

A equalização das propostas nas licitações sob a ótica da nova interpretação constitucional

*Alessandro Martins Gomes**

1. Introdução

Pouco mais de duas décadas de vida de uma nova Constituição são insuficientes para permear na sociedade todos os seus valores. Não é difícil observar que as normas constitucionais ainda não foram totalmente compreendidas. Muitas vezes o foram, é verdade, mas, mesmo assim, não lograram êxito em serem efetivadas. Será que a sociedade não estava pronta para receber a Constituição de 1988 como promulgada?

Várias teorias buscam legitimar o texto Magno. De certo, ao mesmo tempo em que busca ser descritiva, a teoria da constituição deve ser também prospectiva, reconstruindo o significado do texto constitucional, dando-lhe contornos democráticos[1]. Em parte, é o que se pretende fazer neste estudo.

Somente após o advento da Constituição de 1988 o dever da Administração Pública em licitar - existente apenas na legislação infraconstitucional até então - foi erigido a cânone constitucional.

Em Constituições pretéritas, a autoridade se personalizava, ao invés de institucionalizar-se, como bem preleciona LUÍS ROBERTO BARROSO[2]. E assim, a corrupção firmava suas raízes na máquina administrativa, tornando os homens públicos reféns de uma grande “troca de favores”.

Um dos mecanismos para trazer lisura às contratações do Poder Público foi a instituição da obrigatoriedade do procedimento de licitação. Buscava-se evitar a seleção desmotivada – e arbitrária, diga-se de passagem – de quem seria contratado pelo Estado para realizar determinada atividade.

Sob outro prisma, o direito a participar das licitações em igualdade de condições com os demais concorrentes consubstancia um direito fundamental, e deve ser observado (e promovido) pelo Estado. Neste ponto, surge a problemática da equalização das propostas nas licitações.

Algumas sociedades fazem jus a um regime tributário mais brando do que as demais. Obviamente, isto faz com que os serviços prestados por elas sejam, em regra, mais baratos,

em virtude da não-incidência ou isenção de alguns tributos sobre seus atos. Menos carga tributária, preço menor.

Isto cria uma vantagem às referidas sociedades em certames licitatórios, uma vez que, na maioria das vezes, os tipos de licitação levam em conta o valor da proposta para decidir quem será o licitante vencedor.

Por isso, há algum tempo, uma prática no âmbito administrativo dos Poderes tem sido observada e gerado uma certa polêmica: a equalização das propostas nas licitações. O raciocínio é simples: em nome da isonomia, as propostas dos concorrentes (beneficiados pela não-incidência ou isenção tributárias) devem ser hipoteticamente majoradas por determinada fórmula matemática, levando em consideração os tributos – devidos pelos outros licitantes - que não incidem sobre suas atividades.

O Estatuto das Licitações prevê expressamente a prática da equalização em concorrências internacionais. Quanto às licitações nacionais, não há qualquer ato normativo a respeito. Nesta seara, as principais afetadas com a equalização são as cooperativas, que gozam da não-incidência de alguns tributos sobre os atos cooperativos.

Mas até que ponto, em nome da isonomia, deve-se onerar as sociedades que fazem jus a um regime fiscal mais benéfico? O princípio da isonomia tem o condão de legitimar a equalização das propostas?

Não basta uma resposta objetiva, carecedora de maiores fundamentações. Toda intervenção estatal em um direito fundamental deve ser constitucionalmente justificada[3], possibilitando, assim, um maior controle sobre os atos do Poder Público.

Portanto, o objeto do presente estudo é analisar a constitucionalidade da equalização das propostas na licitação, sob a ótica da nova interpretação constitucional.

Para uma melhor compreensão do tema, o leitor será remetido a uma breve explanação sobre a ciência da hermenêutica, para que, de forma racionalmente justificada, possa chegar a uma conclusão acerca da compatibilidade da prática ora em questão com a Constituição.

2. Um breve histórico sobre a nova interpretação constitucional

A existência de um governo desprovido de qualquer legitimidade democrática, cujas atrocidades ainda ecoam nas gerações mais jovens, não podia culminar em outro resultado senão na total irrelevância da Constituição. E assim foi o Governo Militar, que, a partir de 1964, começou a se instalar no país, suprimindo direitos fundamentais outrora consagrados e trazendo à baila os mais fortes traços de autoritarismo.

A Constituição passou a ser considerada um mero “pedaço de papel”, incapaz de inspirar até mesmo os defensores mais fervorosos da ordem democrática. O que impulsionava os revolucionários era justamente o contrário: a luta por uma nova Carta

Política, que refletisse os anseios da sociedade de forma real, trazendo de volta a tão sonhada democracia. Mas a história mostra que não foi fácil atingir este desiderato.

Mas é verdade que mesmo antes do Governo Militar, a Constituição não gozava da força normativa necessária a fazer valer todos os seus comandos. O próprio RUY BARBOSA – um dos maiores defensores do constitucionalismo em sua época - classificava as normas constitucionais, baseado nas lições de George Tucker, em normas “self executing” e “not self executing” [4]. As primeiras estariam aptas, desde sua entrada em vigor, a produzir efeitos jurídicos, mas as segundas, ao revés, dependeriam da conformação legislativa para produzirem efeitos.

Somente após o advento da Constituição de 1988 a interpretação constitucional começa a tomar lugar de destaque em nosso sistema jurídico. Com a força normativa atribuída à Lex Fundamentalís, era necessário voltar a atenção para a hermenêutica constitucional, que passaria a irradiar os efeitos das normas constitucionais para todo o restante do ordenamento jurídico[5].

Foi quando começou a ganhar força em terras tupiniquins um novo movimento, que buscava reconhecer os valores insculpidos na Constituição, pretendendo dotar as normas constitucionais de efetividade. É introduzido no Brasil, neste momento, o pós-positivismo.

Insurgiam-se seus defensores contra a inefetividade da Constituição, pregando a aplicação do que viria a ser denominada “a nova interpretação constitucional”, com uma outra concepção da hermenêutica, considerando, na atividade interpretativa, um fator há muito desconsiderado: a força normativa da Constituição.

Mas o que seriam as normas? Com a incredibilidade sob a qual pairava a ciência da interpretação, em virtude do Governo Militar, que se negou a conferir qualquer efetividade à Constituição, a própria conceituação da norma constitucional, há pouco tempo, era algo que não encontrava uma sistematização científica[6] capaz de dar-lhe contornos concretos.

2.1 Da norma constitucional

A norma é o resultado do processo da interpretação de um texto normativo, que, levando em conta fatores vários, tem o seu sentido desvendado pelo intérprete. Assim, a concepção do operador do Direito quanto a determinados valores, sua experiência de vida e outras particularidades, influem consideravelmente na atribuição de significado a uma norma. Os conceitos jurídicos indeterminados são o mais claro exemplo disso. O que é “tratamento desumano”, proibido pelo art. 5º, III, da Constituição? Para um carcereiro de uma unidade prisional, alocar vinte detentos em uma cela de 10m² pode estar longe de se enquadrar como qualquer prática desumana. Para uma comissão de direitos humanos, a conclusão, com certeza, seria em sentido diametralmente oposto.

Com isso é possível afirmar que a concepção de vida do intérprete influencia no desvendamento do sentido de uma norma. Há casos em que duas pessoas, ao analisarem o mesmo dispositivo, extraem normas com significados diversos. Daí a afirmação de EROS

ROBERTO GRAU, parafraseando RUIZ e CÁRCOVA[7], de que o texto normativo, enquanto tal, nada diz; ele diz o que o intérprete diz que ele diz.

Mas é importante frisar que o programa normativo do dispositivo interpretado jamais pode ser desconsiderado, servindo, ao mesmo tempo, como objeto e como limite à atividade interpretativa. Como objeto, o texto normativo é o ponto de partida do intérprete, que, ao analisar os seus signos lingüísticos, construirá, orientado por vários fatores, a norma. Como limite, o dispositivo normativo serve como uma barreira, a qual o intérprete não poderá ultrapassar[8].

Finda a interpretação, e extraída a norma, duas formas podem tê-la revestido: a de princípio ou a de regra.

2.1.1 Dos princípios

Não raro vemos na Constituição valores consagrados, os quais devem ser ao máximo promovidos. São os denominados princípios constitucionais.

Como exemplo clássico, temos as normas constantes no catálogo dos direitos fundamentais, que, para a maioria da doutrina, são estruturalmente concebidas como princípios[9].

A estrutura dos princípios, ao contrário das regras, permite-os veicular valores por meio de mandamentos abstratos, que visam a atingir gradativamente um estado ideal de coisas. A título ilustrativo, o princípio da isonomia, inserto no rol dos direitos fundamentais, tem por fim promover ao máximo a igualdade entre os desiguais, colocando-os em pé de igualdade. O valor da igualdade vai inspirar a todos os Poderes no desempenho das funções estatais: ao Executivo, na administração do Estado; ao Legislativo, na função legiferante; ao Judiciário, na perquirição da norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto.

Além da pluralidade de valores veiculada nos princípios constitucionais – principalmente em virtude do caráter compromissário da Constituição -, diversas funções[10] são exercidas por esta categoria de norma no nosso sistema normativo.

Foram com as lições de RONALD DWORKIN[11] que os princípios ganharam a tão merecida importância, fortalecida, após, com a doutrina de ROBERT ALEXY, que os definiu como “mandados de otimização”. Para este último autor, os princípios conteriam uma determinação para que fossem promovidos ao máximo os valores neles consagrados.

Conclui-se que, no corpo dos princípios, ao contrário das regras, não há uma conduta pré-estabelecida a ser adotada. Há, isto sim, um valor que vai orientar o intérprete na escolha da decisão mais adequada ao caso concreto.

Para apreender o conceito de princípio, é fundamental a análise da estrutura das regras, como explanado no tópico a seguir.

2.1.2. Das regras

As regras são normas que contêm em seu interior uma conduta a ser observada, sob pena da aplicação de uma consequência jurídica. São tipos estruturados segundo o método hipotético-condicional (se / então)[12].

Assim, é possível dizer que toda regra veicula uma hipótese, que, se preenchida, então deverá culminar em uma consequência jurídica, prevista na própria norma.

Ao contrário dos princípios, as regras estabelecem qual é a conduta a ser adotada, e, por isso, não há lugar para o processo de ponderação.

A título ilustrativo, a nossa Carta Política dispõe, em seu art. 37, II, que a investidura em cargo ou emprego público deve ser precedida por concurso público, salvo as nomeações para cargos em comissão e funções de confiança. O § 2º do mesmo artigo dispõe que “A não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”.

Podemos extrair do dispositivo acima mencionado uma regra, no sentido de que se algum cargo de provimento efetivo for preenchido sem concurso público, então deve ser declarada a nulidade da nomeação e punida a autoridade responsável pela ilegalidade cometida.

Não há como deixar de aplicar a regra. Preenchido o seu suporte fático, a consequência jurídica deve ser implementada.

2.2 Da solução do conflito normativo

A depender do tipo de normas (regras ou princípios) em conflito, teremos um método a aplicar.

As regras, quando em colisão, abrem apenas duas alternativas: ou é declarada a invalidade de uma delas ou é aberta uma exceção, para que apenas a regra excepcionadora seja integralmente aplicada. Não há como aplicá-las conjuntamente. Por isso, DWORKIN define este método de resolução de conflito como all-or-nothing. Ou se aplica uma regra por inteiro, ou não, caso em que outra será integralmente observada. Com os princípios, a questão toma outros contornos.

Em virtude da imprevisibilidade do comportamento humano, é impossível ao legislador regular todos os tipos de relações. Há casos, portanto, em que a subsunção da conduta humana à hipótese prevista em abstrato pela lei (regra) não é suficiente. Trata-se dos hard cases, nos quais é exigido do intérprete um esforço maior para a solução do caso colocado perante seu crivo.

De fato, quando da elaboração da Constituição, os mais diversos grupos sociais participaram da sua discussão na Constituinte, lutando pela positivação dos valores que lhes eram mais caros.

O resultado foi a promulgação de uma Constituição compromissária, que terminou por consagrar interesses de vários grupos. Nada mais natural em um país plural como o Brasil, dotado de uma imensa diversidade cultural. Mas, não raro, estes valores, em determinados casos, colidem, e entra em cena a técnica da ponderação de princípios.

A ponderação é uma técnica de decisão jurídica[13]. Para fins de sistematização, HUMBERTO ÁVILA denomina-a “postulado normativo aplicativo”, deixando claro que, ao contrário dos princípios, não há qualquer valor sendo veiculado[14] na norma que consagra a ponderação. Porém, mais importante que a nomenclatura é a sua sistematização, de forma a permitir ao operador do Direito chegar a conclusões racionalmente justificadas, evitando, assim, eventuais “decisionismos” e possibilitando o controle das decisões tomadas.

No processo de ponderação, duas ou mais normas apontarão para soluções em sentido oposto. Deve-se levar em conta as circunstâncias do caso concreto para, através da argumentação racionalmente justificada, decidir qual princípio vai imbricar sobre o outro, extraindo, daí, a norma de decisão, que solucionará o conflito.

A ponderação se faz necessária nos conflitos normativos entre princípios, pois não há em nosso ordenamento jurídico as “normas constitucionais inconstitucionais” (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)[15], e a necessidade de harmonizar os princípios em colisão é imperiosa.

3. Do princípio da igualdade na licitação

Não há dúvidas quanto à obrigatoriedade da observância da isonomia pela Administração Pública nos certames licitatórios. Mas qual a extensão dos efeitos desta norma? É uma garantia que visa tão-somente a proteger os particulares? Por trás de simples perguntas, respostas complexas se põem.

A Constituição da República, em seu art. 37, XXI, dispõe que:

“Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

O dispositivo ora em análise expressa que a licitação deverá assegurar a “igualdade de condições a todos os concorrentes”. Pode ser extraído, do texto normativo em comento, um subprincípio, o qual, para o fim deste estudo, denominaremos de princípio da igualdade na licitação. A sua função é explicada a seguir, para que o leitor melhor se atenha ao tema.

Há princípios vários corporificados na Lei Maior cujos significados são delimitados por subprincípios, que são normas mais específicas a serem aplicadas diretamente a determinadas situações do que as normas gerais. Entra em cena a chamada função definitória dos princípios[16], que consiste na delimitação, pelos (sub)princípios, da extensão do comando veiculado nos (sobre)princípios que lhes são axiologicamente superiores.

Para ilustrar, tomemos como exemplo um caso ocorrido no Município do Rio de Janeiro.

No ano de 2007, foi publicado edital do concurso público para o cargo de Guarda Municipal, dispondo que seria “considerado INAPTO o candidato que possuir menos de 20 (vinte) dentes, sendo 10 (dez) em cada arcada”, com a sua posterior exclusão do certame. Previsivelmente, com as críticas de vários setores da sociedade, não tardou muito para que o próprio órgão que promoveu o concurso resolvesse anulá-lo.

Mas quais princípios constitucionais foram violados com aquela exigência? O da isonomia, com certeza. No entanto, é importante ressaltar que o conteúdo desta norma é delimitado pelo (sub)princípio do livre acesso aos cargos públicos, que assegura o direito a todos os brasileiros de concorrerem a uma vaga para cargos, empregos ou funções públicas, desde que atendidos aos requisitos (razoavelmente) fixados em lei.

Assim, é correto afirmar que se o requisito para a posse em determinado cargo, emprego ou função for justificável em razão do exercício das respectivas atribuições do agente público, não há qualquer ofensa ao (sub)princípio do livre acesso aos cargos públicos, e, conseqüentemente, tampouco ao (sobre)princípio da isonomia. Vê-se que o conteúdo do princípio da isonomia tem o seu alcance, no caso em análise, definido pelo princípio do livre acesso aos cargos públicos. Esta é função definitória dos princípios, que faz com que uma norma mais específica (subprincípio) delimite, em determinadas situações, a extensão do princípio detentor de maior abstração.

Cumpra, neste ponto, analisar a extensão do princípio da isonomia, e a definição do seu âmbito de incidência pelo (sub)princípio da igualdade na licitação.

É fato que o princípio da isonomia não se limita apenas à sua feição formal, consubstanciada na “igualdade perante a lei”. Objetiva também a norma em comento criar condições para que os desiguais se ponham em pé de igualdade com aqueles que, de alguma forma, estejam em uma situação mais favorável, visando à promoção da chamada igualdade substancial.

No entanto, nas licitações, a isonomia não goza de alcance tão abrangente. O art. 37, XXI, da Constituição, do qual extraímos o princípio da igualdade na licitação, ao dispor

que os certames licitatórios devem promover a “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”, claramente pretende assegurar apenas uma vedação à discriminação dos concorrentes no edital, ou seja, as condições devem ser iguais para todos.

Chega-se, então, à extensão com a qual o princípio da isonomia vai ser aplicado nas licitações: apenas na medida da sua feição formal. Sem sombra de dúvidas, esta é a definição do (sobre)princípio da isonomia trazida pelo (sub)princípio da igualdade na licitação, nos casos de seleção pública de propostas.

Uma análise mais apressada poderia levar a concluir que esta seria a única razão para a não aplicação da feição material da isonomia em matéria de licitação. Ledo engano.

Quando a Administração Pública pretende licitar, ela deve, em observância ao princípio da eficiência, escolher a proposta mais vantajosa que lhe é apresentada. Justamente por isso, se fosse aplicado o critério da isonomia substancial nas licitações, dificilmente seria escolhida a proposta que mais benefícios trouxesse ao Poder Público. Não será trazido ao processo de ponderação deste estudo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que não merece guarida a alegação da sua existência[17].

Em atenção aos princípios da eficiência e da igualdade na licitação, é forçoso concluir que, em certames licitatórios, a isonomia que deve ser promovida pela Administração Pública é aquela que assegure a igualdade formal a todos os concorrentes (“igualdade perante a lei”) e não mais do que isso, refutando-se a idéia da aplicação da igualdade substancial.

Conclui-se, portanto, que a isonomia – embora limitada em sua extensão -, quando aplicada a processos de licitação, é uma benesse voltada não somente ao particular, mas, principalmente, à Administração Pública, que se beneficiará com a melhor proposta.

4. Da concorrência internacional

Nos procedimentos de licitação, é na fase do julgamento o momento em que a Administração Pública irá decidir qual é a melhor proposta, para que, após, possa declarar o vencedor do certame e adjudicar-lhe o objeto do contrato.

Dependendo do tipo de licitação, o julgamento pode ser pautado nos critérios de “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”, nos termos do art. 45, § 1o, da Lei nº 8.666/93. Portanto, o valor pelo qual o licitante pretende prestar um serviço ou alienar um bem influi de forma decisiva no julgamento das propostas, a exceção do tipo “de melhor técnica”, que, por não se incluir no tema aqui tratado, será excluído deste estudo.

Nas concorrências internacionais, o Estatuto das Licitações determina que, para fins de julgamento, as propostas de licitantes estrangeiros sejam acrescidas dos tributos incidentes exclusivamente os concorrentes nacionais, como transcrito a seguir:

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

(...)

§ 4º - Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.”

O que o dispositivo acima pretende dizer é que, ao julgar as propostas, se houver um regime tributário que favoreça os licitantes estrangeiros em detrimento dos licitantes nacionais, dever-se-á adotar uma fórmula para, hipoteticamente, equalizar as propostas.

Assim, se um licitante estrangeiro não paga determinado tributo que é devido pelo licitante nacional, a sua proposta – que tende a ser menor, em virtude do regime tributário mais brando - será hipoteticamente aumentada, com uma fórmula que simule o valor da sua proposta caso fosse pago os tributo. Com o valor simulado da proposta do licitante estrangeiro, far-se-á o julgamento da licitação. Note-se que a proposta não é majorada de forma real, mas, apenas, “para fins de julgamento”, como diz a lei.

Da redação do dispositivo em comento soa claro que não é qualquer tributo que pode ensejar a equalização, mas tão-somente aqueles que onerem os licitantes brasileiros “quanto à operação final de venda”. Mas o que se entender por tributos que onerem a “operação final de venda”?

Não obstante as divergências doutrinárias, temos que os tributos que oneram a “operação final de venda” são aqueles que são repassados aos contribuintes de fato, embutidos no valor do bem e pagos pelo adquirente no final da cadeia produtiva. Esta parece ser a melhor exegese do dispositivo sob análise, uma vez que, ao alargar demais o alcance da expressão, chegaríamos à hipótese em que qualquer tributo poderia onerar a operação final de venda. Se fosse esta a intenção da lei, com certeza a expressão “quanto à operação final de venda” não seria incluída, bastando a menção de que “as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros”.

Obviamente a intenção do legislador foi a de não deixar que as sociedades empresariais estrangeiras se sobrepusessem sobre as nacionais, criando, para tanto, um mecanismo de proteção, equalizando as propostas nas concorrências internacionais, e colocando-as em um patamar que não eliminasse a competitividade do comércio e da indústria nacionais.

Mas até que ponto pode a lei excepcionar a Constituição, ou, mais precisamente, o princípio da isonomia? Se o princípio da igualdade na licitação, com sua função

bloqueadora[18], dispõe que aos licitantes devem ser asseguradas as mesmas “igualdades de condições”, estaria a lei ordinária abrindo uma exceção à Constituição, eivada, portanto, de inconstitucionalidade? De maneira alguma.

No texto constitucional, consta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “garantir o desenvolvimento nacional”. Trata-se de uma norma programática, revestida com a forma de um princípio. E, assim, temos uma colisão de princípios: de um lado, o princípio da igualdade na licitação, e, de outro, o princípio que visa a garantir o desenvolvimento nacional.

Como já expresseo em tópico anterior, há valores vários consolidados no Texto Magno que, não raro, entram em conflito no caso concreto. Orientado pelo princípio da concordância prática, sempre que possível, o operador do Direito deve achar uma saída para evitar a quebra de sistema[19], harmonizando as normas em conflito.

Deve ser levado em conta o fato de que, caso não fosse feita a equalização, os licitantes estrangeiros com um regime tributário mais brando certamente teriam grande vantagem no certame, e, com a derrota dos licitantes nacionais, postos de trabalho deixariam de ser criados, e o incentivo ao desenvolvimento da indústria e do comércio nacionais restaria fragilizado.

Seria justo sacrificar o desenvolvimento nacional em nome da isonomia dos países que, no mais das vezes, não eliminam os subsídios aos seus produtos, protegendo o seu mercado interno e prejudicando as exportações brasileiras?

Tais fatos devem ser levados em conta no processo de ponderação, e, sendo assim, outra saída não vemos senão a de atribuir maior peso à norma que garante o desenvolvimento nacional, fazendo-a imbricar sobre o princípio da igualdade na licitação. Nestes casos, talvez a proposta não seja a mais vantajosa aos olhos do órgão licitante. Mas aos olhos do país será.

5. Da equalização das propostas das cooperativas

É inquestionável a benesse que as cooperativas têm recebido no tocante ao tratamento tributário, quanto aos atos cooperativos. Justamente por isso, há uma infundável controvérsia sobre a possibilidade da sua participação em certames licitatórios, o que não será objeto deste estudo.

Para alguns, uma das condições para admiti-las em licitações é a equalização das propostas. Mas, estando em jogo uma restrição a um direito fundamental, é necessário trazer algum fundamento constitucional que legitime tal prática.

A questão se resume na seguinte pergunta: tendo em vista o regime tributário mais benéfico dispensado às cooperativas, é possível a equalização das propostas entre elas e as sociedades empresárias, a fim de fazer imperar a isonomia?

Como já explanado em tópico anterior deste trabalho, a isonomia, por força da delimitação que lhe é dada pelo princípio da igualdade na licitação, só tem o condão de garantir a vedação da estipulação aos concorrentes de condições diferenciadas no edital. Portanto, não é caso de ponderar os princípios em conflito, pois não há o que sopesar.

Para que não haja uma má compreensão do tema, cumpre tecer breves comentários sobre as teorias externa e interna acerca da restrição dos direitos fundamentais.

A teoria interna prega a definição, de antemão, do conteúdo dos direitos fundamentais, sem a análise do caso concreto, estatuindo obrigações definitivas. Os limites do direito, para esta teoria, já estariam delimitados no plano abstrato, excluindo determinadas posições jurídicas de seu âmbito de proteção. Assim, o direito de locomoção, a título de exemplo, não protegeria a pretensão de ingressar na propriedade privada alheia.

Nega-se, com esta concepção, qualquer aplicabilidade ao processo de ponderação, por um motivo óbvio: se os limites de um direito já estão definidos, não há porque ponderá-lo. Por isso, os direitos fundamentais, para a teoria interna, são estruturalmente concebidos como regras, e, portanto, irrestringíveis.

Ao contrário, a teoria externa aduz que, em todos os casos, devemos expandir ao máximo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, para, somente após a ponderação com outra norma, reduzir o seu âmbito de proteção, dando ensejo à norma de decisão, que irá reger o caso concreto.

Para esta concepção, é correto afirmar que, a princípio, o direito à liberdade confere ao seu titular o direito de ingressar em quaisquer lugares. No caso concreto, se o local no qual se pretende adentrar for uma propriedade privada, teremos uma colisão entre o direito à liberdade e o direito à proteção da propriedade privada. Se não houver motivos excepcionais, obviamente, o direito à proteção da propriedade privada prevalecerá, e o âmbito de proteção do direito à liberdade, após a ponderação, restará reduzido.

Portanto, para a teoria externa, os direitos fundamentais estabelecem obrigações prima facie, e são estruturalmente concebidos como princípios. Daí a possibilidade da sua ponderação e a afirmação de que podem ser sempre restringidos[20].

Ao afirmar que a isonomia em matéria de licitação abrange tão-só a sua feição formal, não se está, com isso, adotando a teoria interna. É preciso reiterar que a definição dos limites da isonomia, em matéria de licitação, é dada pelo (sub)princípio da igualdade na licitação. Ou seja, o âmbito de proteção da isonomia em certames licitatórios fica limitado, mas não por conflitar com alguma outra norma – como pretende fazer a teoria interna -, e sim por uma delimitação fornecida expressamente pela própria Constituição, consubstanciada na norma extraída do art. 37, XXI. Não há uma relação de contrariedade entre os referidos princípios, mas, sim, uma relação definitória, no qual um (sub)princípio delimita os lindes da proteção de um (sobre)princípio. Justamente por isso é excluída a possibilidade de ponderação entre tais normas, dada a ausência de conflito normativo.

É forçoso concluir que nos casos em que a própria Constituição expressamente limita em determinados casos o âmbito de proteção das suas normas, não é legítimo ao intérprete estendê-lo além dos parâmetros constitucionais.

Além disso, outra norma que reforça esta interpretação –restringindo o âmbito de proteção da isonomia, em relação à concorrência das sociedades empresárias com as cooperativas - é a extraída do § 2o do art. 174 da Constituição, que determina ao legislador o incentivo e apoio às cooperativas através da lei. Daí a legitimação do tratamento tributário diferenciado destas últimas, concretizando o mandamento constitucional.

Equalizar as propostas, portanto, é uma medida que não está protegida pelo princípio da isonomia, restando, certamente, maculada com o vício da inconstitucionalidade, por ir de encontro à concretização do mandamento constitucional que visa a apoiar e a incentivar as sociedades cooperativas.

6. Conclusão

A Constituição deve irradiar os seus valores para todo o ordenamento jurídico. Qualquer norma que não se mostre compatível com o texto magno deve ter a sua aplicabilidade afastada, sob pena de ofensa ao princípio da supremacia da Constituição.

Foi concluído, ao longo do trabalho, que a isonomia, em matéria de licitação, se encontra limitada à sua feição formal, por força da norma extraída do art. 37, XXI, da Lei Maior.

No entanto, a equalização das propostas dos licitantes estrangeiros, na concorrência internacional, não desrespeita a isonomia, uma vez que está em jogo também o desenvolvimento nacional – objetivo fundamental da República -, que, no processo de ponderação, é a norma que deve prevalecer.

Já no tocante à equalização das propostas das cooperativas, a questão toma outros contornos. Há, neste caso, uma inconstitucionalidade patente, a qual não pode passar despercebida.

Não há lugar para invocar o (sobre)princípio da isonomia, em razão da definição que lhe é dada pelo (sub)princípio da igualdade na licitação, garantindo apenas uma igualdade de condições no edital. Sendo assim, entre estes princípios não há o que ponderar, dada a ausência de conflito normativo. O que há é uma relação de definição.

Equalizar as propostas das cooperativas vai de encontro ao mandamento constitucional insculpido no art. 174, § 2o, da Constituição, que busca justamente o contrário: incentivar e apoiar as cooperativas.

Portanto, em atenção à força normativa da Constituição, a equalização das propostas deve ser vista com restrições, pois, do contrário, pode dar cobertura a ilegalidades por parte da Administração Pública, as quais devem ser ao máximo repelidas.

7. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, R. M. Taking rights seriously. Cambridge, New York: Harvard University Press, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUÍS ROBERTO BARROSO, Temas de Direito Constitucional, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito do Estado: novos rumos. Vol. 1. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

REIS, Jane. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. Revista de Direito do Estado, nº 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23-51.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[1] Esta é justamente a preocupação da teoria da democracia deliberativa. Para um maior aprofundamento: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[2] BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11

[3] SILVA, Vírgilio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. Revista de Direito do Estado, nº 4. 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23-51. O Autor, com base na teoria externa, defende o processo de ponderação como o único meio legítimo de restringir os direitos fundamentais. Portanto, para que haja a restrição, deve igualmente existir a fundamentação constitucional.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 252-253.

[5] Ibidem. p. 173. Os direitos fundamentais exercem papel relevante neste ponto, como bem preleciona INGO SARLET, pois a eficácia irradiante faz com que todo o direito infraconstitucional seja interpretado à luz dos direitos fundamentais. O autor chega até mesmo a colocar a eficácia irradiante dos direitos fundamentais como uma modalidade de interpretação autônoma, semelhante à interpretação conforme a Constituição.

[6] Um dos raros trabalhos nesta seara à época, como bem observa LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 1, é a clássica obra de JOSÉ AFONSO DA SILVA, intitulada “Aplicabilidade das normas constitucionais”.

[7] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81

[8] O art. 5o, VI, da Constituição, a título de exemplo, estabelece que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz”. Se do dispositivo constitucional em comento o intérprete extrair uma norma que garanta a liberdade de locomoção em períodos de guerra declarada, haverá uma violação ao seu programa normativo. A liberdade de locomoção, por expressa disposição, é garantida como direito fundamental somente em “tempo de paz”, sendo esta expressão um limite à atividade interpretativa do operador do Direito.

[9] REIS, Jane. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151. A autora, com base na teoria externa, aduz que os direitos fundamentais são concebidos como princípios. São veiculadas nestas normas obrigações *prima facie*, que, após o processo de ponderação, podem ter o seu âmbito de proteção diminuído. Conclui-se, de acordo com a teoria externa, que os direitos fundamentais podem

ser restringidos. A mesma observação é feita por SILVA, Vírgilio Afonso da, op cit., p. 23-51.

[10] Nas lições de ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78/79, os princípios, no tocante à eficácia interna indireta (aplicação de um princípio com a intermediação de outro princípio ou regra), exercem três funções, a saber, a definitória, a interpretativa e a bloqueadora. A função definitória é compreendida como a delimitação do alcance, no caso concreto, de uma norma por outra. Assim, um (sub)princípio delimita o âmbito de aplicação de um (sobre)princípio, sendo esta uma norma axiologicamente superior àquela. A função interpretativa faz com que os princípios sirvam como vetores de interpretação para alcançar o sentido das normas insculpidas no texto normativo. A interpretação dos dispositivos legais/constitucionais é feita à luz dos valores veiculados num determinado princípio, que serve como parâmetro para o caso concreto. A função bloqueadora, por sua vez, faz com que seja impedido de incidir no caso concreto a norma infra-constitucional incompatível com determinados valores veiculados nos princípios constitucionais.

[11] DWORKIN, R. M. Taking rights seriously. Cambridge, New York: Harvard University Press, 2001. LUÍS ROBERTO BARROSO, Temas de Direito Constitucional, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 14, faz a importante ressalva de que, apesar da primeira edição da obra em comento de DWORKIN datar de 1977, foi o texto “The model of Rules”, de 1967, que deu ensejo à matéria.

[12] *ibidem.*, p. 31/32.

[13] *ibidem.*, p. 22. No mesmo sentido se posiciona BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

[14] ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 89. O autor justifica sua sistematização ao argumento de que, enquanto os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, os postulados normativos não impõem a promoção de um fim, mas, sim, o modo como se deve promover um determinado fim.

[15] Embora inadmitida a possibilidade das normas constitucionais inconstitucionais no ordenamento brasileiro, o tema pode ser melhor aprofundado em BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

[16] ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 79.

[17] Hodiernamente, há autores de renomada que negam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. São esclarecedoras as lições de NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito do Estado: novos rumos. Vol. 1. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001, ao expor que “Em consequência, como já se tem difundido, não é mais validamente possível referir-se a um princípio de supremacia do interesse público, muito menos erigi-lo a característica diferenciadora do Direito Administrativo, porque os interesses que devem prevalecer em qualquer Direito Público de países civilizados são,

antes e acima de tudo, os afetos às pessoas, que, não por outro motivo, se encontram expressos nas declarações de princípios fundamentais das Constituições – e hoje, também de tratos comunitários – que lhes atribuem hierarquias positiva e axiológica subordinantes da ação administrativa do Estado”. Sobre o tema, consultar também o artigo de Humberto Ávila intitulado “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” na obra *O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Ingo Sarlet, org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127 e BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81-117

[18] ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 79

[19] BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 139/140.

[20] SILVA, Vírgilio Afonso da. op. cit., p. 23-51.

* Advogado no Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduando em Direito com concentração na regulamentação de Petróleo e Gás pela FGV.

Disponível em: <http://www.uff.br/direito/artigos/artigo21.htm>

Acesso em: 31/03/09.