificado e tramitação especial. Deste ponto decorre a supremacia hierárquica da Constituição, sobrepondo-se a todo o ordenamento e apontando o norte em busca do Direito.

Desse modo, na experiência jurídica nacional, a Constituição é uma carta normativa escrita, rígida, que guarda supremacia em relação aos demais diplomas normativos, uma vez que contém os fundamentos da Sociedade e boa parte dos

¹⁸¹ Canotilho, referindo-se ao sistema constitucional português, mas que cai como luva apertada à teoria constitucional, deduz: “Convém, por isso, adiantar o ponto de partida fundamental para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de ‘descodificação’: (1) - é um sistema jurídico porque, como atrás se referiu, é um sistema dinâmico de normas; (2) - é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça. (3) - é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas e pessoas, é feita através de normas; (4) - é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 165).

¹⁸² FÁRIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Op. cit. p. 50.

princípios que são originários dela, permitindo uma adequação do regime jurídico aos valores (fatores reais de poder).

A Constituição deveria ser um documento claro, objetivo, prescrevendo, como dito, as normas básicas e essenciais da Sociedade. Todavia, no Brasil, haja vista sua vexatória tradição institucional,¹⁸³ houve por bem o constituinte estender-se em temas que não são verdadeiramente fundamentais. É que, no intento de proteção de alguns direitos e considerações de equidade da sanha autoritária e ditatorial que corrói a história do país, já que a Constituição prevalece sobre todos os outros diplomas normativos, inclui-se variada e minuciosa diversidade de matérias.

Sem embargo, ainda antecedentemente à licitação pública, convém realçar o princípio da isonomia na esfera constitucional. É que a isonomia também faz parte do conceito constitucional de licitação pública.

O conteúdo axiológico isonômico estende-se por todo o corpo normativo e, com ênfase, na esfera constitucional. Já no *caput* do artigo 5º, referente aos Direitos Fundamentais, é assentado que todos são iguais perante a lei, garantindo a inviolabilidade do direito à igualdade. Só essa proposição normativa, indubitavelmente destacada em face dos demais Direitos Fundamentais, é o suficiente para aplicar e vincular a licitação pública à isonomia.

Outrossim, apesar de desnudadas sua relevância e abrangência em razão da proeminência concernente aos demais Direitos que são fundantes da Sociedade, o constituinte, para efetivá-lo na maior amplitude possível, o elencou em outras passagens particulares da Carta Magna, fazendo transparecer sua primordialidade em relação a institutos específicos. Houve uma expansão constitucional do princípio isonômico, vencendo sua altíssima abstração e generalidade para tocar situações jurídicas específicas.

Importa frisar, por oportuno, que, a par da abstração e generalidade do princípio tal qual estipulado no *caput* do artigo 5º, o mesmo abrange todas as relações que se erguem em face do Direito. A abstração e a generalidade não têm o condão de impedir que o princípio da isonomia atinja situações peculiares, particularizadas e especiais. Ao contrário, somente essas características permitem a ele alcançar tantas situações jurídicas. O constituinte pôs o princípio em vários outros preceitos para ressaltá-

¹⁸³ O Brasil contemporâneo vive sob as reminiscências de uma tradição republicana instável, marcada por golpes e desrespeito aos Direitos Humanos. A história nacional recente foi traçada sob a mira de baionetas, sendo certo que a democracia e as instituições precisam ainda se consolidar.

lo e repelir hermenêutica conservadora e restritiva. Na realidade, é um *plus* que se incorpora na formulação original da isonomia.¹⁸⁴

Inserido neste esforço de vincular e garantir a isonomia relacionada a situações especiais de nossa esfera jurídica, está o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que trata do instituto da licitação pública. Considerando a magnitude desta norma constitucional no contexto deste trabalho, transcreve-se-a:

"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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".¹⁸⁵

Bem se vê que a norma constitucional, cujo conteúdo vincula a licitação pública à Administração, impõe a aplicação do princípio da isonomia. A exigência constitucional é a de que somente se contrate mediante licitação pública que *assegure* igualdade de condições. Sem o princípio, quebra-se a ordem constitucional e, como já anteriormente sublinhado, não há licitação pública.

É cediço, consoante as lições de Bonavides, que o preceito isonômico nas licitações públicas é um daqueles casos em que o constituinte, não satisfeito com a previsão abstrata e genérica do *caput* do artigo 5º da Carta Magna, resolveu salientá-lo em conjunção a uma hipótese especial. Deste modo, ele obriga o legislador infraconstitucional, a Administração Pública e todos os possíveis atores sociais a se utilizarem do instrumental licitatório público e se regerem ao passo da isonomia.

Ademais, o inciso emprega o verbo *assegurar* para retratar a vinculação da licitação pública à isonomia. Como se depreende das considerações alinhavadas no capítulo antecedente, a efetivação da igualdade é algo por demais complexo, pois supõe

¹⁸⁴Bonavides, em texto que comenta a isonomia em observância aos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal, averba que este reforço isonômico revela uma nova acepção ou fase do princípio. Eis o seu escólio: "Ao direito geral da igualdade se acrescentam nos textos constitucionais, tornando mais complexa a matéria referente a esse valor fundamental, os direitos de igualdade, que têm, portanto, dobrada rigidez e proteção solenemente inequívoca, particularizada pela intenção do constituinte e fora do alcance e iniciativa do legislador. Tanto quanto o aplicador, fica este jungido a observar e a não contraditar a norma constitucional específica, formuladora de determinada igualdade fática" (BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos 39, § 1º, 135 e 241. *Constituição Aberta*. Op. Cit. p. 100).

¹⁸⁵ Grifo acrescido.

uma ação diferenciada do Estado com o fito de suprir desigualdades materiais. Só assim, atenuando as desigualdades é que pode atingir a igualdade.

Seguindo esse pensamento, ao centrar o inciso no verbo *assegurar*, agiu o constituinte com precisão, deixando clara a amplitude com que a isonomia deve ser tomada. É que o verbo *assegurar* carrega consigo a exigência de uma ação positiva dos agentes públicos, não devendo tão-somente *atentar-se*, *pautar-se* ou *respeitar* a isonomia. Mais do que isto, deve-se *assegurá-la*. Trata-se de uma exigência destinada mormente ao legislador infraconstitucional, que, incumbido de fazer a lei das licitações públicas e descer a aspectos procedimentais e formais, poderia singelamente abster-se de visar à isonomia. No entanto, o legislador deve *assegurá-la*, disciplinando toda a licitação pública sob suas bases.

Além do inciso XXI do artigo 37, a Constituição de 1988, no *caput* do artigo 175, exige a licitação para a concessão ou permissão aos entes privados de prestação de serviço público.

Também há de se notar o inciso III do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, que prevê lei destinada a estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, dispondo, inclusive, sobre o respectivo regime de licitação pública e contratos administrativos.

Afora estas disposições, o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição da República - que está no contexto do pacto federativo, elencando a competência legislativa privativa da União - atribui a ela ditar as "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;"

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, interpretando o preceito constitucional, assevera que "a Constituição confere à União apenas e tão-somente competência para editar normas gerais. Isto significa que, nas matérias que enumera, não é dado à União mais do que fixar princípios, certas normas uniformes, certas diretrizes".¹⁸⁶

¹⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 85.

Celso Ribeiro Bastos caminha no mesmo sentido ao deduzir que “o sentido útil para a sua interpretação é o de que as normas gerais são aquelas estruturais para o procedimento licitatório, é dizer, que constituem as suas vigas mestras, seus pontos essenciais”.¹⁸⁷

Ora, se a Constituição confere competência à União para legislar sobre normas gerais, por óbvio que os demais entes federativos têm competência legislativa supletiva para normas especiais e específicas, fora do conceito de generalidade. Portanto, a União tem competência para lançar os parâmetros gerais e legislar em detalhes a respeito da Administração Federal. Doutro lado, os demais entes federativos, conformando-se às linhas gerais consagradas pela União, podem prescrever suas próprias regras especiais.

Desta sorte, como consequência da competência instituída pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, a União editou a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994 e pela Lei nº 9648, de 21 de maio de 1998, regulamentando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.¹⁸⁸

O referido diploma normativo divide-se em seis capítulos. O primeiro, acerca das disposições gerais, fixa os princípios que devem reger o procedimento licitatório e oferece definições. O segundo, intitulado *da licitação*, cuida das modalidades, dos tipos e do procedimento particular da licitação pública, detalhando-a. O terceiro refere-se aos contratos administrativos. O quarto, por sua vez, aponta as sanções administrativas e a tutela judicial. O quinto delinea os recursos administrativos. E, concluindo, o sexto trata das disposições finais e transitórias.

Conquanto a Constituição limite a competência da União às normas gerais de licitação pública, a Lei em apreço em muito exacerbou o conceito de generalidade. A rigor, a Lei tece normas pormenorizadas e especiais, estimulando polêmica em tomo de sua constitucionalidade.¹⁸⁹

¹⁸⁷ RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 116.

¹⁸⁸ Relembre-se que a licitação para concessões e permissões de serviço público é regulada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

¹⁸⁹ Ao discorrer a propósito da sistemática constitucional, tomando-se na devida conta que o inciso XVII do artigo 22 da Carta Magna confere competência legislativa à União para editar normas gerais, percebe-se, sem maiores esforços, que a Lei 8.666/93 é eivada de inconstitucionalidade. Como visto, as normas gerais dispõem a respeito dos princípios básicos, definições gerais, que se caracterizam por não tecer considerações pormenorizadas. Ocorre que a Lei em tela não se enquadra nestes conceitos, estabelecendo todo o procedimento, prazos, custos e outros elementos.

Por derradeiro, importa salientar que a Lei nº 8.666/93, já no *caput* do artigo 3º, prescreve os princípios que regem a licitação pública, frisando o princípio isonômico sobre os demais e expressamente distinguindo os princípios da legalidade, moralidade e probidade administrativa, impessoalidade, igualdade,¹⁹⁰ publicidade e vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.¹⁹¹ Além destes, também hospedou o princípio da competitividade, previsto no inciso I do §1º do mesmo artigo.

Tal artigo é fundamental à compreensão deste trabalho, haja vista que, juntamente com os princípios constitucionais, forma a rede principiológica das licitações públicas. Todos estes princípios estão inter-relacionados, ressaltando a isonomia sobre os demais.

Carlos Ari Sundfeld aponta: "Portanto, Estados, Distrito Federal e Municípios só estarão obrigados a observar, da lei 8.666/93, os preceitos efetivamente expressivos de normas gerais de licitações e contratos administrativos. Ademais, tendo essa lei tratado de outros temas, estes de competência exclusiva da lei federal, deverão os dispositivos respectivos merecer acatamento generalizado" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 31).

¹⁹⁰ Bem se vê que se pretendeu realmente enfatizar a isonomia, repetindo o seu conteúdo jurídico mediante o princípio da igualdade. Sobre o assunto, confira-se o capítulo segundo.

¹⁹¹ O artigo tem a seguinte dicção jurídica: "Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

CAPÍTULO QUARTO

OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

1 - A Rede Principiológica da Licitação Pública. 2 – Princípio da Legalidade. 3 – Princípios da Moralidade e da Razoabilidade. 4 – Princípio da Impessoalidade. 5 – Princípio da Publicidade. 6 – Princípio da Competitividade. 7 – Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo.

1 A REDE PRINCIPIOLÓGICA DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Este trabalho tem a pretensão de realizar uma abordagem eminentemente principiológica das licitações públicas, ressaltando a isonomia, em virtude de sua importância capital que deflui do próprio conceito do instituto.

O estudo dos princípios jurídicos, apesar de incipiente, vem ganhando ressonância, uma vez que eles estão diretamente vinculados aos valores sociais que revelam a moralidade ou o parâmetro essencial da justiça, levando vida e legitimidade aos ordenamentos jurídicos.

Em decorrência dessa ligação à justiça e à moral, os princípios conformam toda a ordem jurídica à orientação axiológica que é por eles manifesta. É que as regras jurídicas concernentes a opções morais deles derivam, operacionalizando-os em situações circunscritas em seus pressupostos de fato.

Com esse perfil, os princípios galgam superioridade na ciência jurídica, ensejando direitos subjetivos e adequando a hermenêutica aos valores sociais de justiça. A criação legislativa de regras jurídicas e a prática administrativa devem a eles corresponder.

Mesmo com o fato de a doutrina e a lei virem salientando a principiologia, muitas de tais construções não se fazem acompanhar da devida contextualização teórica e conceitual do que realmente sejam. Incumbidos de frisar uma disposição normativa, ou qualquer outra proposição, pura e singelamente funda-se um novo princípio, sem maiores preocupações em se precisar cientificamente tal enunciado.

Além disso, não convém esquecer que os princípios atuam em rede. É que há os que são originários, altamente abstratos, com elevada capacidade de se estenderem por todo o tecido das relações jurídicas e diretamente ligados aos valores precípuos da Sociedade; bem como há os que são derivados, que decorrem dos primeiros, servindo para esclarecer situações especiais e particulares.

Neste encaixo, nega-se a existência de hierarquia entre os princípios jurídicos. É que eles se referem aos valores da Sociedade e sendo repelidos valores absolutos em atenção ao pluralismo, cai por terra a existência de princípios absolutos. Todos eles são concretizados na esteira de sua importância, perante as condicionantes de fato, em processo hermenêutico levado a cabo pela razoabilidade.

Daí a informação e a re-informação recíproca entre os princípios jurídicos. Entretanto, insista-se, não se quer nivelá-los. Aqueles protegidos pela Constituição, à guisa de exemplo, têm maior importância do que os infraconstitucionais. Na mesma linha, tanto um quanto o outro são normas. O constitucional não exclui a normatividade do infraconstitucional; tão-somente tem maior relevância.

Dentre as partes desta rede encontram-se os princípios informadores da licitação pública. Portanto, é imperioso delimitá-la, estabelecendo os conceitos, as conexões e as relações que lhe são pertinentes. Não basta indicar quais são os princípios, é essencial que se esclareça o motivo pelo qual tais ou quais proposições normativas assim são descritas e apurar o conteúdo jurídico com que se apresentam perante à Administração, aos licitantes e aos demais cidadãos.

Vale-se de dedução, a fim de que, agremiando os princípios que dizem respeito à espécie, seja vislumbrada a rede principiológica das licitações públicas. A sua visualização conjuga elementos para a inteira compreensão do certame.

Dentre os princípios de maior relevância aplicáveis à licitação pública, enfatiza-se a isonomia. Seu conteúdo jurídico funda-se na equidade, está destacado em face das demais normas relativas aos Direitos Humanos e Fundamentais e abrange toda a ordem jurídica. Além disso, no que tange à licitação pública, ostenta caráter de alicerce conceitual.

Se é lícito afirmar que todos os princípios têm relação entre si, torna-se imperativo ao desenvolvimento desta dissertação analisar o processo de conformação entre a isonomia e as demais proposições principiológicas. Todo e qualquer princípio que seja imputado à licitação pública guarda uma forte ligação com o preceito isonômico. Por vezes serve para concretizá-lo ou constitui simples desdobramento dele.

Os princípios da Administração Pública, que foram elencados pelo constituinte de 1988 no artigo 37 da respectiva Carta Política, quais sejam, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, estão todos contemplados pela Lei nº 8.666/93, acrescendo-se ainda os da isonomia, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da competitividade.

Ressalve-se a ausência do princípio da eficiência, visto que o mesmo só ingressou no rol constitucional através da Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, ou seja, por volta de cinco anos após a Lei. Entretanto, a eficiência se depreende do conceito de licitação pública, e está implícita na finalidade de “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”.

Cumpra advertir, no entanto, que a Constituição Federal e a legislação não exauram os princípios informadores da licitação pública, porque estes são colhidos dos valores sociais e do meandro do sistema jurídico. Tanto o é que o *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 – que enumera os princípios da licitação pública – é finalizado com a admissão de outros “que lhes são correlatos”.

Ademais, de conformidade com a concepção que define os princípios jurídicos, como a expressão dos valores sociais para o Direito, é inviável sequer cogitar exauri-los. Vários princípios incidem, mesmo que indiretamente, no certame. Por vezes a influência é tênue. Esta ponderação é justificada pela própria dissonância doutrinária ao enunciá-los.¹⁹²

¹⁹² A título ilustrativo, Di Pietro lança os princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória e da ampla defesa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit. p. 257-

Como critério determinante da rede principiológica das licitações públicas, reúnem-se neste estudo os princípios enunciados pela Lei das Licitações Públicas e previstos na Constituição como incidentes sobre toda a atividade administrativa, a saber, a isonomia, a eficiência, a legalidade, a moralidade, a probidade administrativa, a impessoalidade, a publicidade, a competitividade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo, bem como, afora o enunciado em lei, a razoabilidade.

Sem embargo, a probidade administrativa está incorporada ao conceito de moralidade. Probo é o honesto, correto, íntegro, portanto, que é regido de acordo com a moral.¹⁹³

Ainda cabe frisar que tanto a isonomia quanto a eficiência já foram abordados no capítulo anterior, uma vez que a tensão entre ambos é o cerne do conceito de licitação pública e, por isso, não serão analisados especificamente neste. Todavia, é inevitável que, mesmo pretendendo cotejar a isonomia com os demais, também se verse a respeito do princípio da eficiência, cujo conteúdo jurídico se espalha pelo certame.

Esse aporte permite apreender, com a devida precisão científica, conquanto não se esgote, a rede de princípios que influem e informam a licitação pública.

254). Bandeira de Mello aduz que "os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade, b) isonomia, c) publicidade, d) respeito às condições prefixadas no edital, e e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento aos princípios anteriores" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 379). Medauar sugere ainda os princípios da competitividade, do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado, da verdade material (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Ob cit. p. 204). Dallari lista os princípios da igualdade, publicidade e estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 37).

¹⁹³ Maurício Antônio Ribeiro Lopes não considera a probidade como um princípio, advertindo que "o dever de probidade decorre diretamente do princípio da moralidade que lhe é anterior e hierarquicamente superior pelo maior grau de transcendência que os princípios têm em relação aos deveres. Pode-se dizer que a probidade é uma das possíveis formas de externalização da moralidade. É a via onerosa da moralidade, posto que esse dever tem um cunho patrimonial inafastável" (RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Ética e Administração Pública*. Op. cit. p. 58).

Bandeira de Mello, ao discorrer sobre a moralidade, anota que "especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinhando-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 379).

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O período renascentista foi marcado pela ruptura do sistema feudal, centrado na soberania do monarca.¹⁹⁴ Em outros termos, o rei fazia tudo quanto quisesse, seu poder era absoluto e incontrastável. Esta centralização foi concebida com o objetivo de se afastar a estrutura metafísica na qual se baseava o catolicismo e impedia a consolidação da emergente burguesia. É que a atividade econômica se desenvolvia, necessitando de investimentos que garantissem a expansão marítima européia e os respectivos lucros.

Mesmo que vencida a feudalidade, a demasiada concentração de poder na figura do soberano mostrou seus malefícios. O interesse público fez-se refém dos sabores e dissabores de uma única figura humana e seus convivas, autorizando toda a sorte de privilégios e rasgadas injustiças. Além da opressão que se impunha sobre o povo, a monarquia acarretava prejuízos à burguesia, uma vez que vultosos montantes financeiros eram destinados às aventuras e ao luxo da Corte.

O absolutismo havia cumprido o seu papel histórico, tornando-se obsoleto. Dentro desse contexto exsurge o Iluminismo, valorizando sobremaneira o aspecto individualista. A pedra angular do novo paradigma era a liberdade dos particulares em face do Estado. Passou a ser imperativo controlar e delimitar o poder estatal.

Nesse contexto, ergueu-se a teoria da divisão de poderes, por efeito do qual a coisa pública era regida pela vontade popular manifesta nas leis. É deste ponto que se estabelece o princípio da legalidade. Para se controlar o poder público este deveria respeitar aquilo que estava prescrito no texto legislativo, não prejudicando as aspirações individuais.

A Administração Pública conformava-se ao que fora determinado pelo legislador. Dever-se-ia fazer tudo o que a lei dispusesse. Afora as prescrições legais, a

¹⁹⁴ Embora já delineado no capítulo antecedente, o princípio da legalidade recebe, aqui, um enfoque diferenciado. Naquela passagem, analisou-se o princípio da isonomia por estar previsto em lei, como condição de legalidade e, afora isto, criticou-se a concepção que reduz a legitimidade ao seu conteúdo (legalidade). Neste tópico, contudo, abordar-se-á o princípio em si, sua significação especial à licitação pública e, com esse timbre, a sua relação com a isonomia.

Administração tinha a liberdade ou a discricionariedade de fazer tudo o que lhe fosse conveniente, não se sujeitando, neste aspecto, ao controle judicial.¹⁹⁵

O conceito de lei adquire preponderância no Direito. Em análise acurada, percebe-se que a lei é o intento de se objetivar e assegurar o respeito à igualdade. Rechaça-se a lei meramente formal,¹⁹⁶ porque, para ostentar tal *status*, é imprescindível que o ato normativo correspondente seja abstrato e genérico.¹⁹⁷

O valor de igualdade é o pressuposto da lei. A sua definição não comporta distinções pessoais sem a justificação focada pela razoabilidade. Lei, para ser lei, há de se destinar à Sociedade e não a alguns, vedando-se discriminações de sangue. Preservada está a atividade econômica, dado que os planos individuais de quem quer que seja já não são podados pelos custos e pelos privilégios, cuja casta dos nobres guardava para si.¹⁹⁸

O princípio da legalidade é estritamente ligado ao da isonomia. Sua essência é o corte de discriminações infundadas, conservando a esfera individual através de proposições normativas impessoais, que se referem à totalidade social.

¹⁹⁵ Este significado do princípio da legalidade é relativo ao Estado Liberal, no qual a Administração Pública guardava grande parte de discricionariedade. Neste sentido é o escólio de Di Pietro: “Embora o Estado de direito adotasse como um de seus dogmas fundamentais o princípio da legalidade ao qual se submete a Administração Pública, no período do Estado liberal esse princípio teve uma concepção diversa daquela que prevalece hoje. Era, na realidade, uma concepção mais restritiva, porque procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa, herdada do Estado de Polícia, em especial da teoria da dupla personalidade do Estado, que insentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, subordinada ao ‘jus politiae’. Com efeito, como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial. A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial” (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Op. Cit. p. 19).

¹⁹⁶ Lei meramente formal é aquela sem os caracteres de generalidade e abstração.

¹⁹⁷ Marcelo Caetano discorre acerca do conceito material de lei, circunscrevendo-a à generalidade. Eis suas lições: “Norma de caráter geral: a generalidade implica a formulação dos seus preceitos em abstrato e não para certa ou certas pessoas num caso concreto. Todos quantos se encontrarem ou vierem a encontrar-se nas circunstâncias que estiverem pressupostas no preceito ficarão obrigados a observar o comando normativo. E isso deve valer para uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de fatos (vigência sucessiva ou execução permanente). Leis serão, pois, neste sentido em que apenas se olha a matéria que as caracteriza, todos os atos normativos genéricos” (CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 96).

¹⁹⁸ Bandeira de Mello enfatiza o valor genérico da igualdade na concepção do princípio da legalidade: “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 59).

Ademais, a própria isonomia conjuga a lei à igualdade. Na realidade, não se cinge à lei, mas ao Direito.¹⁹⁹

De tão relacionados ambos os princípios evoluíram em conjunto. Quando se venceu a concepção individualista do Estado, ampliando a sua ação positiva, a fim de lograr não só a proteção, mas a implementação dos valores fundantes da Sociedade, tanto a isonomia quanto a legalidade sofreram modificações.

Pode-se dizer que o reclame de uma efetiva igualdade material entre os indivíduos tenha sido a grande propulsora desta evolução histórica. Ao Estado não cabe simplesmente tratar todos da mesma forma, mas propiciar a igualdade através do reconhecimento das desigualdades e de uma ação tendente a equilibrar as interações sociais.

Lúcia Valle Figueiredo também percebe a importância da igualdade no espectro do princípio da legalidade, perfilhando que "em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei".²⁰⁰

A estrutura do Estado foi redimensionada para tanto, ampliando o poderio da coletividade sobre o individualismo. Com essa nova gama de atribuições sobrelevou-se a supremacia do interesse público sobre o privado, circunscrevendo a atividade administrativa, de maneira rigorosa, aos ditames da lei.

A Administração Pública, para controlar o individualismo, só é autorizada a praticar os atos permitidos na lei. Não basta a abstenção legal, o agir administrativo precisa, agora, de um enunciado permissivo. O agente administrativo exerce um *munus publicum*, ou seja, é salientada sua função. O *poder* passa a *dever*. O enunciado da lei deve ser cumprido: eis a função da Administração.

Conforme averba Caio Tácito, "Ao contrario da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente".²⁰¹

A Administração Pública é vinculada à lei, mas essa condição não pode ser entendida de forma absoluta. Se assim fosse feito, estar-se-ia paralisando a atividade administrativa, impedindo a fluidez imprescindível à contemplação do bem comum.

¹⁹⁹ Conferir o segundo capítulo.

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

²⁰¹ TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. *Revista de Direito Administrativo*. v. 206. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 2.

Como observa Lúcia Valle Figueiredo: "Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre de encontrar arrimo expresso em norma específica, que dispusesse exatamente para aquele caso concreto".²⁰²

O que se exige da Administração é um arsenal normativo para a atuação na esfera privada. Não se vai fazer somente o permitido pela lei, mas o autorizado ou o que possa ser justificado por ela.

Agregue-se que, consoante o disposto no terceiro capítulo, a legalidade não é fonte única de legitimidade jurídica.²⁰³ Esta finalidade só é alcançada quando há aceitação social sobre determinado sistema. Por conseqüência, o Direito só será legítimo se retratar os princípios jurídicos plasmados pelos valores sociais. Desta forma, o conceito de legalidade há de ser ampliado a todo o sistema jurídico.²⁰⁴

Lúcia Valle Figueiredo arremata: "Ora, o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois abriga, necessariamente, a submissão também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais".²⁰⁵

Portanto, em vez da lei singular, o que há de se salientar é o Direito.²⁰⁶ Como sabido, este, além da legislação infraconstitucional, compreende precipuamente a

²⁰² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 39.

²⁰³ Conferir item 3 do capítulo terceiro.

²⁰⁴ Prosper Weil assinala que, "com o uso, o termo legalidade recebeu, contudo, um significado mais lato e tornou-se sinónimo de regularidade jurídica, de juridicidade: o "o bloco da legalidade" (Hauriou) compreende hoje o conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa" (WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977. p. 117).

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 40.

²⁰⁶ Juarez Freitas defende a análise sistemática do Direito que vai além do conjunto das leis. Veja-se: "Claro parece estar, portanto, que a interpretação e a aplicação das normas administrativas, mesmo na tradição romano-germânica, devem cingir-se ao Direito como um todo, lembrando que este é maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado quanto em extensão. A sua interpretação sistemática não o sucede nem o antecede: é contemporânea a ele. Confere-lhe vida e dinamicidade, porquanto o conteúdo jurídico, por força de sua natureza valorativa, transcende o mero e esparsamente 'positivado'. Neste caso, a legalidade faz as vezes de valiosíssimo princípio, porém somente experimentando do significado apreciável na correlação com os demais. Pensar o Direito Administrativo exclusivamente como um conjunto de normas seria subestimar, de forma danosa, a complexidade e a riqueza do fenómeno jurídico administrativo" (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 60).

Medauar manifesta opinião similar: "Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo legislativo mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade ("caput" do art. 37); a compreensão

Constituição e, sobretudo, dentro e fora dela, os princípios jurídicos. Trata-se da ponderação que vincula todos os princípios, obrigando o intérprete à ampliação de seu objeto.

Aliás, os princípios, em decorrência de sua elevada abstração e generalidade, autorizam a Administração à prática de uma série de atos que não precisam estar predeterminados em lei alguma. Entretanto, os mesmos princípios impedem a adoção de outros tantos atos que, embora estejam previstos na lei, a elas são contrários.

Dentre esses princípios, como assaz sublinhado, ressalta-se o da isonomia. Portanto, independentemente de lei, a Administração Pública deve tomar as medidas necessárias à efetivação da igualdade e, em contraposição, são impostas a ela formalidades e critérios que a assegurem.

O princípio da legalidade não é por si só o ponto nodal da Administração Pública. O Estado de Direito vai muito além da legalidade, logrando os valores sociais que informam a totalidade do sistema jurídico.

A lei é conceito importantíssimo; contudo, ela não é absoluta e suficiente em si mesmo. Tal qual os princípios jurídicos, a sua correta apreensão só pode ser satisfeita devido à interação com as demais proposições principiológicas.

No âmbito específico da licitação pública, a legalidade, sem dúvida, é princípio essencial. Não obstante ela já esteja prevista no *caput* do artigo 3º, o legislador houve por bem ressaltá-la no artigo 4º, ao determinar que todos os participantes do certame “têm direito subjetivo público à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei”.²⁰⁷

Deste modo a lei concernente à licitação pública deve ser seguida à risca. Todos os seus preceptivos, e com proeminência, o procedimento que lhe informa a espécie devem ser cumpridos. O agente administrativo, ao pretender efetuar um contrato, deve seguir os ditames legais, sendo vedada a prática de atos que não guardem

desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também aos preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, “caput” da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Op. cit. p. 138).

²⁰⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assim define direito subjetivo público: “Consiste no poder que têm as pessoas físicas ou naturais de agir e de exigir o cumprimento do dever que incumbe ao Estado, ou entes menores em que se desdobra na satisfação das obrigações que lhes competem, na conformidade com o direito público objetivo, e postos no interesse direto e imediato delas, como titulares de direito. Um direito subjetivo pressupõe, entretanto, como se disse, normas jurídicas de direito público, ou seja, de direito público objetivo, do qual emana” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 183).

correspondência com ela. Impede-se que haja a invenção ou a criação de procedimentos estranhos àquele anteriormente definido pelo legislador.

É curial que a ampliada conjuntura que se defende para a legalidade, vencendo os contornos do texto da lei e alcançando os princípios jurídicos e o ordenamento como um todo, também se aplique à licitação pública. Se a lei desrespeita os princípios jurídicos ou a Constituição, não se coaduna com a ordem jurídica e poderá ser desconsiderada, apurando-se ao verdadeiro Direito.

O texto da lei ganha relevância nas licitações públicas. Afinal, a licitação pública se constitui num procedimento administrativo que pressupõe uma série encadeada de atos seqüentes, visando a alcançar determinado resultado. Este procedimento está previsto na lei, que contém os passos da licitação, e que deve ser tomado com o devido rigor, pois é neste plano que se desenvolve o certame.

Vinculando o procedimento à lei, a sua observância passa a ser condição apriorística para a implementação dos demais princípios aplicáveis ao instituto. No que tange à isonomia, esta é vestibularmente assegurada em razão da obediência aos parâmetros fixados na lei. Todos são tratados da mesma forma, subordinando-se às mesmas regras e condições da contratação. Se, para alguns o procedimento for enrijecido e para outros for suavizado, não há isonomia. O procedimento legal parifica todos os licitantes, constituindo-se no elemento primário para a concreção da igualdade.

A lei não exaure o Direito. A Administração, deve, na licitação pública como em qualquer outro instituto jurídico, apreender os princípios jurídicos e interpretá-los sistematicamente. No que toca ao certame, a lei é fundamental; todavia, por vezes, consagra dispositivos que não se harmonizam, ora com a Constituição, ora com os princípios do ordenamento jurídico.

3 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Seja qual for o enfoque pelo qual se analise o tema da moralidade, o cientista deve ser cauteloso, a fim de não cair em conceito vazio. É perigoso defender a moralidade em longos discursos jurídicos, colocando-a em pedestal inatingível, condenando ações desonestas, apartadas dos valores éticos, sem precisar o modo de

operacionalização destas categorias. É imprescindível que se afaste o subjetivismo e o relativismo retórico, delimitando o seu conteúdo.

Consoante Plácido e Silva, o termo moral é “derivado do latim *moralis* (relativo aos costumes), na forma substantiva designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é *honesto* e *virtuoso*, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade”²⁰⁸

Já Maurício Antonio Ribeiro Lopes sustenta que “o alcance do conceito de moralidade vincula-se aos princípios ou normas de conduta, aos padrões de comportamento geralmente reconhecidos pelos quais são julgados os atos dos membros de determinada coletividade”.²⁰⁹

O certo é que qualquer correlação conceitual de moral passa pelos costumes, padrão de comportamento ou conduta social que se espera de um membro da Sociedade. Por isso, a moral refere-se diretamente aos valores sociais.

Desde os primeiros passos da ciência jurídica, vêm sendo estudadas as relações entre a moral e o Direito. Kelsen - exemplo do esforço positivista para se lograr segurança e previsibilidade jurídica – separa-os um do outro, assinalando que o Direito é baseado na coação, enquanto que a moral acarreta tão-somente uma aprovação ou desaprovação social.²¹⁰

Entretanto, esta concepção conservadora no tocante à ciência jurídica, calcada exclusivamente na legalidade - reduzida, por sua vez, às regras jurídicas - perdeu espaço em face da exigência de legitimidade. Como visto, este conceito retrata a aceitação ou o respaldo social a respeito da ordem jurídica, minimizando o exercício da força. Ou seja, se a Sociedade aceita uma norma, não é necessário impô-la através da coação.

Para que o sistema jurídico seja legítimo, deve corresponder ao comportamento dito como o correto, o honesto e adequado aos valores sociais de justiça. Em última instância, deve estribar-se na moral.

Deste ponto em diante, o que importa é a materialidade das normas, tornando a moral condição inexorável do Direito.

²⁰⁸ SILVA, Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Op. Cit. p. 541.

²⁰⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. Op. cit. p. 23.

²¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 71.

A questão que se põe é a de saber o modo como a moral adentra ao Direito. Na primeira parte deste trabalho foi dito, com remissão a Dworkin,²¹¹ que os princípios são *standards* que devem ser observados por exigência da moralidade, visto que retratam os valores sociais de justiça no âmbito jurídico, apontando um comportamento que se espera e se pode exigir.

Ora, é evidente que o conceito de moral e de princípios jurídicos estão muito próximos. O tradicional positivismo desenvolveu-se separando o Direito e a moral. Todavia, o enfoque principiológico pretende, incorporando a carga moral aos princípios, fazê-la presente na ordem jurídica, dando azo a direitos subjetivos e, como corolário, à coação.

A moral é o valor e os princípios, por sua vez, são o instrumento para levá-la ao Direito. Por isso, não é simples falar-se do princípio da moralidade, todos os princípios são por ela congregados. Destarte, deve-se precisar o significado particular que o justifique diante dos demais princípios jurídicos, evitando-se cair em enunciado tautológico.

No Direito Administrativo, a moralidade fez-se presente incorporada num princípio jurídico, de conformidade com as lições de Maurice Hauriou,²¹² que fundou a teoria do desvio de poder, hipótese em que a Administração se utiliza de meios lícitos para fins que não os são correspondentes.

Tamanho foi a repercussão da idéia do desvio de poder, que o seu conteúdo originário relacionado aos princípios jurídicos se transformou numa regra. O direito brasileiro, a título de exemplo, em sede de ação popular, considera nulo o ato administrativo praticado "visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".²¹³

²¹¹ Confira-se p. 17.

²¹² Segundo o administrativista francês, a moralidade seria "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário" (*Apud.* DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988.* Op. cit. p. 102).

²¹³ Confira-se a alínea "e" do artigo 2º da Lei nº 4717, conhecida como a Lei da Ação Popular.

Neste diapasão, Di Pietro pondera: "Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia apenas à moral" (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988.* Op. cit. p. 103).

Além disso, o princípio da moralidade não incide tão-só no que tange aos fins de determinado ato administrativo. Em sua acepção de vanguarda é relevante se analisar os meios pelos quais a Administração Pública exerce sua atividade. Por isso, Di Pietro pondera que “na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”.²¹⁴

A respeito da razoabilidade, muito já se disse neste trabalho.²¹⁵ Ela é o critério máximo para a interpretação de toda e qualquer disposição normativa. Não importa se regra, princípio ou dispositivo de outra natureza, o processo de concretização de uma norma deve atentar ao razoável, ao prudente, ao plausível. Esta é a essência do Direito.

É que o conteúdo da norma jurídica não é suficiente ao Direito. O processo de transformação de um enunciado abstrato e genérico numa situação de vida, com conseqüências na dignidade, na liberdade, na família, no patrimônio ou em todas as esferas que repercutem no homem é que deve ser o objeto principal do cientista jurídico.

Infere-se das lições já citadas de Luis Recaséns Siches, que o raciocínio jurídico não segue a lógica formal, haja vista que não se podem afastar os valores e as finalidades do processo de concretização das normas.²¹⁶ Como anota Diogo Figueiredo Moreira Neto, ao Direito serve “a lógica do razoável. Não uma lógica para conhecer mas uma lógica para decidir”.²¹⁷

Sem embargo, soa estranho falar-se em razoabilidade como princípio jurídico. Esta proposição é pressuposto de todo o Direito e, inclusive, dos demais princípios jurídicos. Não há utilidade alguma em se edificar um sistema normativo se seus enunciados forem aplicados de forma irrazoável. *A priori* não é necessário construir um

²¹⁴ *Idem.* p. 111.

²¹⁵ Confira-se p. 31-35 e 64-65.

²¹⁶ Confira-se. p. 32.

²¹⁷ Diogo Figueiredo de Moreira Neto, rechaçando a lógica silogística na explicação da ciência normativa, pontifica: “A lógica silogística, cujas raízes remontam a Aristóteles, é excelente para explicar os fenômenos e, por isso, tem incontestemente importância nas Ciências Descritivas, mas tem reduzida aplicação para conduzir o espírito a uma decisão sobre interesses à luz de valores, como se demanda numa Ciência Normativa. Não se trata de compatibilizar causa e efeito mas interesses com razões. Se, de um lado, causa e efeito são dados racionalmente referenciáveis um ao outro, comportando o emprego da lógica tradicional: a lógica do racional, por outro lado, interesses e razões são dados apenas experimentalmente referenciáveis, sujeitos a valorações subjetivas, exigindo um outro tipo de lógica; a lógica do razoável. Não uma lógica para conhecer mas uma lógica para decidir. Tomar decisões complexas, para atender a interesses, não é o mesmo que prosseguir caminhos racionais para obter resultados no universo natural. Para construir uma ponte, usa-se um tipo de lógica; para decidir se se deve construir uma ponte, necessita-se de outro tipo. Estaremos trabalhando com razões e não com causas, com interesses e não com efeitos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discrecionalidade*. Op. Cit. p. 38).

princípio para fazer com que os atores sociais apliquem o Direito de forma, com o perdão pela insistência, razoável.

Todavia, o Direito não é matéria singela. As normas são concebidas e perpetuadas visando aos interesses e aos valores sociais. Se elas se divorciam dos interesses e dos valores, deixam de ser razoáveis. Neste passo, em virtude de muitas normas terem se distanciado do que lhe é esperado, fundou-se o princípio em apreço. Seu conteúdo, insiste-se, pura e simplesmente obriga e, acaba por conferir direito subjetivo ao razoável.

Muito embora a razoabilidade cumpra importante papel na aplicação das regras jurídicas, estas são circunscritas em seus pressupostos de fato, limitando o campo de criação do cientista jurídico.

A razoabilidade alcança seu ápice na ponderação ou otimização que é inerente aos princípios jurídicos. Ao fazê-lo, queira-se ou não, abordar-se-á, mesmo de maneira implícita, a razoabilidade. É ela que lhes confere o sentido e soluciona a tensão encadeada pela rede principiológica. Para se concretizar a aplicação de um princípio, é imprescindível que se considerem os demais princípios e as condicionantes de fato que informam o caso, tudo iluminado pela razoabilidade.

Se a razoabilidade é fundamental ao Direito, por consequência o é à Administração Pública.²¹⁸ Aqui o interesse público serve como pauta, sendo razoável aquilo que com ele se harmonizar.

Di Pietro sustenta que a irrazoabilidade “é a medida que, embora esteja aparentemente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade, contraria, inteiramente e de forma manifesta, o senso comum do que é certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público”.²¹⁹

A razoabilidade é o princípio norteador de toda a concretização normativa, uma vez que se pauta pelos valores morais. Estes, repita-se, é que ditam o razoável, cujo conteúdo jurídico-administrativo, por sua vez, se justifica no interesse público.

A razoabilidade é utilizada para aplicar a lei, mas o que a informa é a moral, ou os valores sociais que ela traduz. Determina-se a razoabilidade em virtude dos

²¹⁸ Carmem Lúcia Antunes Rocha sustenta que “a razoabilidade administrativa é elemento que dota de legitimidade a conduta do administrador público, por ser o que objetiva as razões de seu comportamento e demonstra, então, a justeza da conduta e a sua adequação ao quanto prescrito e previsto no sistema de Direito” (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Op. cit. p. 112).

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Op. cit. p. 148.

padrões morais, ligando diretamente um ao outro, dando-se verdadeira utilidade ao princípio constitucional.

A moralidade dá azo à necessidade de boa-fé no agir administrativo, atentando o Direito não só para fins, mas também para os meios pelos quais pretende lograr determinado resultado. Não importam apenas as relações da Administração Pública com o exterior, porém as suas próprias relações internas devem seguir a boa-fé e a moral.

No que atine especificamente à licitação pública, o princípio da moralidade vincula-a desde a abertura até os efeitos mais remotos que lhe possam ser atribuídos. Por sua vez, é a razoabilidade que operacionaliza todos os demais princípios licitatórios, resolvendo a ponderação que lhes é peculiar.

Enfim, qualquer que seja o entendimento a respeito do princípio da moralidade, é correto vincular sua correspondência à isonomia. Tratando todos com igualdade, estar-se-á agindo de acordo com a moral, ainda mais quando se trata de licitação pública, porque a isonomia se eleva perante os demais princípios.

4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A impessoalidade é exigência que deflui da própria noção de Administração Pública. Quando definida, o ponto nuclear de sua construção teórica, então adotada, concerne ao interesse público, que, por pertencer à coletividade, é inapropriável. Aí se fundou o princípio da indisponibilidade do interesse público, protegendo-o da vontade subjetiva de quem quer que seja e, com ênfase, dos agentes administrativos.

O objeto da Administração Pública é aquilo que, isoladamente, a ninguém pertence. A finalidade que lhe é inarredável calca-se na busca do bem comum, consubstanciado no interesse público. Os mais comezinhos predicados da proposição *público* o contrapõem ao que é *privado, pessoal*.

Sucedem que, por uma tendência nefasta e comprovada pelo decurso da história, como bem vislumbrou Montesquieu, aquele que detém o poder tende a dele

abusar.²²⁰ Ora, na Administração Pública, apesar de todas as prerrogativas que lhe são inerentes, o problema não perde sua pertinência. É correto dizer que muitos daqueles que controlam o aparato administrativo, se não forem impedidos, manifestam o impulso de obter benefícios particulares de toda a sorte, quer se promovendo às custas da coisa pública, quer beneficiando amigos e apadrinhados.

Para vedar, de uma vez por todas, tal prática, a Constituição Federal abriga o princípio da impessoalidade dentre aqueles que vinculam a Administração Pública. É ele que fundamenta a despersonalização da atividade administrativa, corroborando para um agir equânime, sempre pautado à satisfação dos interesses da coletividade.

A efetivação prática e rigorosa do princípio da impessoalidade é complexa. Como sabido, dentro de uma Sociedade que adota o regime democrático e pluralista, os cidadãos eleitos pelo povo para conduzirem a política e para administrarem o que a todos pertence estão filiados a partidos políticos, com programas ideológicos e interesses peculiares. Por mais imparcial a que se proponha o administrador, queira-se ou não, algum vestígio individual prevalece.

Nas primeiras linhas deste trabalho frisou-se que o homem é o centro das relações jurídicas.²²¹ Esta afirmação guarda inteira procedência no que tange à Administração Pública. Não se pode contestar que é um homem, tão igual e tão diferente de todos os demais, quem toma as decisões. Por mais que se pretenda delimitar sua ação à lei e a vários princípios jurídicos, nunca se conseguirá abstrair sua condição humana atraente a alguma subjetividade e/ou imperfeições.

A par dessas considerações, a impessoalidade na Administração Pública não perde sua força; muito pelo contrário, torna-se, na proporção da subjetividade que rege toda a conduta humana, mais e mais fundamental.

Se há o constante perigo de se adotarem posturas pessoais, é neste particular que ganha relevância o princípio. É função jurídica da Administração, com amparo constitucional,²²² minimizar ou atenuar - já que não é possível excluir por completo - a influência pessoal na atividade que rege a coisa pública.

Este princípio tem estreita relação com a legalidade, mesmo porque é na lei que se encontra guardado o interesse público. Como visto, a intenção é restringir a atuação do agente público àquilo que é permitido ou previsto na legislação,

²²⁰ Confira-se p. 93.

²²¹ Confira-se p. 15.

²²² Repita-se que o princípio da impessoalidade é previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Brasileira vigente.

impossibilitando-o de agir conforme suas conveniências. O interesse não é pessoal, pois está adstrito à abstração e à generalidade típica das leis, elaborada pelo colegiado eleito e representativo da vontade popular.

Tais idéias não são inteiramente corretas, pois hoje se levanta a bandeira da crise da legalidade. A lei não abarca todas as relações jurídicas, nem tampouco oferece todos os critérios para a atividade administrativa.

A discricionariedade do agente público é realidade que impera no cotidiano da Administração. Esta liberdade deve ser limitada. Se a lei não o faz em sua plenitude são os princípios que lhe conferem a tônica, tomando-os numa relação de precedência em face de qualquer outra disposição normativa.

Conquanto a impessoalidade seja uma das vigas mestras do Direito Administrativo, há uma polêmica em torno da precisa delimitação de seu conteúdo jurídico.

Bandeira de Mello - dentre outros autores - assevera que “nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas”²²³ e, por isso que, “o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”.²²⁴

Carmem Lúcia Antunes Rocha não concorda com a redução do princípio da impessoalidade ao da isonomia. Posto que os considere muito próximos, admitindo até que a impessoalidade serve à realização da igualdade, sustenta que os respectivos significados são diversos. Para ela, “a relação jurídica realçada no princípio da igualdade é a dos cidadãos na dinâmica política da sociedade e entre estes e o Estado”.²²⁵ Nesta perspectiva, o núcleo isonômico concentra-se na proibição de discriminações infundadas, incluindo, daí, a vedação de privilégios. Já a impessoalidade, segundo a citada professora, centra-se na proibição de privilégios por parte do administrador. Assim, “a relação principal enfatizada na impessoalidade é a do agente administrativo com a Administração Pública e, em especial, com o Poder Público, no exercício do qual todos os privilégios podem ser angariados por maus agentes”.²²⁶

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 70.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Op. cit. p. 153.

²²⁶ Eis suas lições: O princípio da igualdade objetiva não discriminar, não distinguir onde por razões de Justiça concebidas e acatadas pela ordem do Direito não existam. Não se quer o preconceito contra uma pessoa que participe de determinada sociedade estatal. É certo que nesta busca de impedir a discriminação que prejudica

Percebe-se que há dois vetores conceituais em relação ao princípio da impessoalidade. Primeiramente, ele é subsumido ao princípio da isonomia, o que, cumpre assinalar, é acertado. As duas proposições permitem a confusão, até mesmo pela coincidência terminológica, uma vez que o conteúdo isonômico concerne precisamente à vedação de discriminações pessoais. Em segundo lugar, muito embora a impessoalidade não se aparte da isonomia, pretende-se conferir aquela relativa autonomia (princípio derivado), proibindo, em especial, que os agentes públicos tirem proveitos pessoais daqueles atos por eles praticados em nome da Administração.

Esse significado particular não é o bastante para conferir autonomia à impessoalidade. Ora, o marco teórico da igualdade é sua alta abstração e generalidade que lhe permite alcançar todo o Direito. É evidente que, ao proibir o tratamento diferenciado dentre aqueles que estão na mesma situação fática, tudo sob o color da razoabilidade, impede-se, por via de consequência, que o agente administrativo receba vantagens pessoais em decorrência de sua função. A isonomia, por si só e sem a necessidade de qualquer complemento, retrata tal situação.

O único sentido que se concede a este aspecto do princípio da impessoalidade é definindo-o como um princípio diretamente derivado e vinculado à isonomia, servindo a fins didáticos e aclarando uma situação peculiar por ele abrangida.

Cumpra ressaltar que o fato de o agente público receber ou solicitar vantagem indevida é regra proibitiva e não princípio. No Brasil tal proposição está insculpida no artigo 317 do Código Penal.²²⁷ Ou seja, não se admite qualquer espécie de ponderação ou otimização. Ao se referir à obtenção de vantagem não autorizada, o preceptivo aplica-se em seu inteiro teor, sendo uma regra perfeitamente válida.

José Afonso da Silva percebe um dos efeitos da impessoalidade não circunscrito à regra penal, uma vez que "as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo

está incluída aquela que privilegia, pois o privilégio de um é o prejuízo de outro ou de todos em dado grupo social. A relação jurídica realçada no princípio da igualdade é a dos cidadãos na dinâmica política da sociedade e entre estes e o Estado.

O princípio da impessoalidade administrativa objetiva, basicamente, não permitir que o administrador se privilegie, pois deste privilégio do agente público nasce o prejuízo de toda a sociedade. A relação principal enfatizada na impessoalidade é a do agente administrativo com a Administração Pública e, em especial, com o Poder Público, no exercício do qual todos os privilégios podem ser angariados por maus agentes" (*Ibidem*).

²²⁷ O *caput* do artigo 317 do Código Penal brasileiro tem a seguinte dicção jurídica: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 1(um) a 8 (oito) anos, e multa."

37, proíbe que constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizam promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.²²⁸

Então, o princípio passa a proibir que os agentes públicos se promovam quanto aos atos administrativos por eles praticados, dado que a titulariedade dos mesmos concerne à Administração Pública.

Quanto a este último aspecto, o princípio sofre elevada ponderação, dado que os agentes públicos, principalmente quando eleitos, são lembrados pelas realizações de seu período na Administração. Ademais, quem fez o bem à coletividade - ainda que seja um dever - merece o reconhecimento. A atividade administrativa não é mecânica. Muito depende do talento, da dedicação e do zelo de seus agentes. A impessoalidade não tem o condão de impedir a distinção daqueles que se destacam.

Afora a remissão direta do princípio da impessoalidade à isonomia, a melhor hermenêutica é aquela que remete ao seu significado mais genérico. A Administração Pública repele qualquer favorecimento pessoal. O agente administrativo não toma suas decisões de acordo com o que acha certo ou conveniente, mas com vista ao que é consentâneo ao interesse público, pautando-se pelos princípios jurídicos e pela lei.

No âmbito da licitação pública, esta concepção do princípio visa à efetividade, proibindo manifestações de cunho pessoal no curso do procedimento. Desde a feitura do edital é vedada a inclusão de exigências a serem apuradas subjetivamente, como, *verbi gratia*, *o mais eficaz*, *bonito*, *confortável*, sem que se faça acompanhar de critérios objetivos que os determinem. E assim o princípio se prolonga até o julgamento, impedindo que os agentes administrativos cotejem as propostas de acordo com gostos pessoais.²²⁹ Visando a garantir a equidade, repelem-se ao máximo as considerações subjetivas, devendo a licitação reger-se pelo interesse público.

5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

²²⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 648.

²²⁹ No que tange a este aspecto particularmente, há o princípio do julgamento objetivo, que dele é derivado.

Ordinariamente os princípios encontram-se previstos em algum dispositivo normativo ou, até mesmo, não são explícitos, mas implícitos. Todavia, o princípio da publicidade é gravado no regime jurídico por peculiaridade que o destaca em face de todo o Estado. A publicidade está no próprio título da Constituição da *República Federativa do Brasil*.²³⁰ O Brasil é uma república (*res publica*), portanto a publicidade é desta um pressuposto.

Sob a proteção do império, concentrando poderes na figura do monarca, os atos destes não a necessitavam. O reinado é da vontade privada daquele que comanda, separando-se da igual consideração dos indivíduos e da publicidade.

Com o rompimento desta estrutura, exige-se transparência. Todos podem e devem tomar conhecimento dos atos daqueles que administram o que a todos pertence. Não é crível que alguém gerencie coisas que não são suas e assim o faça sigilosamente, sem prestar contas aos verdadeiros proprietários.

A publicidade é essencial ao Estado de Direito, à democracia, à cidadania e à legitimidade. Todos estes elementos, sublinhando-se a democracia, passam pelo máximo exercício de direitos e prerrogativas pelo povo. É imprescindível às Sociedades que se baseiam nesses valores que haja e se fomentem discussões, debates, críticas. Em suma, que haja participação. O traço é o enaltecimento da pluralidade, admitindo e respeitando as diferenças, assegurando direitos às minorias, inclusive o de se tornar maioria. A democracia é o modo de abrir o Estado aos valores sociais, consolidando a pluralidade, a participação e assegurando sua própria perpetuidade.

A concretização de todos estes caracteres é percebida em razão da publicidade que se dá aos atos de todos os Poderes do Estado e, dentro deles, aos atos administrativos. Só há debate se há o conhecimento dos fatos. Só se é cidadão se há informação.

Nessa linha, visto que o artigo 1º da Constituição Federal estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que os seus incisos II e V, respectivamente, o fundamentam na cidadania e no pluralismo político, a publicidade, além de se depreender da definição de *República*, é um dos princípios nucleares do sistema jurídico.

Demais disso, Norberto Bobbio preconiza que “a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao

cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é”.²³¹

O efeito apontado é conseqüência direta do princípio da publicidade. É cediço que o controle é exercido por quem conhece os fatos. O cidadão tem que saber o que a Administração Pública faz para fiscalizá-la, exercendo poder de pressão para que seus atos correspondam aos valores sociais. O controle parte da premissa básica do conhecimento do objeto, o que se dá através da publicidade.

Publicidade é o direito de informação integral. Não basta que se revelem somente alguns pontos, mas os cidadãos têm o direito de conhecer tudo o que se refere ao Estado e à Administração da maneira mais ampla possível, ou seja, tomando ciência do inteiro teor dos atos que lhe são pertinentes.

Bem se vê que a publicidade não se contenta somente com a disposição da informação. É imperioso que se divulgue, faça-a chegar por todos os meios hábeis e disponíveis, abrangendo todos os segmentos da Sociedade. Da Administração Pública não se espera tão-só uma conduta negativa, abstenção de opor obstáculos à publicidade de seus atos, porém, mais do que isso, a ela é imposto tomar as providências razoáveis a que todos, ou o maior número possível, tenham ciência de suas realizações e estado.

A relação entre a publicidade e a isonomia é tão clara quanto a luz solar. Se a alguns é fornecida a informação e a outros não, é afastada por absoluto a igualdade. No entanto, a publicidade, garantindo a todos o amplo conhecimento dos fatos que a eles interessam, propicia a igualdade. A publicidade não é o suficiente à igualdade, mas, em caso contrário, a *priori* não a haverá.

Não obstante o princípio seja importantíssimo ao Direito, na licitação pública especificamente sobreleva-se ainda mais. Como assinalado, o adjetivo *pública* é essencial para se conceituar a licitação. É em seu tributo que se requer uma série de formalidades ao tratamento equânime de todos os interessados. Por representar o interesse público, sendo condição para celebrar um negócio jurídico da Administração Pública, com vênias pela insistência, a publicidade incide em todo o procedimento.

²³⁰ Grifo acrescido.

²³¹ BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1986, p. 30.

Esta é a exata dicção do § 3º do artigo 3º da Lei n. 8.666/93, ao determinar que “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”.

Desse modo, Hely Lopes Meirelles deduz que “não há, nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa da licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos e a possibilidade do conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento (...)”.²³²

Rigolin e Bottino, por sua vez, afirmam que “a publicidade é requisito absolutamente essencial à regularidade de qualquer licitação. Pensar-se em licitação não-pública, secreta, realizada às escondidas, é tão ilógico quanto adjudicar o objeto ao último classificado”.²³³

Considerando que a publicidade é maneira de concretizar a isonomia em todo o Direito, muito mais o é no tocante à licitação pública. Os interessados tão-somente podem ser tratados igualmente se tomarem conhecimento dos termos da licitação. Como não se pode previamente delimitar quem sejam os interessados, deve-se conferir a mais ampla publicidade ao certame.²³⁴

A licitação, ao visar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, precisa fazer com que o universo dos interessados em dela participarem seja o maior possível. Com esse desígnio incrementa-se a isonomia, pois só assim todos os virtuais interessados podem tomar conhecimento do certame. Tornando públicas as informações do procedimento, ninguém será privilegiado. Todos compartilham os mesmos dados relativos à participação e acompanhamento do que for realizado.

Aliás, a publicidade não concerne apenas à participação, sendo que é essencial ao controle de todas as fases do procedimento e de tudo quanto lhe for correlato.

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 27.

²³³ RIGOLIN, Ivan Barbosa e BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 52.

²³⁴ Maria Garcia revela a conexão entre ambos os princípios: “A publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização das obras, serviços e todas as modalidades *ad negotia* dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público - a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância” (GARCIA, Maria. *Estudos sobre a lei de Licitações e Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 10).

Os participantes, bem como todo e qualquer cidadão, podem acompanhar a licitação, fiscalizando e impugnando os seus atos. O interesse na lisura da licitação pública não é restrito ao administrador, nem tampouco aos licitantes, porque, acima disto, está o interesse público, que afeta toda a coletividade. Seguindo essa linha, além de garantir, deve-se incentivar a fiscalização por parte dos cidadãos.

Dentre as prerrogativas dos cidadãos à fiscalização, tudo com base na cidadania consagrada no inciso I do artigo 1º da Constituição Federal, está o direito de informação (inciso XXXIII, do artigo 5º), o direito de petição (alínea "a" do inciso XXXIV), a ação popular (inciso LXXIII), o direito de denúncia ao Tribunal de Contas da União (§. 2º do artigo 74), além das previsões da Lei nº 8.666/93 a serem analisadas oportunamente.

A publicidade é realçada no momento em que a Administração inicia a licitação pública, ao oferecer, através do instrumento convocatório, o negócio de seu interesse. É aí que se acentua o caráter de ampla publicidade que se deve dar à licitação. Todos os interessados devem ter acesso às informações suficientes à avaliação de suas condições de participar ou não do certame.

Agregue-se que a publicidade e o poder de fiscalização não se restringem a uma determinada fase do procedimento licitatório. Tudo que lhe for conseqüente deve adequar-se a tais parâmetros. Portanto, o dever de manter a transparência se estende ao contrato administrativo e a eventuais alterações ou aditamentos que dele provierem. Quando a Administração lança o negócio jurídico a ser realizado, ela está delimitando e restringido a participação de vários interessados. Neste sentido, não se afazem ao Direito mudanças substanciais no negócio que foi ofertado, haja vista que tal alteração poderia, se os seus termos fossem previamente definidos, atrair a participação de novos interessados, afrontando a isonomia.

6 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

A licitação pública tem dois objetivos precípuos que, reunidos, retratam seus elementos conceituais mais destacados. A grande finalidade que dá ensejo ao certame é a busca do melhor e mais vantajoso contrato para a Administração Pública e a

garantia de equidade na consecução do procedimento. Estes dois fatores traduzem os princípios da eficiência e da isonomia. Por vezes, ambos podem apontar direções díspares; contudo, o mérito do agente administrativo está em saber conciliá-los.

Esses dois princípios, conquanto pareçam conflitantes, sob a competitividade se confundem. Ocorre que, para obter a melhor proposta, a Administração deve estimular o maior número possível de interessados. O instrumento convocatório deve despertar a atenção de todos os virtuais contratantes para que, uma vez oferecendo seus préstimos, possa a Administração cotejá-los, atraindo aquele que realmente seja o mais eficiente. Para contemplar esse desiderato, é inevitável que se assegure a isonomia, pois é tratando todos da mesma forma, que se poderá contratar quem lançou a melhor proposta. Privilegiando um ou outro, estar-se-á acarretando prejuízos à Administração Pública, não se sabendo se o beneficiado é efetivamente quem tem as melhores condições de satisfazer ao interesse público.

Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.²³⁵

²³⁵ Antônio Carlos Cintra do Amaral lança exemplo hipotético de conluio que é vítima a Administração Pública em prejuízo à competitividade: "entra uma pessoa para chefiar departamento de empresa municipal, de um Município de uma Capital, Não conhece licitação. É a primeira vez que trabalha com licitação. Aparece, então, uma oportunidade em que ele solicita propostas para aquisição de peças. Quantos fornecedores existem no cadastro? Cinco. Pede proposta aos cinco. Marca a data: dia tal, às 10 horas da manhã (...). Chegam cinco representantes das cinco empresas às quais se pediram propostas, empresas cadastradas. Quatro, na abertura da sessão, dizem que não podem trazer propostas, porque não têm peças. A Quinta apresenta uma proposta. Não foi aberta a proposta. O chefe do Departamento de Contratações da empresa diz: - Como é? Vocês tinham de trazer propostas. Eu pedi para trazerem propostas. Não para virem dizer que não podiam apresentar. Amanhã, às 10 horas, quero as cinco propostas aqui! Aí, um representante puxou-o pelo braço - volto a frisar: é caso imaginário - e diz: - Dr., o senhor é novo no setor. - Como é que sou novo no setor? O que é que uma coisa tem a ver com a outra? - É que chegou a vez deles ganharem. Por isso é que não trouxemos a proposta. Aí ele bate novamente na mesa e diz: - Pois é agora que vocês vão trazer propostas! No dia seguinte, às 10 horas da manhã, estavam sobre a mesa as cinco propostas. Muito bem! Qual é a de menor preço? Era o daquela que havia apresentado proposta no dia anterior... Aí o mesmo representante do dia anterior puxa-o pelo braço e diz: - Está vendo, Dr., eu não disse que era a vez deles ganharem/

Toshio Mukai acentua “que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”.²³⁶

Para Carlos Ari Sunfeld, “a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades dezarrazoadas. O ‘caráter competitivo’ é da essência da licitação”.²³⁷

Eros Roberto Grau, por seu turno, vê a ligação entre a competitividade e a isonomia, ao aduzir que “competição, pressuposto da licitação, é a possibilidade de acesso a todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia da igualdade”.²³⁸

A isonomia é pressuposto da competição. Esta só pode ser apreendida num espectro dilatado. Não há competição quando a disputa se cinge a um ou dois beneficiários das indulgências de agentes administrativos. Porém é essencial que seja propiciado a todos os possíveis interessados tomar ciência do instrumento convocatório e participarem em igualdade.

Neste encaixe é relevante o instrumento convocatório que, em conjunção com o princípio da publicidade, deve delimitar com precisão os termos do negócio que a Administração Pública pretende realizar, ampliando ao máximo a possibilidade de participação de terceiros interessados.

A concretização rigorosa da competitividade não é tarefa fácil. O agente público responsável pela licitação deve saber com clareza o que requer a Administração Pública, explicar este interesse no documento que será publicado sem deixar margem a dúvidas, fazendo com que todos os que virtualmente possam respaldar a pretensão negocial administrativa se apresentem e, por fim, a apreciação das propostas não pode se apartar dos termos iniciais.

Situação típica de oligopólio” (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 146-147).

²³⁶ MUKAI, Toshio. *O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 22.

²³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato*. Op. cit. p. 16.

²³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 15.

Em sentido contrário, Dallari argumenta: “Entendemos que a competitividade pode existir ou não, pois o comparecimento de um só interessado não invalida a licitação (...)” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação Pública*. Op. cit. p. 37).

²³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 31.

Muito embora a competitividade operacionalize a isonomia, doutro lado impõe limites às formalidades que lhe são próprias. É que, para efetivar a isonomia, ergue-se uma série de formalidades a serem seguidas, assegurando igual oportunidades a todos os interessados. Entretanto, estas não podem ser exacerbadas ao ponto de impedir a participação daqueles que teriam, em tese, condições de contratar com a Administração Pública. Neste passo, a competitividade não é mera derivação da isonomia, uma vez que lhe serve de parâmetro. O princípio da isonomia não deve impor extremada formalidade, sob pena de se divorciar da competitividade e, por conseqüência, da eficiência.

Em análise acurada, percebe-se que as formalidades descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, por si sós agridem a isonomia. É que, ao proceder dessa forma, impede-se que particulares em condições de satisfazerem o interesse público participem da licitação, estabelecendo-se diferenciações incompatíveis com o Direito.

7 PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO

A licitação pública é um procedimento que, além de exigir eficiência da Administração, visando sempre o melhor negócio jurídico, deve adequar-se a uma série de formalidades que garantam a equidade. Este é o âmago do certame, compreendendo seu próprio conceito a conjunção destas duas finalidades.

O princípio basilar que representa o tratamento equânime em relação aos virtuais interessados em participar da licitação pública é o preceito isonômico, que assegura a todos, da maneira ampla e geral, a mesma consideração. Deste princípio decorrem várias regras e até mesmo outros princípios que o operacionalizam, estando a eles, sem dúvida, vinculado. Para concretizar a igualdade, é necessário uma série de formalidades que não se pode afastar.

Ora, a licitação constitui-se no oferecimento, pela Administração Pública de um negócio jurídico, abrindo oportunidade aos interessados para fazer suas propostas e, por conseguinte, do julgamento de qual delas é a mais apropriada ao interesse público.

Para que se contemple a isonomia é imprescindível o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. É através dele que os particulares tomam ciência das necessidades da Administração e analisam sua capacidade de satisfazê-la. Este processo é delicadíssimo, pois o órgão administrativo responsável deve delimitar com a máxima precisão o objeto do certame, restringindo-o à medida exata para que os interessados saibam o que oferecer, sem permitir que terceiros, que em tese teriam condições de fazê-lo, não participem da licitação em virtude de formalismos exorbitantes.

Ademais, e aí se revela o princípio, aquilo que foi posto no edital deve ser cumprido rigorosamente.

Hely Lopes Meirelles, ao comentar o princípio, leciona “que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento ou ao contrato”.²³⁹

Uma vez dada a partida ao procedimento da licitação, com a pertinente publicação do instrumento convocatório, à Administração não é lícito alterar os seus termos, salvo hipóteses que guardem justificativa de elevado interesse público, cumprindo formalidades que possibilitem a todos os licitantes acertar suas propostas aos novos reclames.

Primeiramente importa registrar que, somente em decorrência de fundamento diretamente ligado à exigência do interesse público, os termos do edital podem ser modificados. É que, mesmo concedendo prazo aos participantes para se adequarem às alterações, o prejuízo é inevitável, pois os mesmos, ao apresentarem suas propostas, anteriormente, despenderam esforços de pessoal e financeiro na avaliação de suas condições de contratar e na elaboração de sua oferta, criando plausível expectativa. Por isso, a modificação do conteúdo do edital deve sofrer elevada ponderação, admitindo-se-a em situação efetivamente excepcional.

Em segundo lugar, qualquer modificação no edital deve ser cercada de formalidades, que, no mínimo, atenuem o descrédito e os prejuízos em face de terceiros. As situações especialíssimas que autorizam a alteração requerem a mais ampla

²³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 31.

publicidade e reabertura do prazo, a fim de que, respectivamente, todos os participantes tomem ciência e possam adequar suas propostas.

De mais a mais, o instrumento convocatório não vincula tão-somente o procedimento licitatório, mas tudo o que dele advier. Não é plausível que, conquanto o certame por ele seja pautado, regendo-se ao passo da isonomia, o contrato, que lhe é decorrente, aponte objeto ou conteúdo diverso.

O contrato administrativo a ser celebrado é vinculado à licitação pública, sendo defeso à Administração, também sob pena de se ferir a isonomia, dele se divorciar. O raciocínio é o mesmo que impõe todas as exigências à licitação, dado que, se os termos do contrato forem discrepantes do edital, outros poderiam se interessar pelo certame, ou até mesmo os licitantes que perderam a disputa poderiam oferecer proposta mais vantajosa.²⁴⁰

Ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório une-se o princípio do julgamento objetivo, que propugna abstrair ao máximo o subjetivismo no cotejo das propostas apresentadas.

É evidente, como anota Rigolin e Bottino, “que existem momentos em que é humanamente impossível, nas licitações em curso, julgar sem o mínimo de subjetividade, de conteúdo pessoal dos julgadores”.²⁴¹ Não se pode esquecer que quem julga é um ser humano e que, portanto, mesmo sem intenção, alguma subjetividade perpassa seus atos. Todavia, os autores supracitados advertem que “sempre, entretanto, que algum interessado, julgando-se prejudicado pelo subjetivismo, provar que aquele cunho subjetivo não se restringiu ao mínimo lógico, abaixo do qual ficaria impossibilitado o próprio julgamento, poderá obter judicialmente a anulação do mesmo (...)”.²⁴²

²⁴⁰ O tema referente à modificação do instrumento convocatório, inclusive albergando os adendos ou alterações contratuais, será analisado no próximo capítulo, quando se discorrerá sobre os dispositivos da Lei nº 8.666/93. Todavia, tudo o que foi afirmado guarda inteira procedência no espectro principiológico. A Lei trata deste assunto, quer ao prescrever as regras acerca do edital, quer ao estabelecer as proposições que se referem ao contrato administrativo. No entanto, já *a priori* se esclarece que tudo deve ser enfocado sob o manto do princípio que determina a vinculação ao instrumento convocatório.

²⁴¹ RIGOLLIN, Ivan Barbosa, BOTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das Licitações*. Op. cit. p. 99.

²⁴² *Ibidem*.

A menor ou maior subjetividade muita das vezes depende do modo como é realizado o julgamento. Muito embora este assunto seja abordado no capítulo seguinte, é proveitosa a ponderação de Bandeira de Mello: “Objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois quando os bens e serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 379)

Sem embargo, o julgamento objetivo agrega-se à vinculação ao instrumento convocatório, pois os critérios do julgamento nele estão previstos. Neste desígnio, o julgamento objetivo é aquele que se dá na estrita conformidade dos parâmetros prefixados no edital.²⁴³

Para tanto, o instrumento convocatório não pode prestigiar critérios subjetivos. Destarte, são vedadas disposições que permitam ao órgão administrativo levar em conta distinções pessoais que provenham de seus agentes.

O princípio do julgamento objetivo está adstrito também ao princípio da impessoalidade, uma vez que a licitação se conforma ao interesse público. Desta forma, também o é à isonomia que, em dilatado aspecto, proíbe distinções relativas à esfera pessoal de quem quer que seja.

Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld preleciona que “o julgamento objetivo, obrigando a que a decisão seja feita a partir de pautas firmes e concretas, é princípio voltado à interdição do subjetivismo e do personalismo, que põem a perder o caráter igualitário do certame”.²⁴⁴

Na realidade, tanto o princípio do julgamento objetivo quanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completam e ambos se encontram no princípio da isonomia, visto que constituem garantias formais dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame, do início ao fim, se deite sob critérios claros e impessoais.

²⁴³ Rigollin e Bottino oferecem a seguinte hipótese: “Se por acaso o edital exige, para a habilitação para construção de uma penitenciária, que as empresas demonstrem ter experiência anterior em construção de estabelecimentos penais (já que essa é uma construção pouco comum, com exigência técnicas todas particulares e especiais), a Comissão somente deverá habilitar quem demonstre ter já construído estabelecimentos penais, não podendo habilitar quem construiu apenas, por exemplo, hospitais ou estradas. A garantia, a todos os interessados, de que somente quem construiu penitenciárias será habilitado constitui exatamente a materialização, a operacionalização dos dois princípios de licitação: primeiro, julgamento objetivo – quem não as construiu, seja quem for, seja por que for, será inabilitado; segundo, vinculação ao instrumento convocatório – a Comissão não pode habilitar quem não cumpriu requisito do edital, no caso o de ter construído estabelecimento penais. Mesclam-se, portanto, os dois princípios”. (RIGOLIN, Ivan Barbosa, BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das Licitações*. Op. cit. p. 100)

²⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 21.

CAPÍTULO QUINTO

LEI DA LICITAÇÃO PÚBLICA – ASPECTOS ISONÔMICOS DESTACADOS

1 - Disposições Gerais. 2 – Modalidades de Licitação Pública. 3 – Dispensa e Inexigibilidade da Licitação Pública. 4 – Fases do Procedimento Licitatório. 5 – Contratos Administrativos e Licitação Pública

1 DISPOSIÇÕES GERAIS

O enfoque conferido ao princípio da isonomia ao longo deste trabalho permite afirmar, reunindo em destaque os elementos conceituais e principiológicos, a relevância dele no âmbito da licitação pública. Além de expressar a essência do conceito, percebe-se sua proeminência sobre os demais princípios.

Muito embora a abordagem deste estudo seja eminentemente teórica, é difícil separá-la da prática. Para apreender os desdobramentos da isonomia no curso do certame, é inevitável enveredar-se em considerações descritivas acerca da Lei da Licitação Pública. Só assim se logra ampla visão no tocante ao instituto: versando-se desde de o conceito, passando por seus princípios mais abstratos e genéricos até as regras encartadas no texto legal.

Como várias vezes se insistiu, a legalidade não exaure o Direito, devendo-se, acima de tudo, apurar a hermenêutica aos princípios jurídicos. Neste sentido, é oportuno analisar o modo como o legislador conjeturou os princípios que lhe são prevaletentes. Esta perspectiva é mais e mais fundamental na medida em que as proposições legais, cujo sentido não se adaptem aos princípios pertinentes, devem ser afastadas.

Ademais, o controle exercido pelos princípios sob as regras jurídicas ganha elevado respaldo quando estes são enunciados pela Constituição Federal. Conquanto os princípios não estejam dispostos de forma hierárquica, os que são recepcionados pela Carta Magna têm maior importância perante o processo de ponderação que lhes é peculiar.

Dentro desse espectro, o princípio da isonomia acarreta uma gama de efeitos a serem contemplados pelo legislador. A rigor, de tão basilar que é ao certame, os preceptivos legais em boa parte o operacionaliza e, em outro lado, quando não o são compatíveis, é preciso que seja discriminado, refutando-os ou conformando-lhes a aplicação.

Portanto, neste capítulo se analisam os mais destacados preceptivos da Lei da Licitação Pública que dizem respeito à isonomia. Não se vai tecer comentários aos pormenores do procedimento, discorrendo sobre detalhes legais. Tão-só se reúnem as disposições que revelam os traços gerais e dão a tônica ao instituto.

Passando ao exame da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994 e pela Lei nº 9648, de 21 de maio de 1998 (*Lei da Licitação Pública*), mister é lembrar a competência outorgada à União pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal para elaborá-la no desígnio de regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da mesma Carta.

A primeira parte da Lei se refere às disposições gerais, salientando os princípios e os conceitos básicos que servem de arrimo a todo o procedimento.

Não obstante já se tenha analisado no capítulo antecedente, convém fazer remissão, ainda, ao artigo 3º, que aborda os princípios jurídicos da licitação pública. Este preceito é relevante para se determinar a rede principiológica, constituindo-se em pedestal para a atividade hermenêutica do cientista jurídico.

Afora o *caput*, que expressa os princípios já comentados, o inciso I do § 1º, após assegurar o princípio da competitividade, proíbe "preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes". Esta regra é concreção direta da proposição isonômica, que não admite discriminações fundadas em critério desarrazoado (princípio da razoabilidade), logo, concernentes à naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes. É certo que a isonomia estende a igualdade a todos os brasileiros

e estrangeiros: portanto, não importa de onde provenha, mas o que de vantajoso pode oferecer à Administração Pública.²⁴⁵

Agregado às discriminações em virtude da origem, o legislador houve por bem generalizar o pressuposto de fato da regra, incluindo a vedação a "qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato". E, como se delineou no capítulo segundo, é afastada qualquer distinção que não se afaça à razoabilidade, ou seja, na hipótese vertente, que não se justifique pelo interesse público relacionado ao objeto licitado.

Em seguida, pondo pá de cal na questão, o inciso II, ainda do artigo 3º, garante o mesmo tratamento às empresas brasileiras e estrangeiras.

Sem embargo, em caso de empate entre os licitantes, o § 2º do artigo 3º estabelece preferência, sucessivamente, "aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras".²⁴⁶

Por fim, o artigo 3º realça, desta vez em seu § 3º, o princípio da publicidade, consignando que "a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao

²⁴⁵ Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É usual sucederem casos em que os Estados da Federação incluem no julgamento critérios diretos ou indiretos relacionados à origem dos licitantes. Dentre vários julgados, a título ilustrativo, colaciona-se ementa da lavra do Ministro Otávio Gallotti: "Licitação. Exigência de inscrição em cadastro local e manutenção de estabelecimento no território do Estado. Inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 1 e das alíneas "a" e "b" do § 1º, todos da Lei nº 5317, de 13.12.84, do Estado do Rio Grande do Norte, por contrariarem o princípio da isonomia, expressos nos artigos 9, I e 153, 1º, da Constituição Federal, bem como ultrapassarem a competência supletiva, estabelecida no parágrafo único do art. 8º da mencionada Carta, em confronto com as normas gerais editadas pela União, de acordo com a letra "c" do inciso XVII do mesmo art. 8º (Decreto Lei nº 206/67 e Lei 5465/68). Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Representações ns. 1107 e 1147)" (Brasil. Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1258. Rel. Min. Otávio Gallotti. Diário de Justiça de 06.09.1985). Esta é a direção adotada na decisão relatada pelo Ministro Décio Miranda: "Constitucional. Igualdade entre os Estados - Membros. Princípio da não-discriminação entre participantes de concorrência pública. Vedado assegurar preferência a quem esteja sujeito ao pagamento de ICM ou ISS no Estado em que se fere a licitação. Inconstitucionalidade do art. 104 da Lei n. 7.741, de 23.10.78, do Estado de Pernambuco, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.262, de 14.7.80" (Brasil. Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1185. Rel. Min. Décio Miranda. Julgado. 08.08.1984. Diário de Justiça de 14.09.84, p. 14914).

²⁴⁶ Odete Medauar adverte: "Mas, a Emenda 6, de 15.08.1995, revogou integralmente o art. 171 da Constituição Federal, cujo § 2º determinava, ao Poder Público, a preferência à empresa brasileira de capital nacional, na aquisição de bens e serviços; ficou também revogada a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Ante tais revogações, as preferências indicadas no referido § 2º do art. 3º apresentam-se inconstitucionais" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Op. Cit. p. 218). Todavia, razão assiste a Celso Antônio Bandeira de Mello: "Este dispositivo dava aplicação ao estatuído anteriormente no art. 171, § 2º da Constituição (revogado pela EC 6, de 15.8.95), o qual dispunha que o Poder Público, quando das aquisições de bens e serviços, conferiria, nos termos da lei, preferência às 'empresas brasileiras de capital nacional', cuja configuração era feita no inciso II do mesmo artigo. Cumpre registrar que

público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura". A este parágrafo une-se o *caput* do artigo 4º que, enfatizando também a legalidade, permite que todos os cidadãos acompanhem o desenvolvimento do certame, desde que não interfiram de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Esses dois dispositivos enrijecem o princípio da publicidade e o poder dos cidadãos de fiscalizarem o certame, o que, por via oblíqua, resguarda a isonomia. A fiscalização pela Sociedade merece ser fomentada.

A respeito desse aspecto, calha comentar a parte final do *caput* do artigo 4º, que estabelece limites à fiscalização quando proíbe a perturbação dos trabalhos. Aliás, impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório é tipificado no artigo 93 da Lei nº 8666/93, punindo-se o agente com detenção de seis meses a dois anos. Este particular deve ser tomado com muita cautela, pois, tratando-se de termo por demais fluido, interesses divorciados da coisa pública podem julgar a participação popular perturbadora. Entretanto, quando a licitação pública se afasta de seus princípios e do texto da lei, apadrinhando terceiros ou determinando qualquer outro tipo de ofensa às normas que a regem, os cidadãos não só podem perturbar o procedimento, como, através dos poderes administrativos e judiciais que lhes são conferidos, devem, com supedâneo no próprio princípio da cidadania, fulminá-lo.

Merece ser salientada a parte final do *caput* do artigo 5º, que vincula o pagamento das obrigações decorrentes de licitação pública, ou, com precisão, de contrato administrativo, à "estrita ordem cronológica das datas de sua exigibilidade". O escopo desta regra é impedir o favorecimento de apadrinhados políticos de agentes administrativos, desautorizando-os a anteciparem pagamentos. Independentemente da simpatia de quem quer que seja, todos aqueles que contratam com a Administração recebem o que lhes é devido sem que haja preterição.

Sublinhe-se, no entanto, que, se houver "razões de interesse público e mediante a prévia justificativa da autoridade competente", pode a Administração romper a ordem cronológica.

Vencendo estes artigos introdutórios, que expressam derivações diretas dos princípios anteriormente destacados, o legislador faz uma série de definições acerca de termos utilizados em todo o seu texto. Embora a conceituação dos institutos jurídicos

o fato de desaparecer uma proteção a nível constitucional não significa que não possa existir a nível legal"

seja função da doutrina, pretende-se evitar discrepâncias interpretativas. Trata-se da denominada interpretação autêntica.

Na mesma linha de construção legislativa, também no âmbito das disposições gerais, a Lei atém-se separadamente a algumas considerações acerca das obras e dos serviços, dos serviços técnicos especializados, das compras e das alienações.

Primeiramente, no que tange a obras e serviços,²⁴⁷ os incisos do §2º do artigo 7º exige como condição para a realização da licitação o projeto básico aprovado; o orçamento com a composição de todos os custos unitários; a previsão orçamentária; e a contemplação de seu produto pelo plano plurianual.

Dentre esses requisitos, a exigência de projeto básico é essencial à isonomia, dado que, a teor do inciso IX do artigo 6º, traz consigo o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço". Conecta-se à isonomia porque faz com que todos os interessados tenham ciência de um projeto que lhes possibilite avaliar suas condições de competição no certame. Obstat-se privilégios de informação ou surpresas no curso do procedimento e mesmo, após a celebração do contrato, ensejando a todos iguais condições de avaliar seu poderio.

Importa atentar ao § 5º do artigo 7º, que proíbe licitações "cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas". É cediço que se se pretender efetivar licitação cujo objeto não tenha similar, na realidade não haverá licitação, pois não é possível a competição. Ressalve-se que a parte derradeira do artigo, em homenagem à razoabilidade, admite os casos tecnicamente justificáveis ou, ainda, os casos em que o fornecimento de tais materiais for feito sob o regime de administração contratada.²⁴⁸

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 378).

²⁴⁷ O inciso I do artigo 6º define obra como "toda a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta". No que tange aos serviços, o inciso II conceitua como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais".

²⁴⁸ Quanto à administração contratada, Marçal Justen Filho esclarece: "Nessa modalidade, o particular não desembolsa seus recursos nem arca com o custo da produção do bem ou do serviço. Incumbe-lhe o dever de selecionar, contratar e remunerar o pessoal necessário, adquirir os insumos e executar a prestação. A diferença entre empreitada e administração contratada reside na determinação do preço. Na empreitada, o preço é fixado de antemão (seja global, seja unitário). Na administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão. Logo, o lucro do particular é certo, ainda que

O artigo 9º não permite a participação, no certame, do autor ou empresa responsável pelo projeto básico ou executivo, bem como de servidor ou dirigente do órgão administrativo contratante. Obviamente, se acolhida fosse a hipótese contrária, dúvidas concretas se levantariam sobre a legitimidade do procedimento, uma vez que pessoas em situação privilegiada o afetariam. Esta regra, afora a isonomia, é flagrantemente remissiva ao princípio da impessoalidade, rejeitando benefícios de caráter subjetivo e pessoal dos agentes administrativos, regendo-os somente pelo interesse público.

No que tange a compras,²⁴⁹ o artigo 14 demanda "a adequada caracterização de seu objeto", o que, a propósito do projeto básico vinculado às obras e aos serviços, enseja ampla informação dos interessados, propiciando meios isonômicos de avaliação de suas possibilidades de oferecimento à Administração Pública. No mesmo diapasão, o § 7º do artigo 15 impõe "a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca", "a definição das unidades e quantidades" e "as condições de guarda e armazenamento". Desse modo, as duas regras visam idêntico resultado, frisando-se ainda, na perspectiva da isonomia, que o bem deve ser especificado sem indicação de marca, protegendo o princípio.

Acentue-se o *caput* do artigo 20, cujo conteúdo implica realização da licitação no local onde se situa o bem, fomentando a fiscalização da comunidade interessada no contrato. O artigo 21, por sua vez, refere-se ao instrumento convocatório, apontando os prazos mínimos entre a publicação e a abertura das propostas e o local onde devem ser publicados.

É de importância capital para a isonomia o § 4º do artigo 21, determinando que "qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas". É a concreção do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impedindo que se façam alterações no texto originário sem que se possibilite aos interessados, com ampla publicidade, adequarem suas propostas. A conexão com a isonomia é evidente, pois, se assim não o

delimitado. Corresponderá ao valor da Comissão. Na empreitada, o lucro é incerto e variável. Corresponderá à diferença entre as despesas do particular e o valor recebido. Se o particular lograr reduzir suas despesas, aumentará seu lucro (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Dialética, 1998. p. 97).

²⁴⁹ O inciso III do artigo 6º define compra como "toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente".

fosse, aos licitantes se negariam condições de oferecer suas propostas com precisão, pairando incertezas concernentes à lisura do certame.²⁵⁰

2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PÚBLICA

O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação pública, quais sejam, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. É lícito afirmar que, a rigor jurídico, há três modos essenciais ou três espécies de licitação. A primeira engloba a concorrência, a tomada de preços e o convite, sendo utilizada de forma geral. O concurso, a seu turno, é modalidade especial para a escolha de trabalho técnico, artístico e científico. Já o leilão, também peculiar, objetiva à alienação de móveis e imóveis da Administração. Em suma, analisando-se o cerne dos modos de licitação, elencados no diploma normativo, vê-se que há um para os negócios gerais e dois específicos, sendo um para a escolha de trabalhos e outro para a alienação.²⁵¹

Conjuga-se a concorrência, a tomada de preços e o convite, tendo em vista que não divergem quanto à natureza do negócio de interesse da Administração

²⁵⁰ Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: "Direito administrativo. Licitação. Edital como instrumento vinculatório entre as partes. Alteração com descumprimento da Lei. Segurança concedida. É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o 'edital', no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia. A Administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação. Se o edital dispensou as empresas recém-criadas da apresentação do "balanço de abertura", defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preencha os requisitos da Lei). Em face da Lei Brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do diretor da empresa respectiva. Segurança concedida. Decisão unânime" (Brasil. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5597. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Diário de Justiça de 01.06.1998, p. 00025).

²⁵¹ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, "são cinco as modalidades de licitação. Entretanto, são apenas três os fins a que se destinam, e isso porque, como se verá adiante, as três primeiras modalidades - a concorrência, a tomada de preços e o convite - têm o mesmo objetivo: a contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto o concurso e o leilão têm objetivos próprios e diferenciados" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 181).

Pública. Tão-somente se modifica o procedimento em razão do valor ou da importância do certame, simplificando a forma, dependendo da graduação estabelecida pelo legislador.²⁵²

Antes de analisá-las especificamente, é valioso sublinhar o parágrafo 8º do artigo 22, que, em correspondência ao princípio da legalidade, veda a criação de outras modalidades de licitação. Desta forma, a Administração, ao contratar, está envolta por uma das modalidades de licitação descritas na lei, rejeitando-se a invenção ou a criação de formalidades díspares não previstas pelo legislador.

A *concorrência* é a modalidade de licitação que contém o mais rigoroso procedimento, contemplando de forma ampla as exigências de equidade consubstanciadas primordialmente na isonomia. Destina-se às licitações de maior vulto econômico, como também, consoante o § 3º do artigo 23, às compras e alienações de bens imóveis, às concessões de direito real de uso e às licitações internacionais.

A participação na concorrência é aberta a todos os interessados que satisfaçam à fase de habilitação preliminar, consistente nas "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", tal qual disposta no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Por se referir às licitações ditas mais importantes à Administração Pública, a ela se confere ampla publicidade, com prazo dilatado para o oferecimento das propostas.

Conclui-se que a concorrência é a modalidade licitatória que melhor recebe o princípio da igualdade de todos perante a lei, uma vez que a todos é aberta, com adequada publicidade e tempo suficiente para a análise e elaboração das propostas, devendo, apenas, comprovar-se as condições essenciais para a celebração do contrato.

Para contratos de valor médio, o legislador visou a simplificar o procedimento. Este desiderato justifica-se pelo princípio da eficiência, que requer agilidade na feitura dos contratos administrativos. Por certo, a idéia que moveu o legislador pertine ao valor destes contratos, diferenciando o procedimento sob este critério. Para as licitações de grande montante, determina-se modalidade rígida, cumprindo-se à risca os reclames de equidade inerente ao interesse público, preservando-o na maior medida possível.

Todavia, para contratos representados por valores mais reduzidos, aproximando-se de um padrão médio, pretende-se, mesmo porque são deveras

²⁵² Dallari observa: "Uma primeira distinção possível diz respeito à finalidade de cada modalidade: a concorrência tem por objetivo a celebração de contratos de grande vulto; a tomada de preços se destina a

freqüentes, atribuir à Administração Pública meio de atingir o seu objetivo com maior rapidez, livrando-se de algumas formalidades. Nesse talante, criou-se a segunda modalidade, conhecida como *tomada de preços*. O traço principal que a diferencia da concorrência é a existência de um cadastro anterior, que substituí a fase específica da habilitação, conferido mais agilidade ao certame.

O cadastramento faz as vezes da habilitação, necessitando dos mesmos requisitos imperativos da concorrência, já que a imposição constitucional alberga a licitação pública genericamente, sem distinções valorativas. A vantagem é que, ao efetuar a licitação, o órgão administrativo competente dispõe, com antecedência, daqueles habilitados a participarem sem que seja oportuno, no curso do procedimento, abordar-se este quesito. Vai-se direto ao julgamento; logo, supre-se uma formalidade.

Além do cadastramento, no intento de agilizar o certame, o prazo para o oferecimento das propostas é reduzido.

Muito embora a tomada de preços facilite o procedimento, atenuando os requisitos da concorrência contemplativos da isonomia, não se pode dizer que, em tese, há ofensa ao princípio. Haverá, se não for oportunizado aos interessados cadastrarem-se, ou, doutro lado, se os critérios para tanto forem distintos. Desta feita, se a todos se impõe o cadastro, todos são tratados da mesma forma e, por ilação lógica, não se ofende a isonomia.

Afora a tomada de preços, que é uma maneira de simplificar a licitação pública, conferindo-lhe agilidade, o legislador criou uma nova modalidade, ainda mais singela.

Com este propósito erigiu-se a modalidade de licitação denominada *convite*, cabível, em tese, para contratos de valores de parca expressão econômica, usuais na atividade administrativa. Segundo seus ditames, deve-se expedir carta a, no mínimo, três pessoas do ramo, convidando-as a participarem do certame, bem como, a título de complemento, deve-se fixar cópia deste convite em lugar apropriado, entendendo-se por lugar apropriado a sede da repartição responsável pela licitação, abrigando os demais cadastrados que manifestem interesse com antecedência de até vinte e quatro horas.²⁵³

contratos de valor médio e o convite aos contratos de pequeno valor (...)" (DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 78).

²⁵³ Carlos Ari Sundfeld assevera: "A divulgação do ato convocatório é reduzida. Consuma-se com a entrega de carta-convite a pelo menos 3 convidados, escolhidos pela Administração, e com a fixação de cópia em quadro de avisos da repartição, em local de fácil acesso público (art. 22 §.3º)" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 80).

A par da pretensa eficiência, tal procedimento, mesmo apreciado em tese e sem sacrifício da prudência, fere a isonomia. É curial que a regra, cujo conteúdo obriga a Administração Pública a tratar a todos da mesma forma, não se circunscreve aos licitantes, porém a todas as pessoas que virtualmente tenham condições de cumprir os termos contratuais de interesse público.

Ora, se três potenciais interessados recebem em seus estabelecimentos um convite para participarem da licitação e outros tantos, talvez inúmeros, não são sequer avisados, é mais do que palmar o tratamento diferenciado. Agregue-se que o princípio da publicidade foi iniludivelmente restringido, dado que o convite não é publicado no Diário Oficial, nem tampouco em outro periódico comercial.

Ao abordar o princípio da isonomia, viu-se que discriminações são inevitáveis ao legislador, todavia, estas devem ser previamente justificadas pela razoabilidade.

No caso em apreço, a discriminação, acrescida de vertiginosa atenuação da publicidade, foi estribada em fator econômico. Desta sorte, pura e singelamente para se agilizar o certame, a diferenciação que é imposta aos interessados não se justifica. O convite à licitação, por força da isonomia, é estendido e realizado da mesma forma a todos os possíveis participantes, não sendo plausível a restrição apontada, convidando-se apenas três privilegiados.

Não há dúvida que a Lei da Licitação Pública deve prever modalidade ágil, para que se possa satisfazer o interesse público e ser eficiente. Entretanto, há vários meios e técnicas para assim fazê-lo sem afrontar a isonomia.

Somente se concebe o desprezo ao princípio isonômico na hipótese em que os custos (econômicos ou não) da publicidade e demais formalidades comprometessem ou ultrapassassem o valor do próprio contrato. Daí sim seria irrazoável exigir os requisitos que são inerentes à isonomia. Entretanto, não é o caso, uma vez que, em situação de tal forma extremada e excepcional, tecnicamente e em tese, como se verá adiante, a licitação é dispensada.

Acrescenta-se - para reforçar o argumento segundo o qual a modalidade convite não se afaz ao princípio da isonomia -, conquanto os valores que determinam qual a modalidade a ser adotada são reajustados regularmente, que a Lei nº 9648/98 fixou para os convites, em casos de obras e serviços de engenharia, o montante de até R\$ 150.0000,00 (cento e cinquenta mil reais); e para outros tipos de obras e serviços, o limite

de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Mesmo considerando as diferenças regionais, estes valores são elevadíssimos para qualquer parte do país.

Pondera-se que é perigoso afirmar que R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) são valores elevados e, por isto, ofendem o princípio da isonomia. Pode-se dizer que tais assertivas são subjetivas: o que se diria de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ou R\$ 10.000,00 (dez mil reais)? Contudo, como visto no segundo capítulo deste estudo, os critérios de diferenciações admitidos pelo princípio da isonomia devem ser amparados pela razoabilidade. Desta feita, percebe-se, a todas as luzes, que os valores estipulados em lei foram excessivos, daí irrazoáveis e ofensivos à isonomia.

Para evidenciar tal excesso, adota-se como parâmetro o salário mínimo vigente no Brasil em julho de 1999, que corresponde a R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Destarte, o valor que em tese seria módico, tão irrelevante a ponto de violar os princípios basilares da licitação pública, equivale a mais de um mil cento e cinquenta salários mínimos para obras e serviços de engenharia e seiscentos salários mínimos para as demais obras e serviços. Ora, mil ou seiscentos salários mínimos ultrapassa em muito toda a sorte de custos de uma licitação pública.

Se um salário mínimo, a teor do inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, com referência ao trabalhador, é "capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social"; mil ou seiscentos salários mínimos, mesmo que destinados a contratar empreiteiras, construtoras ou outras empresas, constitui-se montante exageradamente elevado, rompendo os parâmetros do razoável.

Não se pretende apurar qual o valor que seria razoável, nem tampouco se existe um valor razoável; contudo é evidente que os valores fixados em lei não o são. E isto basta para corroborar e confirmar o entendimento acerca do desrespeito ao princípio da isonomia provocado pela modalidade convite.

Nada obstante o valor do contrato, ao se tomar a decisão de realizar a licitação, qualquer que seja a modalidade, a isonomia, princípio superior e a ela inafastável, deve ser respeitada. Sendo convidados somente três eventuais interessados, não há isonomia e, queira-se ou não, o procedimento é eivado de inconstitucionalidade.²⁵⁴

²⁵⁴ Poucos são os autores que analisam a modalidade convite sob as luzes do princípio da isonomia, questionando sua adequação. A professora Lúcia Valle Figueiredo é uma das exceções, todavia apontando conclusão divergente da esposada neste trabalho. Leia-se: "Todavia, como princípios categorias do instituto

Vencidas essas três modalidades que encerram variações exclusivamente em decorrência do aspecto econômico-financeiro, passa-se a examinar as duas que, realmente, tratam de natureza licitatória diversa.

Primeiramente vem à análise o *concurso*, destinado a, consoante o § 4º do artigo 22, escolher "trabalho técnico, científico e artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores". Os requisitos formais inerentes a ele são suficientes para albergar a isonomia, pois é aberto a todos os interessados e os critérios de julgamento devem constar do instrumento convocatório e ser publicados no Diário Oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias.

A única ressalva se refere à subjetividade no julgamento dos trabalhos. Por mais que se esforce o órgão administrativo a impor parâmetros objetivos, muitas vezes o gosto pessoal da banca examinadora é irrecusável.

Desse modo, o *concurso*, a par de se reger por formalidades apropriadas à isonomia, guarda elemento intrínseco de alta determinação e não raras vezes incontornável, quais sejam a pessoalidade e a subjetividade do julgamento.

O leilão, conforme o § 5º do artigo 22, "é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de

temos a *isonomia* (o trato igualitário a todos os administrados que desejem e possam participar da licitação) e a *concorrência* (competitividade).

Na licitação por convite, embora haja escolha de licitantes (em termos) por parte da Administração, também não há lesão ao princípio isonômico. Prevalece o interesse público, pois torna-se desinteressante procedimento mais complicado e moroso, dado o pequeno vulto do valor envolvido. É a forma mais singela e coadunável com o futuro contrato" (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 310).

Dallari, embora siga a mesma linha, pondera a respeito da publicidade: "Convite é a modalidade de procedimento licitatório efetuado mediante convocação específica a pessoas determinadas, cuja idoneidade é presumida, e que, em função da estreiteza do chamamento, exige um mínimo de publicidade indispensável para a observância ao princípio da isonomia (...)

Entendemos ser indispensável a publicidade também para essa espécie de licitação, não só porque a regra geral é a de que os atos da Administração devem em princípio ser públicos, mas, principalmente, porque a falta de publicidade pode efetivamente ensejar a burla aos princípios da igualdade e da isonomia (...)" (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 79).

Carlos Ari Sundfeld completa: "Nada impede - ao contrário: tudo recomenda - que a Administração, visando a ampliar as possibilidades de competição, publique anúncio a respeito da realização do convite. Com isso, fará mais transparente o certame e viabilizará o eventual ingresso de não convidados o que dificilmente ocorrerá com a simples afixação da carta-convite no quadro de avisos (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 80).

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho constata: "O *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo permite mais mobilidade e celeridade na seleção" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 193).

produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19", saindo-se vencedor aquele que oferecer o maior lance igual ou superior ao valor da avaliação. Esta modalidade depende de instrumento convocatório a ser publicado, tratando, *a priori*, todos da mesma forma.

Em contraposição ao concurso, o julgamento do leilão é estritamente objetivo, visto que o vencedor é determinado pelo oferecimento do maior lance ou oferta.

3 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública é um instituto de Direito Administrativo que decorre de princípios jurídicos peculiares a todo o sistema juspublicístico. A coisa que a todos pertence é regida pelo interesse público, acarretando sua supremacia e sua indisponibilidade. Trata-se de dois pólos que se equilibram, correspondendo aos princípios da eficiência e da isonomia. Este último veda qualquer sorte de privilégios na gestão administrativa, sendo necessário encarar todos as pessoas dentro de critérios que estabeleçam e fomentem a igualdade.

Nesse contexto, a Administração Pública, ao realizar um contrato com particulares, deve, por imperativo de equidade, conferir oportunidades a todos os interessados a oferecerem suas propostas em condições de igualdade. Para contemplar tal anseio, criou-se a licitação pública que é derivada do princípio da isonomia.

Assim, como visto, o objetivo precípuo da licitação pública é celebrar o contrato mais vantajoso ao interesse público, conferindo oportunidade a todos os interessados, em igualdade de disputa, para participarem do certame.

Com este timbre vem a regra insculpida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, cuja dicção jurídica dispõe que "*ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública"²⁵⁵. Na mesma linha, o artigo 2º da Lei nº 8.666/93 é claríssimo ao

²⁵⁵ Grifo acrescido.

prescrever que os contratos administrativos "serão necessariamente precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei".²⁵⁶

Bem se vê que a licitação pública em regra é obrigatória para a contratação que envolve a Administração; entretanto, noutra ponta há previsão de ressalvas. Estas exceções devem ser analisadas com profunda cautela, dado que, mesmo defluentes de lei, podem, se divorciadas do razoável (princípio da razoabilidade), afrontar os princípios maiores e superiores da licitação, donde se destaca o preceito isonômico.²⁵⁷

Percebe-se que a Constituição outorgou competência ao legislador infraconstitucional para elaborar as normas relativas às ressalvas que são admitidas em licitação pública. A grosso modo, a grande distinção se faz entre as hipóteses em que se dispensa o certame e os casos em que a disputa é inexigível.

Ocorre a dispensa quando a competição é possível, mas, por fatores de conveniência calcados na razoabilidade, entende-se não realizá-la. Aliás, Celso Ribeiro Bastos anota que, "como o próprio nome indica, em tese, ela seria possível, pois ninguém vai dispensar algo que em si era indispensável. Resulta, digamos assim, de uma criação da própria lei, da normalidade legal, que, em determinadas hipóteses, vislumbra a inexistência da conveniência para a realização da licitação".²⁵⁸

Carlos Ary Sundfeld, justificando a previsão destas ressalvas, preconiza que "neles, apesar de a licitação atender aos reclamos do princípio da isonomia, permitindo a disputa igualitária pelos negócios públicos, desatende outros valores, também juridicamente tutelados".²⁵⁹

²⁵⁶ Grifo acrescido.

²⁵⁷ Este é o entendimento de Dallari: "É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer de que a regra geral é a exigibilidade, e de que a exceção é a dispensa (...) É preciso porém deixar uma coisa bastante clara: não é dado ao legislador, arbitrariamente, criar uma hipótese de dispensa de licitação, porque a licitação é uma exigência constitucional. Se o elemento tomado em consideração para que seja feita essa dispensa não for pertinente, não for razoável ou compatível com o princípio da igualdade, a lei será inconstitucional. A dispensa indevidamente dada pela lei não pode valer perante a Constituição. Portanto, não é dado ao legislador dispensar a licitação ao seu talante, à sua vontade, se esses fatos de discrimine, se o elemento tomado em consideração não for relevante e não tiver abrigo constitucional, se não for razoável, pelo menos, à luz da Constituição" (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 45).

Ademais, "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade" é crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, com pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

²⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 120.

²⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 58.

O princípio da isonomia, na realização de contratos administrativos, também é suscetível de ponderação, admitindo, apesar de sua importância nuclear, a normatividade de outros princípios que possam parecer contrapostos.

Sem embargo, percebe-se que se fala em dispensa de licitação nas hipóteses em que há contrato administrativo sem o requisito da isonomia. Ou seja, não há licitação pública, haja vista que a isonomia é elemento conceitual. Podem-se admitir contratos administrativos sem isonomia, porém nunca licitação pública.

O legislador justificou a dispensa de licitação pública através dos critérios da economicidade; da ocorrência de situações emergenciais; do objeto do contrato; da qualidade pessoal do contratante; e da ineficácia do certame.²⁶⁰ Tais hipóteses estão previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Passa-se, agora, a tecer sucinto e objetivo comentário a respeito dos incisos desse artigo.²⁶¹

Em razão da economicidade, justifica-se a dispensa da licitação para contratos de tão reduzida expressão econômica que sua realização provocaria prejuízo à Administração. Ou seja, o custo com o procedimento aproximar-se-ia ao do próprio contrato, tornando-se, sob este ponto de vista, irrazoável realizar o certame. Dentre os casos elencados pelo citado artigo estão o inciso I e II, onde se prefixa um valor mínimo.²⁶²

Estes incisos adotaram como referência os valores fixados para a modalidade convite. Assim, para obras e serviços de engenharia, a Lei nº 9648/98

²⁶⁰ Os autores listam de maneira variada as causas que levam à dispensa. Como exemplo, Lúcia Valle Figueiredo a justifica em razão do pequeno valor, das pessoas, de situações excepcionais, e do objeto (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 313). Por sua vez, Carlos Ari Sunfeld, a autoriza em função da economicidade, da pessoa, da ineficácia da licitação, de acordo internacional e da desnecessidade do certame (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 57). E Marçal Justen Filho a sistematiza segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, em virtude do custo econômico, do custo temporal, da ausência de potencialidade de benefício e da destinação da contratação (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Op. cit. p. 212).

Mister advertir que a classificação adotada neste estudo não é absolutamente rígida. Trata-se de um recurso didático, para melhor visualizar os motivos que levaram o legislador a enunciar os casos de dispensa.

²⁶¹ As hipóteses de dispensa da licitação pública alcançam variados institutos e situações peculiares. Desta maneira, pretende-se somente delinca-las, reuni-las conforme sua justificativa e tecer sucinto comentário sobre um ou outro inciso que se relacione abertamente ao princípio a isonomia.

²⁶² O inciso I dispensa a licitação "para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea 'a' do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente". O inciso II, por sua vez, dispensa a licitação "para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea 'a', do inciso II do artigo anterior, e

estipulou o valor correspondente a 10% (dez por cento) de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ou seja, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Enquanto que, para outros serviços e compras e para alienações, estabeleceu referida Lei o montante de 10% (dez por cento) de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), equivalente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).²⁶³ Tal qual sucede com a modalidade *convite*, o valor é por demais elevado, sem encontrar guarida na razoabilidade. É certo que o *quantum* pertinente não é tão reduzido ao ponto de aproximar os custos da licitação aos do próprio contrato, desprezando o tratamento isonômico, o que enseja a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

A dispensa da licitação, por imperativo constitucional, só pode ser efetivada em situações que o seu custo ultrapasse ou se aproxime do benefício do próprio contrato. A discricionariedade do legislador para fixar os valores da dispensa é moldado por esta assertiva, que, por sua vez, decorre do princípio da isonomia combinado à razoabilidade. Em montante tão elevado, confere-se demasiada liberdade aos agentes públicos, invertendo os propósitos isômicos que inspiram o certame.²⁶⁴

O inciso XI enfatiza a dispensa de licitação para a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida à ordem de classificação da licitação. Ora, se houve a rescisão, para se economizar custos e tempo, aproveita-se a classificação do certame anterior, pois nela salvaguardada foi a isonomia.

No contexto das situações emergenciais em que a realização da licitação provocaria o sacrifício de relevante interesse público, causando prejuízos sociais irreparáveis, inserem-se os casos de guerra ou grave perturbação da ordem (III); nos casos de emergência ou de calamidade pública (IV); quando a União tiver que intervir no domínio econômico (VI); e quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional (IX).

O objeto enseja a dispensa da licitação - o que é próximo da hipótese que contempla as situações de emergência - quando sua singularidade é condição *sine qua*

para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez".

²⁶³ Sublinha-se - o que reflete a tendência de se flexibilizar as formalidades e minimizar o papel da licitação pública - que os índices de 10% (dez por cento) são inovação da Lei n. 9.468/98. Anteriormente o valor que autorizava a dispensa era reduzido a 5% (cinco por cento) sobre o montante da modalidade convite. Ademais - o que agrava a situação -, de conformidade com o parágrafo único do artigo 24, "os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas".

²⁶⁴ No que tange ao montante fixado, remete-se aos argumentos utilizados para demonstrar a irrazoabilidade dos valores fixados para a modalidade convite. Confira-se p. 46-48.

non para a satisfação do interesse público. A dispensa contempla a compra ou a locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha (X); a compra de gêneros perecíveis (XII); a aquisição ou restauração de obra de arte e objetos históricos (XV); a aquisição de componentes ou peças necessárias à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor do equipamento (XVII); as compras de materiais padronizados das Forças Armadas (XIX); a contratação de serviços e abastecimento de embarcações, tropas e unidades aéreas, por ocasião de estada de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de sua sede, quando o prazo for demais exíguo, comprometendo a operação pertinente (XVIII); para aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos do CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições credenciadas (XXI); e na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica, com concessionário, permissionário ou autorizado (XXII).

Acresça-se o inciso XIV, que prevê casos decorrentes de acordos internacionais, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público. A interpretação deste inciso é delicada, porque a licitação serve exatamente para aferir o mais vantajoso. É difícil precisar antecedentemente o que o será, para, então, justificar a dispensa. Com efeito, o vantajoso à Administração não é o negócio em si, que pode ser oferecido nas mesmas condições por outras empresas de diversos países. Entretanto, a proposição tem o sentido de fomentar relações internacionais, justificando-se em face de estratégia de desenvolvimento comercial bilateral e estreitamento de política externa. Ou seja, as vantagens não são diretamente decorrentes do contrato, porém do aprofundamento das relações com outro país que, por seu turno, oferece contrapartida. Com este aspecto, para que seja legal é imprescindível que se motive o ato de dispensa, assinalando os benefícios que serão proporcionados.²⁶⁵

À dispensa autorizada, em decorrência da qualidade pessoal do contratante, segue o argumento do interesse público de incentivar a ação e o desenvolvimento de grupos especiais. Dentro deste contexto, a teor do inciso XIII e XX,

²⁶⁵ Segue-se o escólio de Carlos Ari Sunfeld: "Trata-se de situações em que a aquisição tem como contrapartida vantagens de outra ordem, interessantes para o país, como a concessão de financiamentos, a abertura de mercados externos, e por aí vai. A lei dispensa a licitação considerando, por uma lado, que os benefícios citados podem ser mais interessantes que a mecânica busca do melhor preço em uma contratação tomada isoladamente e, de outro, que o procedimento licitatório não é veículo adequado para o estabelecimento de vínculos complexos, onde estejam envolvidas contrapartidas políticas" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 61).

insere-se, respectivamente, a contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou de instituição que zela pela recuperação de presos, bem como de associações de portadores de deficiência física.

Assim se contempla o aspecto positivo do princípio isonômico. É evidente que tanto os presidiários quanto os portadores de deficiência física, quer por malgrado da natureza ou do destino, quer por terem sido privados do convívio social, são grupos especiais que merecem a atenção do poder público. Por serem especiais, há relevante interesse público em fomentar tais entidades, o que justifica a dispensa da licitação pública.

Quanto ao aspecto pessoal, agregue-se as hipóteses de contratação de órgãos administrativos criados - anteriormente à Lei em tela - para abastecer ou fornecer serviços à própria Administração (VIII); e para a impressão dos Diários Oficiais, de formulários padronizados e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática por órgão da Administração Pública também criados - mesmo após a Lei - para este desiderato (XVI).

Enfim, também por motivo pessoal, dispensa-se a licitação na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladoras (XXII) e para a celebração de contratos de prestação de serviço com as organizações sociais (XXIV).

A dispensa por ineficácia da licitação, consoante o inciso V opera-se na hipótese de, realizado o procedimento regular, não houver participantes ou quando apenas um interessado tiver se apresentado, frustrando a disputa. Nesta circunstância, a licitação, em regra, deve ser repetida. Todavia, se os custos de tal repetição se demonstrarem por demais elevados e irrazoáveis a licitação poderá ser dispensada. Agregue-se o inciso VII do mesmo artigo, que permite a dispensa, se os preços ofertados forem maiores do que o praticado pelo mercado. Nesta situação, ocorre a ineficácia do certame, autorizando a dispensa.

Além da dispensa facultada pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/93, colaciona-se o artigo 17 do mesmo diploma normativo, que torna obrigatória a dispensa para imóveis em dação em pagamento; doação para outro órgão da Administração Pública; permuta por outro imóvel cuja localização, nos termos do inciso X do artigo 24, seja necessária ao interesse público; investidura; venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens

imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais.²⁶⁶

O artigo 17, com remissão aos bens móveis, obriga a dispensa da licitação em virtude de doação para fins e uso de interesse social; permuta para órgão ou entidades da Administração Pública; venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa; venda de títulos; venda de bens produzidos ou comercializados por órgão ou entidades da Administração Pública, em razão de suas finalidades; e venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Ao lado da dispensa da licitação, há circunstâncias em que não se pode exigir a realização do certame, visto que a disputa não se configura. Distintivamente dos casos de dispensa, que são enumerados de forma taxativa pelo legislador, há hipóteses em que não é possível que se faça a licitação, porque impossível é a competição, tornando-a inexigível.

Maria Sylvia Di Pietro distingue: "A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável".²⁶⁷

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 enuncia três situações em que a licitação pública é inexigível.

O inciso I prevê o caso de aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Não pairam dúvidas que, nesses termos, por mais que o agente administrativo queira realizar o certame, tal empreendimento será talhado ao fracasso, uma vez que não há possibilidade de competição.

²⁶⁶ Reacentua-se que, enquanto o artigo 24 faculta a dispensa, o artigo 17 a torna obrigatória. Diz-se que o artigo 17 trata de licitação dispensada, ao passo que o artigo 24 de licitação dispensável.

Hely Lopes Meirelles, comentando o artigo 17, aduz: "Esses casos encontram justificativa na natureza dos negócios, que têm destinatários certos, ou na inviabilidade de competição licitatória. Por isso, a lei já considera *dispensada* a licitação, podendo a Administração realizar tais negócios por contratação direta com o interessado" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. Cit. p. 88). E adiante, ao tratar do artigo 24, anota que "licitação dispensável é aquela que a Administração pode deixar de realizar, se assim lhe convier. A lei enumerou 20 casos (art. 24), que examinaremos em seguida" (*Ibidem*).

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit. p. 265.

O inciso II cuida dos serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Na apreensão correta deste dispositivo residem inúmeras controvérsias que merecem estudo particular e aprofundado. Numa situação complexa, para atender ao interesse público, a Administração precisa dos serviços de alguém cujo conhecimento sobre determinado assunto foge de parâmetros medianos. Daí sim, contratando pessoas de conhecimento realmente excepcional é que se justifica a inexigibilidade da licitação pública.²⁶⁸

O inciso III inclui a contratação de profissionais de setor artístico consagrados pela crítica especializada. Trata-se de dispositivo necessário, pois, como lembra Marçal Justen Filho, “a atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se a identidade de atuações”.²⁶⁹ Admite-se a realização de concurso para a escolha de uma canção, de uma poesia ou outra manifestação artística. Contudo, por exemplo, para contratar artistas consagrados a participar de festas promovidas pelo Poder Público, não se pode fazer uma licitação, porque não há competição, nem critério plausível para tanto.

4 FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação pública é um procedimento administrativo que logo pressupõe a existência de uma série encadeada de atos, visando a alcançar determinado resultado.

²⁶⁸ O professor Ives Gandra da Silva Martins esclarece: “Serviços singulares são aqueles que se revestem de características próprias. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais ou artísticas, realizadas isoladas ou conjuntamente, por equipe, sempre que o trabalho a ser produzido se define pela marca, pelo cunho pessoal, expresso em características técnicas, científicas e/ou artísticas.

A título exemplificativo, podemos citar: um parecer jurídico, elaborado por um jurista, uma intervenção cirúrgica praticada por experiente cirurgião, um trabalho envolvendo assessoramento, etc.

Todos esses serviços se singularizam por um estilo, por uma criatividade, uma habilidade técnica que tornam personalíssimos os trabalhos. Isto não significa que outras pessoas ou outros profissionais não possam realizar o mesmo serviço, mas todos eles contêm uma marca, um estilo pessoal que não podem ser comparados, razão pela qual são singulares, pelas suas peculiaridades próprias que os tornam únicos, e a própria lei exclui da licitação, exatamente por não poderem ser comparados, tanto em relação ao conteúdo, como em relação ao preço” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 35).

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*. Op. cit. p. 266.

Estes atos revestem-se de formalidades, apresentando, para satisfazer aos reclames do interesse público, fases distintas.

A primeira fase disposta na Lei nº 8.666/93 é a da habilitação. Este é o momento em que se examina a capacidade jurídica, a qualificação técnica e econômica e a regularidade fiscal daqueles que com a Administração queiram contratar.

Nas empresas privadas, é cautela inerente ao seu exercício. Um comerciante, ao celebrar contrato, por vigilância, irá, certamente, buscar elementos que lhe digam com quem está negociando. Deve atentar, por exemplo, se a outra parte está devidamente registrada no órgão competente, qual seu capital e se é estabelecida.

Seguindo essa linha, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal dispõe sobre a obrigatoriedade do procedimento licitatório, em igualdade de condições, permitindo-se fazer “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Ressalte-se, portanto, que o legislador está adstrito às exigências indispensáveis, cujo cumprimento garantem o adimplemento do contrato que se pretenda celebrar. Ou seja, quaisquer outras exigências estranhas a este fim afrontam a emanção constitucional.²⁷⁰

A Administração pretende cercar-se de todas as cautelas para a celebração de contratos, verificando se os sujeitos interessados em contratar possuem condições de fazê-lo.

Advirta-se que os efeitos da habilitação, apropriados tão-somente à capacitação subjetiva do licitante, não se agregam à fase posterior. Vencida a habilitação, já não há que se cogitar de seus termos, precluindo a matéria para a Administração, não alcançando, portanto, o julgamento das propostas.²⁷¹

²⁷⁰ Com este timbre é a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal” (Brasil. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça de 10.08.1998, p. 00004).

²⁷¹ Carlos Pinto Coelho Mota elucida: “Representa a habilitação o direito de o licitante ter sua proposta comercial ou técnica aberta e julgada pela Comissão. A fase da habilitação não se comunica com a do julgamento, sendo essa incomunicabilidade reconhecida doutrinariamente pelas seguintes razões legais:

- a) a inabilitação importa em preclusão do direito de participar das fases subseqüentes (art. 41, § 3º);
- b) a abertura dos envelopes contendo as propostas dos habilitados somente pode ocorrer após o transcurso do prazo de cinco dias úteis (art. 109, § 2º) ou diante de desistência formalizada do recurso por parte de todos os concorrentes (art. 43, III); o prazo de recurso para convite é de dois dias úteis (art. 109, §6º);
- c) ultrapassada a fase de habilitação, não mais cabe a desclassificação por motivo relacionado àquela, salvo em razão de fato superveniente (art. 43, § 5º).

Noutro tópic, a celebração de consórcios entre empresas é, em boa parte das ocasiões e em especial nas licitações de grande porte, o único meio de garantir competitividade. Doutro lado, também é expressão da isonomia, porque através do consórcio pequenas empresas podem se unir, aproximando-se de grandes grupos. Dentre as finalidades da licitação está a celebração do melhor contrato para a Administração; por isso, se duas empresas quiserem juntar-se para melhor oferecer, nada há que se contrapor, até porque a todos é igualmente aberta a possibilidade de consorciarem-se.

Antes de se adentrar às questões referentes ao instrumento convocatório, é de salientar que o procedimento licitatório, como conjunto de atos administrativos formais, começa pela abertura do processo administrativo, autuado, protocolado e numerado, contendo a respectiva autorização, indicação do objeto e recurso próprio. Estes autos deverão conter tudo o que for relacionado à licitação, de forma que qualquer interessado, até mesmo a Administração, tenha à disposição todos os atos administrativos nela praticados.

Convém assinalar, previamente, a necessidade de realização de audiência pública, prevista no *caput* do artigo 39, sempre que o valor estimado para um conjunto de licitações simultâneas e sucessivas for superior a cem vezes o valor previsto no art. 23, inciso I, alínea "c", da Lei ora sob comento, com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada com antecedência de dez dias de sua realização. Neste ato permite-se a todos os populares e demais interessados tomarem ciência do projeto, sendo a Administração encarregada de fornecer os esclarecimentos pertinentes. É, sem dúvida, instrumento de democracia, além de meio hábil para conferir maior publicidade ao certame e, indiretamente, propiciar igualdade, tornando-o notório e instigando a competição.

No campo específico do instrumento convocatório, importa frisar seu fundamental papel para o certame. Trata-se do documento de maior relevo, já que deverá chamar e despertar a atenção de todos os possíveis licitantes, contendo a integralidade das características, exigências e particularidades do procedimento licitatório, lançando ao público as necessidades da Administração que devem ser satisfeitas pelo contrato. Hely Lopes Meirelles refere-se ao edital - que é uma espécie de instrumento convocatório -

d) O recurso da habilitação ou inabilitação do licitante tem efeito suspensivo (art. 109, § 2º)" (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações & Contratos Administrativos*. Op. cit. p. 47).

como “lei interna da concorrência e da tomada de preços”.²⁷² Tão grande é sua importância, que a vinculação ao instrumento convocatório foi erigida no *caput* do artigo 3º a princípio da licitação pública.²⁷³

Bem se vê a estrita ligação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório com o princípio da isonomia. É ele o meio para garantir a igualdade de todos perante a lei, visto que designa as mais diversas situações, sempre destinando-se a obter o melhor contrato para a Administração Pública e a assegurar a isonomia entre os licitantes.²⁷⁴ Se o instrumento convocatório exige formalidades despiciendas, ou que sem respaldo no interesse público restringe o objeto da licitação de tal sorte que impeça a participação de pessoas hábeis a contratar com a Administração, ou amplia por demais o objeto, indeterminando-o ao ponto de causar incertezas nos interessados, está frustrando a competitividade e violando a isonomia.²⁷⁵

Para evitar esses malefícios, o artigo 40 e seus incisos prescrevem o que deverá conter o edital.

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 260.

²⁷³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello o edital “é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 415).

²⁷⁴ Este é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, manifesto de forma objetiva em ementa da lavra do Desembargador Nestor Silveira: “Licitação. Concorrência. Exigência não contida no edital. Violação do Princípio da igualdade. Ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida” (Brasil. Santa Catarina. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Rel. Des. Nestor Silveira. Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina de 19 de dezembro de 1995).

²⁷⁵ Nesta linha caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, trazendo-se a lume trecho da seguinte ementa: “Direito público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do Mandado de Segurança para esse fim. Deferimento. O ‘edital’ no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o ‘objeto da licitação’, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é ‘absoluto’, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, se objetiva à Administração” (Brasil. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5418. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Diário de Justiça de 01.06.1998, p. 00024).

Acresça-se a ementa que segue, pois expressa a relação entre restrições contidas no edital e a isonomia: “Administrativo. Licitação. Edital. Cláusula Restritiva. Decreto Lei nº 2300/86 (art. 25, § 2º, 1º parte). 1. A exigência editalícia que restringe a participação de concorrentes, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar “agir” abusivo, afetando o Princípio da Igualdade. 2. Recurso Improvido” (Brasil. Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 43856. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Diário de Justiça de 04.09.1995, p. 27804)

O *caput* desse artigo determina que no preâmbulo deverá constar o “número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para o recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes (...)”.

Desta forma, pretende-se deixar todas as questões referentes ao certame postas de antemão para que os interessados lancem suas propostas sem que haja surpresas e, no mesmo diapasão, fazendo com que todos, de igual forma, tenham acesso ao inteiro teor das exigências do processo, sabendo qual o objeto que a Administração pretende contratar para, assim, avaliar suas condições de concorrência e proposta.

Nesse passo, o inciso I do artigo 40 obriga o edital a indicar o “objeto da licitação, em descrição sucinta e clara” e, em seqüência, os demais incisos prevêem prazo e condições para a assinatura do contrato ou retirada do instrumento; sanções para o caso de inadimplemento; local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; se há projeto executivo disponível; condições para a participação na licitação; critérios para julgamento; locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação a distância; condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, vedada a fixação de preços mínimos; critério de reajuste; limites para pagamento de instalação e mobilização para execução; prazo de pagamento; cronograma de desembolso máximo; critérios de atualização financeira; compensações financeiras; instruções e normas para os recursos previstos; condições de recebimento do objeto da licitação e outras indicações específicas e peculiares da licitação.

Transparece que o instrumento convocatório é similar a um contrato de adesão, haja vista que a Administração fixa as regras, e quem manifestar interesse estará sujeito a elas sem poder transacionar a respeito. Sem embargo, pode-se dizer, também, que é uma espécie de pré-contrato administrativo, não circunscrito ao certame, porém tecendo dispositivos atinentes às condições de pagamento e critérios de reajuste que vinculam a Administração e o licitante a uma futura avença.

Tais afirmações encontram sustento no inciso III do § 2º do artigo 40, segundo o qual constitui anexo do edital “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”.

Desta maneira, iniludivelmente, o instrumento convocatório deve esclarecer os pontos que guardem relação ao certame, preservando a competitividade e a isonomia entre todos os interessados e, ainda, deve firmar as cláusulas essenciais do contrato administrativo a ser celebrado futuramente.

De conformidade com o disposto no *caput* do artigo 44 e com os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, ao julgar as propostas, a comissão encarregada de tal mister terá que agir por força de critérios estritamente objetivos definidos no instrumento convocatório.²⁷⁶

Com esse propósito, o § 1º do referido artigo veda “qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes”.

O § 2º do mesmo artigo impede a consideração de qualquer *plus* não previsto no instrumento convocatório. Tal vantagem afrontaria o princípio da isonomia, haja vista que todos devem ofertar dentro dos moldes do instrumento convocatório e, em atenção a este, deve ser efetuado o julgamento.

Feitas as considerações relativas ao instrumento convocatório, o artigo 43 estabelece que o processamento e julgamento deve ser realizado mediante (e nesta ordem), (a) abertura dos envelopes relativos à habilitação; (b) devolução dos envelopes das propostas fechados aos inabilitados; (c) verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do instrumento convocatório; (d) julgamento e classificação das propostas e posterior adjudicação e homologação.

Entre o fim da fase de habilitação e a do julgamento propriamente dito, há uma fase intermediária de verificação, cabendo à comissão de licitação ou julgamento analisar se as propostas apresentadas se conformam com o exigido pela Administração no instrumento convocatório.

O § 3º do artigo 44 não admite proposta que apresente preços simbólicos e irrisórios que diretamente comprometam a competitividade e a igualdade. Tal circunstância provoca a desclassificação preliminar nos moldes das propostas não

²⁷⁶ Novamente o Superior Tribunal de Justiça firma posição: “Administrativo. Licitação. Telefonía Celular. Legalidade. 1. No processo licitatório a comissão está subordinada ao princípio de que os seus julgamentos são de natureza objetiva, subordinados a critérios de rigorosa imparcialidade (...) Não há como se prestigiar, em regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que apresenta com desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade. Mandado de segurança concedido, à unanimidade” (Brasil. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5287/. Rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça de 09.03.1998, p. 00004).

compatíveis ao objeto do instrumento convocatório. No entendimento de Marcelo Caetano, para serem apreciadas as propostas devem ser sérias, firmes e concretas.²⁷⁷ Daí que a proposta deve ter condições de ser mantida e cumprida, quer dizer, deve ser exeqüível para ser considerada.

O § 1º do artigo 45, por sua vez, prevê quais os critérios para se aferir a proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, quais os critérios de julgamento das propostas encaminhadas pelos licitantes. Dentro deste espectro tem-se: (a) licitação de menor preço, quando o critério for exclusivamente o preço; (b) de melhor técnica; (c) de técnica e preço; (d) a de maior lance ou oferta.

O critério relativo ao preço desprendido da técnica é o mais objetivo. Entretanto, em muitos casos, não leva à igualdade no julgamento. Somente se aprecia se a proposta está de acordo com o edital, verifica quem oferece o melhor preço e se proclama o vencedor.

Não é plausível se pretender elidir a apreciação técnica das propostas, como se este fator não influísse no preço final. Pode-se ter preço e técnica de baixo índice que não sejam vantajosos à Administração, se comparados à alta qualidade técnica com preços mais elevados, que, no entanto, reflitam seu custo real.

Ocorre, destarte, que o critério do menor preço, em não raras oportunidades, apesar de parecer albergar a isonomia, estabelece julgamento visceralmente injusto, impondo evidente discriminação aos que com melhor qualidade queiram contratar com a Administração.²⁷⁸

Ao elaborar determinada proposta, levam-se em conta dois padrões: o preço e a qualidade. Ocorre normalmente, e por dedução, que a proposta de melhor qualidade não tem o menor preço e vice-versa. Ou seja, deve-se utilizar meio que condense os dois opostos, aprecie a proposta como um todo e responda: o quê, como e

²⁷⁷ Eis as palavras do administrativista lusitano: “As propostas devem ser sérias, isto é, feitas com o propósito de serem mantidas e cumpridas (...). As propostas devem ser firmes, sem cláusulas restritivas, resolutivas ou excepcionais, embora possam sugerir novas modalidades de execução ou de cláusulas apresentadas como facultativas no ato convocatório. As propostas devem ser concretas e não com oferta de preços indeterminados, como seria a de uma percentagem de redução sobre a proposta mais barata, ou em termos análogos” (CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Op. cit. p. 233/234).

²⁷⁸ Para Hely Lopes Meirelles, “qualidade é aptidão do objeto para a satisfação de seus fins. Essa *qualidade* pode ser superior, média ou inferior, mas o que interessa, na licitação, é a aptidão do objeto para sua destinação específica pedida no edital, ou seja, para realizar a finalidade pretendida pela Administração. Desse ponto de vista é que se há de considerar o *fator qualidade* em cada licitação, pois em certos casos precisa-se de qualidade superior, noutros a qualidade média é satisfatória, e em determinadas hipóteses a qualidade inferior atende plenamente os objetivos da Administração, com real economia para o erário” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 129).

por qual custo oferece? Conferindo-se relevância somente ao preço, não se julga com igualdade, pois a qualidade resta desprezada.

A qualidade faz parte do preço. Logo, o critério que leva em consideração somente o fator monetário afronta a igualdade, uma vez que exclui a apreciação total da proposta, impondo distinção que não encontra guarida na razoabilidade. Há evidente privilégio, favorecendo aos que não primam pela qualidade.

Não obstante isso, há casos em que não são feitas distinções pontuais no tocante à qualidade. Nestas circunstâncias, é lícito cingir o julgamento ao critério de menor preço. No entanto, se a qualidade tiver o condão de influenciar no preço, é indispensável para contemplar a isonomia que se leve em conta o parâmetro técnico no julgamento das propostas, vinculando o órgão administrativo.

O que deve preponderar é, em vez do *menor*, o *melhor* preço. Dallari anota que “ao menor preço deve a Administração preferir a proposta que apresente preço justo, exequível, perfeitamente correspondente à qualidade daquilo que está ofertado, pois somente está terá perfeitas condições de execução”.²⁷⁹

Um dos recursos para agregar exigências de qualidade sem recorrer a apreciações técnicas subjetivas é incluir no instrumento convocatório os padrões que as determinam. Daí, na fase referente à verificação de quais propostas se enquadram no objeto do certame - que, repita-se, é anterior ao julgamento - já se avalia a qualidade. Todavia, inadmissível e em prejuízo da isonomia é desconsiderá-la.

Como afirma Marçal Justen Filho: “Licitação de menor preço admite exigências técnicas na configuração do objeto licitado. O edital deve determinar os padrões de identidade das prestações a serem adimplidas pelo futuro contratante, para evitar que a contrapartida do menor preço sejam objetos imprestáveis”.²⁸⁰ Todavia, o professor paranaense ressalva: “Mas os padrões de identidade e exigências técnicas não serão verificados na licitação como critério de seleção das propostas. Significa afirmar que não será admissível determinar pontuação proporcional à maior qualidade técnica do produto. O requisito técnico, se atendido pela proposta, assegura a admissibilidade da proposta. A classificação se fará exclusivamente pelo critério de menor preço”.²⁸¹

²⁷⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. cit. p. 144.

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Ob. cit. p. 421.

²⁸¹ *Ibidem*.

Noutra ponta, se um ou mais licitantes oferecerem o mesmo preço ou obtiverem a mesma nota técnica, o § 2º do artigo 45 elenca como critério de desempate, salvo o prescrito no § 2º do artigo 3º, sorteio a ser realizado em ato público. O referido critério, sem sombra de dúvidas, garante amplamente a isonomia; no entanto é flagrantemente contrário ao princípio da eficiência. Não há razão que impeça a abertura de novo prazo aos licitantes para que, em condições de igualdade, ante critérios previamente estabelecidos, renovem suas propostas, verificando quem melhor pode oferecer. Daí sim, se frustrada tal fase, dever-se-ia estabelecer o sorteio como forma de desempate.

Por derradeiro, o artigo 50 dispõe: "A Administração não poderá celebrar contrato com a preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade". Reforça-se a igualdade, não se admitindo contratar sem o respeito à ordem de classificação, o que, na verdade, na hipótese inversa, derogaria o instituto da licitação.

Findo o julgamento, adjudica-se o objeto do certame ao melhor classificado e, em seguida, a autoridade competente decide homologar, ou não, o procedimento.²⁸² Neste momento encerra-se o procedimento licitatório e se autoriza a celebração definitiva do contrato administrativo.

5 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública não é um procedimento vazio, abstrato e sem finalidade. Sua existência pressupõe o princípio da isonomia e da eficiência, centrados à feitura de um contrato administrativo. Desta sorte, tudo o que foi feito e analisado na licitação pública deve ser determinante para a realização do contrato, meio pelo qual a

²⁸² Na realidade há controvérsia a respeito da relação de precedência entre a adjudicação e a homologação. Enquanto que o inciso VII do artigo 38 da Lei n. 8666/83 prescreve que será juntado ao procedimento licitatório os "atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação"; em sentido contrário, o inciso VI do artigo 43 dispõe que a licitação será processada e julgada de acordo com o procedimento que culmina na "deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação".

Todavia, na mesma linha de Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Op. cit. p. 168-169), Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*.

Administração visa à satisfação de um serviço, compra ou alienação de um bem, ou outro qualquer tipo de negócio que necessita prover através de terceiros.

Se a licitação serve ao contrato, ambos estão vinculados, sendo que os termos deste e sua posterior execução dependem do conteúdo e do objeto licitado. Não é plausível que se faça a licitação num sentido e, o contrato dele se aparte, desvirtuando as condições iniciais.

A respeito da licitação muito já se disse; entretentes, acerca do contrato administrativo é prudente tecer algumas elucidações. É que há três correntes doutrinárias que discrepam no que pertine ao assunto.

Primeiramente, deduz-se que os negócios celebrados pela Administração com particulares não se definem sob a égide dos contratos, uma vez que estes são regidos pelos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória da convenção, proposições que, no âmbito da indisponibilidade do interesse público, são aprioristicamente excluídas.²⁸³

A segunda corrente admite os contratos administrativos, mas os separa de outros contratos realizados pela Administração Pública com particulares sob o regime privado. Então, os contratos administrativos seriam somente aqueles em que a Administração Pública, agindo nesta qualidade, se pauta pelo interesse público. Nesta ordem de idéias, os contratos administrativos diferenciam-se precipuamente em virtude das prerrogativas da Administração em face do outro contratante, mediante cláusulas especiais.

Op. cit. p. 219) e Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 435), entende-se que a adjudicação antecede a homologação.

²⁸³ Marcelo Caetano expõe o entendimento dessa corrente, denominando-a *tese negativista*: “O contrato (dizem os adversários dessa compatibilidade) postula duas vontades ligando-se livremente uma à outra em posição de inteira igualdade jurídica, de tal modo que, se for sinalagmático, qualquer dos contraentes possa exigir do outro o cumprimento das obrigações assumidas. Ora, uma entidade soberana, quando surja como expressão do interesse público, não pode demitir-se da sua autoridade; logo, a vontade que exprime não é do mesmo teor da vontade privada, o que se traduz em imposições unilaterais no decurso da execução do pseudocontrato, incompatíveis com a verdadeira índole contratual. O contrato seria uma forma repugnante à própria essência do Direito Público (acrescentam) e só poderia ser adaptado pelo Estado quando e nos termos em que este travasse relações de direito privado. No fundo, no chamado contrato administrativo, tudo se passaria apenas no campo dos atos administrativos: tratar-se-ia de um ato cuja eficácia ficaria dependente da aceitação do particular e que definiria a colaboração a prestar por este à Administração e os termos da respectiva retribuição. O que assim era estabelecido por ato administrativo, por outros atos podia ir sendo regulado, uma vez que fossem respeitadas nas relações estabelecidas os princípios basilares da colaboração assente” (CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Op. cit. p. 218).

A terceira posição sustenta que todo e qualquer contrato que envolve a Administração Pública, em decorrência dos princípios que lhe são inafastáveis, encontra-se pautada pelo regime juspublicístico, sendo denominado contrato administrativo.²⁸⁴

Juarez Freitas está dentre os autores que rechaçam os contratos privados da administração em contraposição aos contratos administrativos. Segundo o seu escólio, "os contratos nominados administrativos são aqueles regidos por princípios juspublicistas e em face da presença subjetiva da Administração Pública, ainda que não necessariamente a relação seja pautada, com exclusividade, por normas de Direito Público".²⁸⁵

Dentro desse contexto, mesmo se o contrato for celebrado e regido por regras de Direito Privado, a sua essência é administrativa, pois em um dos pólos da relação jurídica está a Administração Pública, trazendo consigo todos os princípios que lhe são próprios.

O parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93 define contrato administrativo como "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração pública com particulares"; logo, percebe-se às escâncaras, não discrimina os contratos da administração celebrados por regras de Direito Privado.

O grande marco que confere significação ao contrato administrativo são as prerrogativas que a Administração Pública exerce em detrimento à outra parte contratante. Estes privilégios são freqüentemente indicados como *cláusulas exorbitantes*; entretanto, aos olhos de Juarez Freitas, melhor se enquadram sob a denominação de *cláusulas protetivas* do interesse público.²⁸⁶

É o artigo 58 da Lei sob comento que enumera as prerrogativas da Administração Pública, quais sejam, a possibilidade de modificar ou rescindir o contrato

²⁸⁴ Hely Lopes Meirelles seguia a segunda corrente; entretanto reviu sua posição: "Em edições anteriores advertíamos que a Administração direta, ou centralizada, e indireta, ou descentralizada, podia realizar contratos sob as normas exclusivas do Direito Privado, em posição de igualdade com o particular contratado, que denominávamos contratos privados da Administração, para distingui-los dos contratos administrativos propriamente ditos, regidos predominantemente pelo Direito Público. Agora não é mais assim, pois, quando a Administração, pelo menos a centralizada e a autárquica, deles participa, até mesmo os contratos privados são sensivelmente afetados pelo Direito Público (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contratos Administrativos*. Op. cit. p. 159).

²⁸⁵ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 171.

E, em seguida, completa: "Delineados esses traços exordiais, completa o professor gaúcho: "A Administração Pública, sobremaneira quando obrando para desideratos típicos - , ao celebrar contratos, normalmente (não necessariamente) implica, por sua simples presença, a existência de cláusulas que transcendem o direito comum, sendo que ao efetuar ajustes sob normas privadas, mesmo assim - dada a inolvidável diferença entre normas e princípios - os contratos terão que agir consoante os princípios máximos do Direito Administrativo" (*Ibidem*).

²⁸⁶ *Idem*. p. 168.

unilateralmente, fiscalizar-lhe a execução, aplicar sanções e ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato cautelarmente ou em rescisão do mesmo.

Nessa via, todo o privilégio que cabe à Administração necessita ser justificado pelo interesse público. Não se afaz ao Direito a idéia de que um dos contratantes se sobreponha a seu par, subsumindo-o à sua vontade de maneira absoluta e incontrastável, seja ele quem for. A exceção a esta regra só se justifica se o poder que lhe é atribuído se calce numa exigência do interesse público, protegendo-se o bem de toda a coletividade.²⁸⁷

Posto à colação o contorno superficial referente à definição de contrato administrativo, vem a propósito estabelecer as conexões legais do instituto à licitação pública, dado que, insista-se, ambos são vinculados.

Essa ligação é estabelecida pelo § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.666/93, ao preceituar que "os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam". Em seguida, o inciso XI do artigo 55 inclui, dentre as cláusulas necessárias do contrato, "a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor".

No que tange à forma, os contratos administrativos, a teor do *caput* do artigo 61, devem mencionar "o número do processo de licitação, da dispensa ou da inexigibilidade". O § 1º do artigo 62, por seu turno, determina que "a minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação". Além dele, o artigo 63 permite aos licitantes tomarem ciência dos termos do contrato. E, por derradeiro, se o licitante vencedor não o assinar, a Administração terá que fazê-lo respeitando a ordem de classificação da licitação e por conseqüência, chamando o licitante que obteve a colocação subsequente.

²⁸⁷ Com esta dicção manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça; "Administrativo. Contrato de Estágio em Programa Multidisciplinar de saúde pública. Remuneração vinculada à dos residentes médicos. Boa-fé. Equilíbrio Econômico. Congelamento. – Se o Estado, em contrato firmado com estagiários, lhes promete remuneração igual a que paga aos médicos residentes, não pode, no curso do contrato romper esta igualdade, em detrimento aos estagiários, Os Contratos Administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico" (Brasil. Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Diário de Justiça de 25.04.1989, p. 09196).

Todos esses dispositivos citados convergem à finalidade de fazer com que os princípios e o regime norteador da licitação pública vincule os contratos administrativos decorrentes. É o modo de se assegurar o respeito à rede principiológica da licitação pública ao ato que dela deriva. De nada adiantaria realizar o procedimento licitatório, garantindo-se ampla isonomia, se no contrato os seus termos fossem desprezados.

Dessa forma, o contrato é a extensão do corpo licitatório, não podendo se desvirtuar da isonomia com a qual os interessados e licitantes foram tratados.

Imagine-se o exemplo de uma licitação com exigências técnicas rigorosas, em que o vencedor ofereceu preço realmente baixo. Se, por obra de conluíus, *a posteriori*, a confecção do contrato se divorciar dos termos do edital e da licitação como um todo, suavizando os quesitos a serem cumpridos, obviamente atirou-se a isonomia ao limbo, uma vez que, sob essas novas condições, os que se saíram derrotados da disputa também poderiam reduzir seus preços. O efeito é que, em decorrência do contrato, se quebra a isonomia, atingindo em cheio, conquanto já formalmente ultrapassada, a licitação pública.

Convém salientar, aliás, que é comum, vencida a disputa, deixar de fiscalizar o contrato segundo os parâmetros da licitação. É absolutamente inaproveitável o certame se a sua execução é renegada ao segundo plano. Tão ou mais importante do que um procedimento licitatório correto, de acordo com os princípios que o informam, são o contrato e sua execução.

Destarte, afora a feitura do contrato, é também fundamental à isonomia atentar-se para as alterações que porventura sejam dele decorrentes.

O artigo 65 da Lei em apreço autoriza a alteração dos contratos, sempre amplamente motivado, de maneira unilateral, (I) quando houver modificação do projeto ou especificações (a); quando ocorrer mudança no valor do contrato em virtude de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (b). Doutro lado, em virtude de acordo entre as partes (II), quando conveniente mudar a garantia (a); quando necessária a mudança do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento (b); quando necessária a modificação da forma de pagamento (c); e, por fim, para manter o equilíbrio econômico-financeiro (d).

Afora a enunciação legal, importa acentuar que qualquer alteração do contrato administrativo deve ter arrimo em relevantíssimo interesse público. Alterando-se o contrato, altera-se, em processo de inversão, o próprio edital. Se a licitação tem um sentido, e a avença original o mantém, mas a execução dele se distancia, sem esforço

algum, percebe-se que a mudança é sentida no procedimento licitatório, comprometendo as condições da disputa.

Para que todos sejam tratados igualmente, é imprescindível que as condições que estabeleceram as propostas dos licitantes sejam mantidas no contrato e em sua execução. Sob novos requisitos, outra seria a proposta dos participantes da licitação.

Por isto, afirma-se que o contrato deve ser alterado em situações realmente excepcionais, pautando-se sempre, repita-se, por justificativa de relevante interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desta dissertação reafirma-se seu propósito nuclear de fomentar o debate em torno da licitação pública, mediante a análise vertical do princípio da isonomia na qualidade de elemento conceitual inafastável e prevalecente, sublinhando-se as seguintes considerações:

1. Os princípios jurídicos são defluentes dos valores sociais e retratam a pluralidade. Deste modo, é procedente a afirmação de Dworkin no sentido de ligá-los à justiça ou a alguma outra dimensão da moralidade, introduzindo-os no sistema jurídico.

Aliás, a finalidade de se fazer justiça é o pressuposto do Direito, não sendo crível idealizá-lo sem tê-la como fundamento.

Destarte, se o ponto nodal do Direito é a justiça e, por sua vez, os valores sociais sobre o justo são incorporados através dos princípios jurídicos, estes ostentam a mais ampla normatividade, preponderando em relação às regras jurídicas e às outras proposições normativas.

2. Os princípios atuam no sistema jurídico sob duas formas. Primeiramente, consoante o entendimento que se pode denominar tradicional, os princípios são *termos referenciais*, ou seja, servem como diretriz a orientar e justificar tomadas de posições, corroborando uma linha de argumentação, bem como auxiliando a resolver lacunas e obscuridades do ordenamento. Em segundo lugar, e esta é a acepção de vanguarda, os princípios são *normas jurídicas* em sua plenitude, ordenando e impondo condutas, dando azo também a direitos subjetivos.

A qualidade de termo referencial e norma não são excludentes e exprimem a amplitude com que os princípios incidem no sistema jurídico. Todavia, o grande avanço está em sua condição normativa, vinculando decisões que lhes são potencialmente exclusivas e diretamente decorrentes.

3. Dentro do espectro das normas jurídicas destacam-se os princípios e as regras.

As regras têm sua incidência restrita aos respectivos pressupostos de fato, sendo aplicadas disjuntivamente, uma vez que, se há exceções, devem-se enunciá-las no próprio corpo normativo ou, ao menos, é possível fazê-lo. Na mesma senda, as regras, já que dispostas de forma hierárquica, se aplicam sob a lógica do tudo ou nada, são válidas ou inválidas, logo não admitem ponderação.

Os princípios, por seu turno, são normas de elevada abstração e generalidade, não cingidos a pressupostos de fato. Desta sorte, é impossível serem previstas todas as exceções a um princípio, recebendo, por não serem hierarquizados, a ponderação e a otimização dos valores que representam no seio de uma Sociedade plural.

4. Os princípios classificam-se, quanto à expressão, em explícitos e implícitos. Aqueles estão positivados de forma expressa, literalmente escritos num corpo normativo; doutro lado, embora não escritos, os implícitos são percebidos pelo sentido das normas que regulam determinado instituto ou situação fática. Ressalve-se que ambos têm a mesma qualidade normativa.

No que tange à existência, os princípios dividem-se em originários e derivados. Os originários refletem os valores primários da Sociedade; são de elevada abstração e generalidade e se estendem por um grande número de hipóteses fático-jurídicas. Os princípios derivados são desdobramentos daqueles originários, servindo para esclarecer situações especiais. Daí se contextualiza o conceito de rede principiológica, em que há a informação e a re-informação recíproca entre os princípios, ponderando-os mediante a razoabilidade, e conformando o jurídico à pluralidade dos valores sociais.

5. Os princípios jurídicos, à luz de sua abstração e generalidade, além de manifestar ao Direito os valores sociais, ligando-o à justiça e à moralidade, atribuem a ele coerência, direcionando os valores e as finalidades à concreção de um sistema jurídico.

Demais disto, haja vista que a hermenêutica de um princípio jurídico é obtida em razão da ponderação razoável das condicionantes de fato, alterando-se os valores, altera-se o respectivo entendimento. Assim, os princípios permitem que o sistema jurídico se revitalize, sem que seja necessário mudar os diplomas normativos. Tão-só se apruma a hermenêutica às condições de fato permeadas pelos valores sociais.

6. Dentre os valores sociais que se referem diretamente à justiça está a igualdade. Contudo, os homens e a Sociedade são plurais e, portanto, desiguais. Não obstante isso, o valor da igualdade repousa na dignidade de todos os homens, nos ditos

Direitos Humanos. Por mais desiguais que duas pessoas sejam, sempre serão pessoas, e, por corolário, sob este prisma, são iguais.

Pressupondo que a igualdade é o valor que reside na própria condição humana, ela se constitui numa das mais relevantes expressões axiológicas a serem adotadas pela ordem jurídica. Na ponderação dos princípios jurídicos, aquele que resguarda a igualdade é importantíssimo, devendo ser tomado na devida conta.

7. Do valor social da igualdade nasceu o princípio jurídico da isonomia. Inicialmente, ele foi jungido à igualdade perante a lei. Isto é, exigia-se isonomia apenas do Executivo e do Judiciário. No entanto, aqueles que elaboravam as leis dispunham de total liberalidade, podendo prescrever quaisquer discriminações. Sem embargo, devido à amplitude do valor da igualdade, não se pode privar o Legislativo de prestar obséquio a princípio de tal magnitude. A ordem jurídica veda discriminações infundadas, venham de onde vierem.

Mesmo incidindo em todo o tecido jurídico e ciente que, para logr-la, necessário se faz tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, resta precisar quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como determinar a exata proporção de referido tratamento. Para cumprir tal desiderato, é inevitável recorrer à teoria dos princípios, autorizando-se a ação desigual, quando amparada pela ponderação razoável de uma desigualdade de fato efetivamente existente.

8. No âmbito do largo conteúdo isonômico, há os aspectos negativo e o positivo. Aquele impõe a igualdade através da abstenção do poder público em tomar medidas desiguais. O positivo, por sua vez, exige um agir diferenciado visando ao equilíbrio das interações sociais. Ambos se completam; todavia, há de se refutar o entendimento que leva ao extremo o aspecto negativo, interpretando-o isoladamente, subsumindo os princípios às injustiças sociais. O mérito está na conjunção das duas perspectivas: tratam-se todos com igualdade, salvo se para dirimir, com vistas na razoabilidade, alguma desigualdade.

9. O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-las. *A priori*, prestigiando o aspecto negativo, todos os que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com igualdade, ser tratados. Este é um enunciado que comporta exceções. Portanto, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de

fato. Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, com remissão a Alexy, se fere o *mínimo vital*, a saber, aquilo que a falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais.

10. Os princípios, enquanto expressão dos valores sociais ao Direito, estão no ápice do sistema jurídico, incidindo, quer sobre pessoas privadas, quer sobre pessoas públicas. No que tange ao regime público, este é talhado pela consecução do interesse público, outorgando à Administração uma série de prerrogativas e privilégios e, doutro lado, impõe um agir rigorosamente ditado pela moral e eqüidade. Tais perspectivas, à primeira vista, parecem contraditórias; entretanto, a virtude no trato da coisa pública reside em alcançar o ponto que revela sua compatibilidade.

Nesse contexto, os dois princípios jurídicos que melhor retratam a interação entre prerrogativas e eqüidade são, respectivamente, a eficiência e a isonomia. Em atenção à eficiência, a Administração deve satisfazer às finalidades para as quais ela existe, prestando serviços com qualidade e agilidade, atingindo padrão de excelência. No que se refere à isonomia, importa tratar os iguais com igualdade e, para dirimir as desigualdades, tratar desigualmente os desiguais.

11. Dentre os atos usuais praticados pela Administração Pública para cumprir suas finalidades estão os contratos administrativos. Ora, refletindo a tensão entre as prerrogativas e o agir equânime, entre a eficiência e a isonomia, ao celebrá-los a Administração deve entabular o melhor negócio, a saber, o melhor preço, a melhor qualidade e fazê-lo com agilidade, bem como tratar todos os particulares interessados com igualdade, sendo vedados qualquer sorte de benefícios ou encargos diferenciados que não residam no interesse público.

Deste modo, exsurge a licitação pública como procedimento condicional à celebração de um contrato administrativo, mediante o qual a Administração torna pública a sua intenção de efetuar-lo, esperando, com isso, que particulares concorram, devendo, ao cotejar suas propostas, aferir aquela que seja mais vantajosa (eficiência), recebendo-as, como pressuposto de legalidade e legitimidade, com igualdade, sem privilegiar apadrinhados, nem tampouco desfavorecer desafortunados (isonomia).

12. Dentre os princípios explícitos e implícitos, originários e derivados, bem como previstos na Constituição ou em outros diplomas normativos, arma-se a rede principiológica das licitações públicas, agregando, através da interação de seus enunciados, elementos à adequada apreensão do certame.

O princípio da *legalidade* enrijece-se à Administração Pública, pois os seus agentes exercem um *múnus publicum*, circunscrevendo-lhes a ação ao permitido ou autorizado por lei. Todavia, o conceito de legalidade não está cingido tão-somente à lei, porém sua projeção é ampliada ao Direito, albergando também os outros princípios jurídicos. Na licitação pública, a legalidade é frisada, dado que é a lei que prevê o procedimento a ser adotado, sempre, repita-se, sendo compatível com os princípios que a ela informam.

O princípio da *moralidade* traduz o que é honesto e virtuoso em face dos valores sociais, ao padrão de comportamento reconhecido como apropriado. Neste sentido, o conceito de moral aproxima-se do conceito de princípios jurídicos. A moral é o valor que os determina.

Sem embargo, na esfera administrativa, além de fundamentar a teoria do desvio de poder, o princípio é estreitamente vinculado à *razoabilidade* que significa o prudente, o consentâneo aos valores sociais e, por ilação, à própria moralidade. Portanto, a moralidade determina a razoabilidade, impondo - e incluindo as licitações - a boa-fé no agir administrativo.

O princípio da *impessoalidade*, em primeira acepção, confunde-se com o próprio princípio da isonomia, já que ambos vedam distinções pessoais. Quer dizer que os particulares ou os agentes administrativos não podem gozar de benefícios pessoais em detrimento daquilo que é público. No âmbito licitatório, como decorrência, o princípio tolhe manifestações pessoais, implicando, também, na atenuação do subjetivismo.

O princípio da *publicidade* depreende-se da própria definição de *República*. É pressuposto do Estado de Direito, da democracia, da cidadania e da legitimidade, uma vez que confere amplo direito a todos no sentido de que tenham conhecimento dos atos administrativos, propiciando a fiscalização e o controle social. É a pedra angular da licitação que, como o próprio nome revela, é pública. Os licitantes são tratados com igualdade desde que todos tenham igual e completa informação sobre o certame.

O princípio da *competitividade* é basilar ao certame. Se não há disputa, se não há competição, então não há licitação. Ele consiste no elo entre a isonomia e a

eficiência, porque, pressupondo que os licitantes disputem em igualdade, é o meio de haurir àquele que apresente a melhor proposta, a mais eficiente.

Uma vez iniciado o procedimento licitatório, todo ele deve ser regido pelos termos do instrumento que convocou os interessados à disputa (princípio da *vinculação ao instrumento convocatório*). Não se pode, no curso do certame, alterá-lo sem oportunizar aos interessados adequarem-se à nova situação. Além disso, com remissão à impessoalidade, o julgamento das propostas não há de se realizar ao sabor dos agentes administrativos, devendo-se ater à objetividade prescrita no instrumento convocatório (princípio do *julgamento objetivo*).

13. Cinco são as modalidades de licitação pública:

A *concorrência* é destinada aos contratos de elevado valor ou de especial importância, cuja rigidez do procedimento visa a garantir sua lisura. Inicia-se com o edital, devidamente publicado, devendo os interessados qualificarem-se em fase própria.

A *tomada de preços* serve a contratos que se aproximam de um montante mediano. O edital é publicado, porém os interessados têm a oportunidade de, antes do oferecimento das propostas, cadastrarem-se. Agiliza-se o procedimento, vencendo-se uma fase.

O *convite* é modalidade que, em vez de valer-se de edital, tornando público os termos da licitação à participação de todos os interessados, restringe-se a convidar três pessoas do ramo pertinente a participarem do certame, fixando-se tal documento em lugar apropriado. Viola flagrantemente o princípio da isonomia, pois, embora se trate de um negócio público, convida-se e, por ilação, beneficia-se três particulares. Se três virtuais interessados recebem convite e tantos outros nem sequer tomam ciência da licitação em publicações oficiais ou em periódicos comerciais, há tratamento desigual, que não se afaz à isonomia.

A modalidade *concurso* destina-se a escolher o melhor trabalho técnico, científico e artístico; e, por fim, o *leilão* objetiva à venda de bens móveis e imóveis, saindo-se vencedor aquele que oferece o maior lance.

14. A Administração Pública, ao realizar um contrato, por imperativo moral e de equidade, deve conferir iguais oportunidades a todos os interessados em firmá-lo. Por isso nasceu a licitação pública, derivada da isonomia. Conquanto seja obrigatória a licitação como condição prévia à celebração de um contrato, por vezes, em situações excepcionais, outros princípios se apresentam e, no processo de ponderação que lhes é peculiar, têm o condão de atenuar ou afastar a isonomia, justificando a dispensa da

licitação. Em outras hipóteses, não se pode realizá-la porque impossível é a competição, configurando-se sua inexigibilidade.

17. O procedimento licitatório começa com a habilitação dos licitantes. Nesta fase avaliam-se as condições de cada qual em honrar o contrato, jungindo-se, por força do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, às "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Frisa-se que quaisquer outras exigências estranhas a este propósito frustam a competitividade e a isonomia.

O instrumento convocatório é o principal documento da licitação pública, devendo conter todas as características, requisitos e particularidades da disputa. Há de enunciar precisamente o objeto da licitação, sem limitar ou ampliá-lo em demasia para que todos aqueles que são aptos a satisfazer o interesse público avaliem suas reais possibilidades.

No que tange ao julgamento, há três critérios: *menor preço, melhor técnica e técnica e preço*. O critério centrado no preço é o mais objetivo. Contudo, cingir o julgamento a referido fator despreza aqueles que primam pela qualidade, violando-se a isonomia. Em inúmeros casos não se fazem distinções cruciais quanto à qualidade; no entanto, quando tal fator implica variação do preço, deve o julgamento considerá-lo.

18. A finalidade da licitação pública é imprimir lisura aos contratos administrativos. A avença deve respeitar os termos do certame, constituindo-se em sua extensão. Ressalvadas as exceções legais (artigo 65 da Lei n. 8.666/93), não se pode licitar em condições "X" e contratar em "Y". Se a disputa fosse de tal modo, outros particulares poderiam se interessar na licitação; bem como o julgamento poderia ser em outro sentido, comprometendo, por via indireta, a isonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Doutrina

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Enesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Cury. 3 ed.. Brasília: UnB, 1997.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed.. 6. tir.. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed.. São Paulo: Bushatsky, 1980.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços. Discursos, Orações e Conferências*. São Paulo: Iracema, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3. ed..
Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil. Fontes e
Interpretação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, s/d. v.1.

BELL, Lindolf. *Pré-textos para um fio de esperança*. Florianópolis: BADESC, 1994. p. XII.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite
dos Santos. 6 ed.. Brasília: Unb, 1995.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:
Campus, 1992.

_____. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de
Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A Isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição
Federal. A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, José Souto Maior. *Pro-Dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios
Constitucionais*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*.
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro:
Forense, 1977.

CAMPOS, Francisco. *Igualdade de todos perante a lei*. *Revista de Direito Administrativo*.
Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1947. v. X.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed.. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica. Ética e Justiça*. 2 ed.. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. v. I. 5 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Moralidade e boa-fé nas licitações e contratos administrativos*. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986
-
- _____. *Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 5 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COHN, Gabriel (org.). *Sociologia*. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 9 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. II. São Paulo: Forense, 1966.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4 ed.. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. nº 141. Brasília: Senado Federal, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito Administrativo*. 10 ed.. São Paulo: Atlas, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *O Princípio da Igualdade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1968. v. 1.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. v. 1.

GARCIA, Maria. *Estudos sobre a lei de Licitações e Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1.

JACQUES, Paulino. *Da Igualdade Perante a Lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed.. Curitiba: Dialética, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed.. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.

LASSALE, Fernand. *A Essência da Constituição*. 3 ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La Forma dei poder. Estudios sobre la Constitución*. 2 ed.. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Anoar Aux e E. Jacy Monteiro. 2 ed.. São Paulo: Abril, 1979 (Coleção Os Pensadores).

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6 ed.. Madrid: Tecnos, 1995

MARTINS, Ives Gandra. *Questões de Direito Administrativo*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed.. São Paulo: Malheiros, 1999 (Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo et. Al.).

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11 ed.. São Paulo: Malheiros, 1996 (Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes).

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo II.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MUKAI, Toshio. *O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- OSÓRIO, Antônio Carlos Elizalde. Justiça Social e Igualdade Humana. *In Anais da IX Conferência Nacional dos Advogados*. Florianópolis, 1982.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.
- _____. *Função social do Estado contemporâneo*. 2. ed.. Florianópolis: Estudantil, 1988.
- _____. *Reflexões sobre o poder e o direito*. 2. ed.. Florianópolis: Estudantil, 1986.
- PRADE, Pérciles. Discriminação da Mulher e o Princípio da Igualdade. *In Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Lições Preliminares de Direito*. 12.. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa e BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Trad. R.L. Viana. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

_____. *Discurso sôbre a origem da desigualdade*. Trad. Maria Lacerda de Moura. Rio de Janeiro: Athena, s/d.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la interpretación dei Derecho*. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 14. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
(Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves)

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2 ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. *Revista de Direito Administrativo*. v. 206. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

TEIXEIRA. J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991 (Organizado e atualizado por Maria Garcia).

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ducril, Ley, Derechos y Justicia*. Trad. Marina Grecón Madrid: Trotta, 1995.

2. Jurisprudência

BRASIL. Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1258. Rel. Min. Otávio Gallotti. Diário de Justiça de 06.09.1985.

BRASIL. Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1185. Rel. Min. Décio Miranda. Julgado. 08.08.1984. Diário de Justiça de 14.09.84, p. 14914).

BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5597. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Diário de Justiça de 01.06.1998, p. 00025

BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça de 10.08.1998, p. 00004

BRASIL. Santa Catarina. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Rel. Des. Nestor Silveira. Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina de 19 de dezembro de 1995.

BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5418. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Diário de Justiça de 01.06.1998, p. 00024.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 43856. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Diário de Justiça de 04.09.1995, p. 27804.

BRASIL. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5287. Rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça de 09.03.1998, p. 00004.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Diário de Justiça de 25.04.1989, p. 09196.